



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNALI 2022

ANNO X

DEL DIPARTIMENTO JONICO

<http://edizionidjsge.uniba.it/> • ISBN - 9788894665130



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli - Gabriele Dell'Atti - Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Pierluca Massaro, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Annalisa Bitetto, Danila Certosino, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Lorenzo Pulito, Angela Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio (in aspettativa per incarico assunto presso l'ANVUR), Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione), Danila Certosino, Francesca Altamura, Michele Calabria, Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti, Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
Convento San Francesco - Via Duomo, 259 - 74123 Taranto, Italy
e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it
telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali>

ANNALI 2022
ANNOX
DEL DIPARTIMENTO JONICO



INDICE

GLI AUTORI	11
SAGGI	13
FRANCESCA ALTAMURA, ALESSANDRO CUOMO <i>Decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale: alla ricerca del best interest of the child</i>	15
LUCIANNA CANANÀ, CARLO CUSATELLI, VERONICA DISTEFANO, STELLA LIPPOLIS <i>A SIR epidemic model to evaluate enterprise risks</i>	29
ALESSIO CARACCIOLLO, FRANCESCA DI GIOIA <i>L'indissolubilità del legame tra permesso di soggiorno e rapporto di lavoro subordinato</i>	37
CLAUDIO D'ALONZO <i>Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata</i>	47
GABRIELE DELL'ATTI <i>La valutazione della continuità aziendale tra il codice della crisi d'impresa e la legislazione emergenziale</i>	63
DARIO DELLINO <i>Libertà, socialità e responsabilità in Emmanuel Levinas</i>	85
MARCO EDGARDO FLORIO <i>Civile e penale a confronto: un chiasmo funzionale che può restituire razionalità al sistema?</i>	97
PIERO MARRA <i>"Oltre la misura". Considerazioni brevi su ragionamento e calcolabilità giuridica</i>	113
CONCETTA MARIA NANNA <i>Dallo status al contratto: la disponibilità dei diritti patrimoniali nei rapporti di famiglia</i>	129
ANTONIO ORLANDO <i>Lo scopo di lucro identifica il soggetto societario di fatto nei rapporti con l'amministrazione finanziaria</i>	137
FLAVIO PARENTE <i>Alimentazione e nutrizione nel paziente affetto da COVID-19</i>	171
GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE <i>Ricerca biomedica e limiti all'attività di sperimentazione umana</i>	181
LORENZO PULITO <i>La "nuova" esecuzione penale minorile alla prova del fenomeno migratorio</i>	189

ANGELICA RICCARDI <i>L'inapplicabilità del giudizio di ottemperanza alle controversie di lavoro pubblico</i>	205
NICOLA TRIGGIANI <i>Riforma penitenziaria, fede religiosa e alimentazione dei detenuti</i>	215
PAULA UEMATSU ARRUDA <i>Structural reform litigation at the ECHR and the IACHR: from self-restraint to activism and what is in-between</i>	223
UMBERTO VIOLANTE <i>Nullità parziale e analisi economica del diritto: l'esempio delle fideiussioni omnibus conformi a schema ABI anticoncorrenziale</i>	247

VITA ACCADEMICA

ALESSIO CARACCILO <i>L'inclusione lavorativa di malati cronici e disabili</i>	261
DANILA CERTOSINO <i>Il processo penale minorile: meccanismi di diversione e fenomeno migratorio</i>	265
ANNARITA LADDOMADA <i>L'estensione del patrocinio a spese dello Stato al procedimento di mediazione: prime riflessioni sulla riforma ex l. 206/2021</i>	285
GIUSEPPE LOSAPPIO <i>Legal Mental Health and Justice legislation compared across Europe</i>	301
LORENZO PULITO <i>A comparative analysis of mental health legislation across Europe</i>	305
MARIA LAURA SPADA <i>La figura del curatore nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza</i>	315

PROPOSTE DI LETTURA

ALESSIO CARACCILO Carmela Garofalo, <i>Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello</i> , 2 ^a ed., Cacucci, Bari, 2022, pp. 411.	337
---	-----

DORELLA QUARTO

Nicola Triggiani (a cura di), *Informazione e giustizia penale. dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Cacucci, Bari, 2022, pp. 704. 355

GLI AUTORI

FRANCESCA ALTAMURA – *Assegnista di ricerca, Università di Siena*

LUCIANNA CANANÀ – *Ricercatore a tempo indeterminato di Matematica finanziaria, Università di Bari Aldo Moro*

ALESSIO CARACCILO – *Ricercatore a tempo determinato di Dritto del lavoro, Università di Modena e Reggio Emilia*

ALESSANDRO CUOMO – *Dottore magistrale in Giurisprudenza, Università di Bari Aldo Moro*

DANILO CERTOSINO – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

CARLO CUSATELLI – *Ricercatore a tempo indeterminato di Statistica, Università di Bari Aldo Moro*

CLAUDIO D'ALONZO – *Ricercatore di Diritto Commerciale, Università Cattolica "Nostra Signora del Buon Consiglio"*

GABRIELE DELL'ATTI – *Professore Associato di Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro*

DARIO DELLINO – *Docente a contratto di Semiotica del Diritto e Traduzione Interculturale, Università di Bari Aldo Moro*

FRANCESCA DI GIOIA – *Dottore magistrale in Giurisprudenza, Università di Bari Aldo Moro*

VERONICA DISTEFANO – *Ricercatore a tempo determinato di Statistica, Università del Salento*

MARCO EDGARDO FLORIO – *Dottorando di ricerca in Diritto pubblico, Università "La Sapienza" Roma*

ANNARITA LADDOMADA – *Dottore di Ricerca in Diritto Commerciale e Tutela Processuale dei Diritti, Università di Bari Aldo Moro*

STELLA LIPPOLIS – *Ricercatore a tempo indeterminato di Economia aziendale, Università di Bari Aldo Moro*

GIUSEPPE LOSAPPPIO – *Professore Ordinario di Diritto penale, Università di Bari Aldo Moro*

PIERO MARRA – *Ricercatore a tempo determinato di Filosofia del diritto, Università di Bari Aldo Moro*

CONCETTA MARIA NANNA – *Professore Ordinario di Diritto privato, Università di Bari Aldo Moro*

ANTONIO ORLANDO – *Dottorando di ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

FLAVIO PARENTE – *Medico chirurgo, specializzando in Igiene e Medicina preventiva, Università di Genova*

GIUSEPPE RUGGIERO PARENTE – *Specialista in medicina legale e delle assicurazioni - Coordinatore sanitario e Responsabile medico di RSA*

LORENZO PULITO – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

DORELLA QUARTO – *Dottore di Ricerca in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

ANGELICA RICCARDI – *Professore Associato di Diritto del lavoro, Università di Bari Aldo Moro*

MARIA LAURA SPADA – *Ricercatore a tempo indeterminato di Diritto dell'esecuzione civile, Università di Bari Aldo Moro*

NICOLA TRIGGIANI – *Professore Ordinario di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

PAULA UEMATSU ARRUDA – *Dottoranda di ricerca in Diritto pubblico, Università di Coimbra*

UMBERTO VIOLANTE – *Professore Associato di Diritto Privato Comparato, Università di Bari Aldo Moro*

SAGGI

Francesca Altamura, Alessandro Cuomo

DECADENZA E SOSPENSIONE: DALLA RESPONSABILITÀ GENITORIALE
ALLA RICERCA DEL *BEST INTEREST OF THE CHILD* *

ABSTRACT

Il presente lavoro, dopo una breve disamina delle vicende storico-culturali che hanno portato alla nascita dell'istituto della responsabilità genitoriale così come oggi considerato, si prefigge l'obiettivo di indagare gli ultimi orientamenti della Corte Costituzionale in materia di sospensione e decadenza dalla responsabilità genitoriale, quale pena accessoria da applicarsi in caso di condanna per sottrazione internazionale di minore, con particolare riguardo alla sentenza n. 102/2020.

This essay, in light of a briefly examination of the historical and legal events that have led to the birth of the institution of parental responsibility as well as today, aims to investigate the recent position of Italian Constitutional Court in the matter of extinction of parental responsibility as additional penalty in the case of international child abduction, with particular regard to the decision n. 102/2020

PAROLE CHIAVE

Responsabilità genitoriale – decadenza dalla responsabilità genitoriale – sottrazione internazionale di minore

Parental responsibility – extinction of parental responsibility – international child abduction.

SOMMARIO: 1. “Inseguendo il *best interest of the child*”: dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale. 2. Decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale: profili civilistici 3. (Segue) Profili penalistici. 4. Automatica sospensione dell'esercizio della responsabilità genitoriale e pene accessorie: il punto dalla Corte Costituzionale. 5. Brevi riflessioni conclusive.

1. La responsabilità genitoriale può essere definita come quell'insieme di «poteri e doveri attribuiti al genitore nell'interesse del figlio, per permettere lo svolgimento della sua personalità, partecipando alla vita di relazione (artt. 2, 3 Cost.), ed anche per consentirgli di assumere diritti ed obblighi (art. 2 cod. civ.)¹».

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

¹ A.G. Cianci, *La «responsabilità genitoriale»*, in G. Bonilini, *Trattato di diritto di famiglia*, vol. IV, Utet, Milanofiori Assago 2017, p. 4103.

La responsabilità genitoriale – attraverso cui i figli vedono realizzarsi i propri diritti grazie alla dialettica con i genitori – è dunque strumentale all’adempimento dei doveri genitoriali: se correttamente esercitata, essa garantisce alla prole la crescita in un ambiente familiare sereno e l’assistenza morale e materiale di cui ha bisogno².

Vi sono tuttavia delle ipotesi in cui, al fine di perseguire l’interesse preminente del minore, possa essere pronunciato un provvedimento in forza del quale si disponga la decadenza ovvero la sospensione dalla responsabilità genitoriale.

Il presente contributo, dopo una succinta disamina dell’evoluzione storica che ha interessato l’istituto, esaminerà i profili civilistici e penalistici della decadenza e della sospensione dalla responsabilità genitoriale, con particolare approfondimento sugli ultimi orientamenti costituzionali in materia di sospensione della responsabilità genitoriale quale pena accessoria.

La riforma del diritto di famiglia, che ha visto la luce con l’entrata in vigore della L. 10 dicembre 2012, n. 219 e che ha introdotto il nuovo istituto della responsabilità genitoriale, ha portato a compimento un processo evolutivo iniziato nel lontano 1975, quando la potestà genitoriale prese il posto della patria potestà.

La patria potestà trae origine dall’istituto romanistico della *patria potestas*, ossia il potere semi assoluto esercitato dal *pater familias* – quale capo, sovrano e magistrato unico del gruppo familiare – su cose e persone di sua proprietà perché rientranti nella propria cerchia familiare³.

Presente già nel codice del 1865⁴, l’istituto della patria potestà era disciplinato dall’art. 316 del nostro Codice civile, il quale disponeva che «il figlio è soggetto alla potestà dei genitori sino all’età maggiore o all’emancipazione. Questa potestà è esercitata dal padre. Dopo la morte e negli altri casi stabiliti dalla legge essa è esercitata dalla madre». Dalla lettera della norma può evincersi come il legislatore del ’42 avesse scelto di preservare la centralità della figura paterna, alla quale erano attribuite funzioni direttive e disciplinari: ciò vale a dire che il padre aveva il compito di dirigere disciplinarmente la condotta del figlio in ordine al suo mantenimento, alla sua educazione e alla sua istruzione⁵.

I figli, tenuti ad un dovere di obbedienza nei confronti del padre, potevano essere da questi richiamati alla casa paterna qualora se ne fossero allontanati e, nel caso in cui

² A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Cedam, Milanofiori Assago, 2017, p. 268.

³ Per ulteriori approfondimenti si rinvia a P. Bonfrate, *Corso di diritto romano*, vol. I, Attilio Sampolesi Editore, Roma 1925, p. 69 ss.; A. Lovato, S. Puliatti, L. Solidoro Maruotti, *Diritto privato romano*, Giappichelli, Torino 2014, p. 191 ss.

⁴ Art. 220 Cod. Civ. 1865: «Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori. Egli è soggetto alla potestà dei genitori sino all’età maggiore od all’emancipazione. Durante il matrimonio tale potestà è esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre. Sciolto il matrimonio, la patria potestà viene esercitata dal genitore superstite».

⁵ F. Invrea, *La patria potestà*, in *Foro it.*, IV, 1935, pp. 188-189.

l'autorità paterna non fosse stata in grado di frenarne la "cattiva condotta", potevano essere collocati presso un "istituto di correzione"⁶.

Alla madre-moglie – a sua volta sottoposta alla potestà maritale – l'esercizio della potestà sulla prole residuava solo nelle ipotesi in cui il marito fosse deceduto, ovvero fosse impossibilitato ad esercitarla.

Tale nozione di patria potestà entrò inevitabilmente in crisi quando venne promulgata la Costituzione del 1947, la quale statuisce, da una parte, che il matrimonio è fondato sulla «eguaglianza morale e giuridica dei coniugi» (art. 29) e, dall'altra, che è «dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli» (art. 30). L'entrata in vigore della Costituzione – che aveva preso atto dell'evoluzione della posizione della donna e della famiglia all'interno del nuovo contesto sociale che andava delineandosi – rese ben presto necessaria una radicale riforma delle norme del Codice civile in materia di rapporti familiari, ancora legati all'idea di padre-padrone, monarca assoluto della famiglia a cui sia la moglie che i figli dovevano obbedienza e devozione⁷.

Dopo un *iter* durato circa nove anni, nel 1975 il parlamento emanò la "riforma del diritto di famiglia" (L. 19 maggio 1975, n. 151) con la quale veniva data attuazione ai precetti costituzionali dettati in materia di famiglia. La legge di riforma, dunque, mutò radicalmente la disciplina codicistica dei rapporti familiari, ora definiti nel solco dei principi costituzionali *supra* menzionati: in primo luogo, venne modificato l'istituto della potestà, che da *patria* divenne *genitoriale*, in ossequio al principio dell'uguaglianza tra i coniugi; inoltre il rapporto tra genitori e figli si trasformò, passando dal dovere per questi ultimi di «onorare e rispettare i genitori» a quello di *rispettare* gli stessi e di «contribuire [...] al mantenimento della famiglia»⁸.

Per la prima volta il legislatore scelse dunque di inquadrare la relazione genitori-figli in una dimensione dialogica biunivoca, nella quale non vi erano più ordini assoluti impartiti dal capofamiglia, ma le scelte di vita che riguardavano la famiglia venivano assunte di comune accordo tra genitori e figli. La potestà assunse dunque i connotati della funzione, del *munus* attribuito ad entrambi i genitori ed esercitato nell'interesse della prole⁹.

Nonostante la portata innovativa della riforma del '75, l'istituto della potestà genitoriale risultava ancora fortemente sbilanciato in favore della figura dei genitori: basti pensare che lo stesso lemma "potestà" stava ad indicare la posizione di soggezione dei figli minorenni ai poteri attribuiti dalla legge ai genitori.

⁶ P. Pazé, *Dalla patria potestà alla responsabilità genitoriale*, in *Minorigiustizia.it*.

⁷ S. Lariccia, *La legge sul divorzio e la riforma del diritto di famiglia in Italia negli anni 1970-75*, in www.statoecliese.it, 22, 2020, pp. 74-75.

⁸ A.G. Cianci, *La «responsabilità genitoriale»*, cit., p. 4108.

⁹ A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità*, cit., p. 97.

Le indicazioni provenienti dal diritto sovra-nazionale orientavano però dottrina e giurisprudenza¹⁰ a riscrivere la relazione genitori-figli alla luce di criteri nuovi, informati alla valorizzazione della figura del minore e alla responsabilizzazione dei genitori¹¹. La Convenzione dell'ONU sui diritti del fanciullo del 1989¹², ad esempio, utilizzava il termine “responsabilità” e non potestà per indicare il rapporto genitori-figli, allo scopo di valorizzare la pari dignità di tutti i membri della famiglia. Sul fronte europeo, il concetto di responsabilità genitoriale fece la sua prima apparizione nel Regolamento CE 1347/2000, volto a disciplinare diversi aspetti della potestà dei genitori sui figli (parlando, a tal proposito, di *parental responsibility*)¹³. Tuttavia, solo qualche anno più tardi – e più precisamente nel 2003 – venne fornita una prima definizione di responsabilità genitoriale, da intendersi come «l'insieme dei diritti e dei doveri di cui è investita la persona fisica o giuridica in virtù di una decisione giudiziaria, della legge o di un accordo in vigore, riguardanti la persona o i beni di un minore»¹⁴. Nel 2007, nell'ambito dei lavori della *Commission on European Family Law* in materia di armonizzazione del diritto di famiglia tra i Paesi UE, la responsabilità genitoriale venne definita come «insieme di diritti e doveri finalizzati a soddisfare e garantire l'interesse del minore»¹⁵. Le definizioni di responsabilità genitoriale formulate a livello europeo rispecchiavano dunque l'evoluzione socio-culturale – prima ancora che giuridica – dei rapporti genitori-figli, non più considerati avendo riguardo al punto di vista dei genitori, ma ponendo al centro il superiore interesse dei figli minori.

Alla luce di quanto sin qui cennato, al legislatore italiano è stato chiaro che le norme del Codice civile in materia di diritto di famiglia necessitavano di una riforma che le adeguasse ai principi enunciati dal diritto internazionale e comunitario. Con la L. n. 219 del 2012¹⁶ viene conferita al Governo delega di adottare provvedimenti con cui realizzare l'unificazione delle disposizioni in materia di diritti e doveri dei genitori nei confronti dei figli nati sia in costanza che fuori dal matrimonio, delineando la nozione di responsabilità genitoriale quale «aspetto dell'esercizio della potestà genitoriale».

¹⁰ Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, cfr. *ex multis* Corte Cost. 13 maggio 1998, n. 166, in *Giust. civ.*, 1, 1998, p. 1759. Per la giurisprudenza di legittimità si rinvia a Cass. civ. 26 maggio 2004, n. 10124, in *Giust. civ.*, 3, 2005, p. 725.

¹¹ E. La Rosa, *Art. 316 – Responsabilità genitoriale*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia. Artt. 231-445*, Utet, Milano 2018, p. 613.

¹² È possibile affermare che la menzionata Convenzione trae origine dalla Dichiarazione ONU dei diritti del fanciullo approvata nel 1959, nella quale per la prima volta viene utilizzata la locuzione “responsabilità genitoriale” per riferirsi alla relazione genitori-figli. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a F. Ruscello, *Potestà dei genitori versus responsibility*, in *comparazioneDirittocivile.it*, 2012, p. 5.

¹³ *Ibidem*; A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità*, cit., p. 99.

¹⁴ Regolamento CE n. 2201/2003, 27 novembre 2003.

¹⁵ *Commission of European Family Law, Principles of European Family Law regarding parental responsibilities*, consultabile su <https://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>

¹⁶ Legge 10 dicembre 2012, n. 219 (in G.U. n. 293 del 17 dicembre 2012).

Il decreto di attuazione¹⁷, dopo aver stabilito il principio di unicità dello *status* di figlio (art. 315 c.c.), ha introdotto il nuovo art. 315-*bis* c.c. – rubricato *Diritti e doveri dei figli* – nel quale sono confluiti i contenuti degli artt. 147 e 315 del testo previgente. Più in dettaglio, l'art. 315-*bis* c.c. statuisce che i figli hanno il diritto di essere mantenuti, istruiti, educati ed assistiti moralmente dai genitori sino al raggiungimento dell'indipendenza economica, nel rispetto delle loro capacità, inclinazioni ed aspirazioni; questi hanno inoltre diritto a crescere nell'ambito della famiglia e, per questo, a mantenere rapporti significativi con i parenti. Al compimento del dodicesimo anno di età (o in età inferiore se capaci di discernimento), i figli hanno diritto ad essere ascoltati su tutte le questioni e nell'ambito di tutte le procedure nelle quali devono essere adottati provvedimenti che li riguardano. A loro volta, essi devono rispettare i genitori e devono contribuire al mantenimento della famiglia in relazione alle proprie sostanze ed al proprio reddito¹⁸.

La responsabilità genitoriale (disciplinata all'art. 316 c.c.) viene esercitata da entrambi i genitori di comune accordo, tenendo conto delle capacità, inclinazioni naturali e aspirazioni dei figli (richiamando dunque quanto previsto dall'art. 315-*bis*); in caso di contrasti, ciascuno di essi può rivolgersi al giudice senza formalità, il quale, sentiti entrambi i genitori ed anche il figlio, suggerisce le determinazioni più utili e, nel caso in cui il contrasto permanga, attribuisce il potere di decidere al genitore che, nel singolo caso, ritiene più idoneo a curare l'interesse del figlio¹⁹.

Dalla lettera delle disposizioni testé richiamate emerge chiaro il ruolo di centralità attribuito dal legislatore della riforma alla figura del “figlio” in quanto tale, in capo al quale sorgono diritti «per il sol fatto della nascita»²⁰ e che permangono anche dopo il raggiungimento della maggiore età²¹. Pertanto, i doveri da essi derivanti gravano sui genitori a prescindere dall'attribuzione formale della responsabilità genitoriale e dall'accertamento dello *status filiationis*²².

Inoltre, l'utilizzo della parola “responsabilità” in luogo di “potestà” ridisegna il rapporto genitori-figli, nel quale ad emergere sono i diritti di questi ultimi: i genitori hanno il dovere di permettere ai figli di godere dei diritti ad essi attribuiti dalla legge, attraverso l'esercizio della responsabilità genitoriale, la quale non è più configurabile come prerogativa sulla persona “sottoposta”, ma è da considerarsi come strumento funzionale al soddisfacimento dei diritti del figlio e alla compiuta attuazione dei doveri genitoriali²³.

¹⁷ Decreto Legislativo 28 dicembre 2013, n. 154 (G.U. n. 5 del 08 gennaio 2014).

¹⁸ A. Torrente, P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XXIV ed., a cura di F. Anelli e C. Granelli, Giuffrè, Milano 2019, p. 1268.

¹⁹ Ivi., p. 1269.

²⁰ M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, VII ed., Cedam, Milanofiori Assago 2016, p. 247.

²¹ E. La Rosa, *Art. 316*, cit., p. 618.

²² M. Sesta, *Manuale*, cit., p. 247.

²³ Ivi., p. 249; A.G. Cianci, *La nozione di responsabilità genitoriale*, in C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Cedam, Milano 2015, p. 585.

2. Come visto *supra*, con l'entrata in vigore della riforma del 2012-2013 il minore viene posto al centro del sistema della tutela dei diritti: i figli sono messi al centro degli interessi della famiglia e, di conseguenza, sorge in capo ai genitori il dovere di garantire il rispetto dei diritti di cui sono titolari²⁴.

Questi ultimi, pertanto, sono chiamati a svolgere il loro compito adempiendo ai loro doveri nell'interesse della prole; tuttavia, ci possono essere ipotesi in cui la loro condotta arreca gravi pregiudizi ai figli.

La legge prevede che, nel caso in cui il genitore violi o trascuri i suoi doveri, abusi dei suoi poteri o ponga in essere condotte pregiudizievoli per i figli, il giudice adotti misure necessarie ad assicurare al minore una tutela effettiva dei suoi interessi. I provvedimenti che possono essere adottati dall'autorità giudiziaria variano a seconda del tipo di inadempienza del genitore e della gravità del pregiudizio sofferto dal figlio. A parere della dottrina e della giurisprudenza, tali provvedimenti non devono essere considerati alla stregua di sanzioni nei confronti dei genitori, poiché a differenza di queste ultime – che hanno lo scopo di riportare la situazione giuridica lesa allo *status quo ante* – essi hanno una funzione preventiva, mirano cioè non a punire i genitori, ma ad evitare che si continuino a perpetrare per il futuro condotte dannose che hanno già arrecato pregiudizio ai figli minori²⁵.

Il rimedio più « incisivo », che viene adottato nei casi più gravi di inadempimento dei doveri derivanti dalla responsabilità genitoriale, è la decadenza.

Ai sensi dell'art. 330 c.c., la decadenza dalla responsabilità genitoriale è pronunciata dal giudice quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio per i figli.

Presupposti della decadenza sono dunque la violazione e la trascuratezza dei doveri o l'abuso dei poteri connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale: i genitori, difatti, possono risultare inadempienti sia a seguito di condotte attive sia come conseguenza di comportamenti omissivi. Pertanto, le fattispecie in cui può darsi luogo all'emanazione di un provvedimento di decadenza dalla responsabilità genitoriale sono molteplici: si pensi, ad esempio, alle ipotesi in cui un genitore adotti comportamenti ripetutamente violenti ed aggressivi nei confronti dei figli minori e del *partner*²⁶, ovvero quando gli abusi ed i maltrattamenti provengano dal convivente e la madre, pur consapevole del grave pregiudizio cui il figlio minore è sottoposto, non ponga fine alla convivenza, esponendolo così ad ulteriori rischi²⁷.

²⁴ M.L. Missiaggia, *Responsabilità dei genitori nei confronti dei figli*, in P. Cendon (a cura di), *Responsabilità civile*, vol. II, II ed., Utet, Milano 2020, p. 2409.

²⁵ L. D'Alessandro, *La decadenza dalla responsabilità genitoriale (art. 330 c.c.)*, in G. Bonilini, M. Confortini, *Codice di famiglia, minori, soggetti deboli*, tomo I, Utet, Milanofiori Assago 2014, p. 1093. In giurisprudenza si veda Cass. civ. 7 giugno 2017, n. 14145, in *Guida dir.*, 33, 2017, p. 66.

²⁶ Trib. min. L'Aquila, 7 dicembre 1993, in *Dir. famiglia*, 1994, p. 1043. Con questa pronuncia, il Tribunale ha avuto modo di ribadire come, in casi come questo, la decadenza appaia l'unica misura adeguata contro gli abusi e gli eccessi consumati dal titolare della potestà.

²⁷ Trib. min. L'Aquila 7 dicembre 1993, in *Giur. it.*, 1994, p. 1122.

Dalla pronuncia della decadenza discende la sospensione di tutti i diritti ed i doveri connessi all'esercizio della responsabilità genitoriale, ad esclusione dell'obbligo di mantenimento. Il genitore nei cui confronti è stata pronunciata la decadenza perde quindi la capacità di assumere e attuare decisioni riguardanti la vita del figlio; tuttavia, è in ogni caso tenuto a seguirne l'esistenza e a prestare l'assistenza morale ed economica di cui necessita²⁸.

La decadenza può essere pronunciata anche in favore del figlio che abbia raggiunto la maggiore età, stante il venir meno del limite temporale della minore età per l'esercizio della responsabilità genitoriale. Essa, inoltre, dispiega i suoi effetti solo nei confronti del genitore per cui sia stata pronunciata; nel caso in cui il provvedimento sia stato pronunciato nei confronti di entrambi, si avvierà la tutela *ex art. 343 c.c.*²⁹.

Il genitore decaduto dalla responsabilità genitoriale vede estinguersi il diritto di usufrutto legale sui beni del figlio e viene inoltre dichiarato indegno a succedergli *mortis causa* (art. 463 c.c.).

Ulteriore effetto della pronuncia di decadenza è l'estinzione dell'obbligo di prestare gli alimenti a carico del figlio nei confronti del genitore decaduto.

Il provvedimento ablativo della responsabilità non è irreversibile: ai sensi dell'art. 332 c.c. il giudice, accertato che siano venute meno le ragioni per cui la decadenza era stata pronunciata ed escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio, può reintegrare il genitore nella responsabilità genitoriale; egli riacquista tutti i poteri inerenti alla responsabilità genitoriale e viene riammesso alla successione *mortis causa* del figlio³⁰.

Nelle ipotesi in cui la condotta posta in essere da uno o entrambi i genitori sia pregiudizievole per il figlio ma non così grave da richiedere la pronuncia di decadenza il giudice, ai sensi dell'art. 333 c.c., può adottare i provvedimenti più convenienti.

La norma in commento, volutamente priva di indicazioni di misure tipizzate, risponde alla necessità di adottare tutti i provvedimenti che, nel caso concreto, risultino necessari a garantire la tutela degli interessi del minore. Si tratta di una norma che assurge a strumento di chiusura del sistema di controllo giudiziale, adottabile ogni qual volta emerga una condotta obiettivamente capace di arrecare pregiudizio alla prole e al suo processo formativo³¹.

3. La riforma sulla filiazione del 2012-2013 ha apportato, come visto, innumerevoli modifiche, che non hanno riguardato solo il diritto civile. Ed invero l'articolo 93 del D. lgs. 28 dicembre 2013, n. 154 – rubricato «*Modifiche al Codice penale in materia*

²⁸ A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità*, cit., p. 277.

²⁹ E. La Rosa, *Art. 330. Decadenza dalla responsabilità genitoriale sui figli*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia. Artt. 231-445*, Utet, Milano 2018, p. 890.

³⁰ A. Gorgoni, *Filiazione e responsabilità*, cit., p. 279; M. Sesta, *Manuale*, cit., p. 280.

³¹ F. Ruscello, *Responsabilità dei genitori. I controlli. Artt. 330-335 c.c.*, in F.D. Busnelli (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano 2016, *passim*; E. La Rosa, *Art. 333. Condotta del genitore pregiudizievole ai figli*, in G. Di Rosa (a cura di), *Commentario del codice civile. Della famiglia. Artt. 231-445*, Utet, Milano 2018, p. 908.

di filiazione» – ha emendato alcuni articoli del vigente Codice penale, mentre l’articolo 94 del medesimo decreto – rubricato «*Modifiche al codice di procedura penale in materia di filiazione»* – ha apportato modifiche all’articolo 288 c.p.p., in origine rubricato «*Sospensione dall’esercizio della potestà genitoriale»*, andando così ad incidere sul sistema penale e su quello processual-penalistico³².

Le norme modificate attengono, dunque, alla sospensione e decadenza dalla responsabilità genitoriale quale pena accessoria applicabile nei casi previsti dalla legge³³.

L’art. 19 c.p. contempla, tra le diverse pene accessorie, la decadenza e la sospensione dalla responsabilità genitoriale; inoltre, ai sensi del co. 2 dell’art. 32 c.p., la decadenza dalla responsabilità genitoriale opera *ipso iure* quale automatica conseguenza della condanna alla pena dell’ergastolo; il comma 3 della medesima norma dispone che, nell’ipotesi in cui vi sia stata una condanna non inferiore a cinque anni, questa produce la sospensione dalla responsabilità genitoriale, «salvo che il giudice disponga altrimenti».

L’art. 34 c.p., dopo aver chiarito che la decadenza dalla responsabilità genitoriale opera allorquando sia il legislatore stesso a prevederlo espressamente, stabilisce che, a seguito di condanna per delitti commessi con abuso della responsabilità genitoriale, la sospensione dal suo esercizio operi automaticamente per un lasso temporale pari al doppio della pena principale inflitta e che la decadenza dalla responsabilità genitoriale implica la privazione di ogni diritto spettante al genitore sui beni del figlio (in virtù di quanto prescritto nel titolo IX del libro I del Codice civile). La sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale comporta l’incapacità di esercitare, durante questo periodo, «qualsiasi diritto che al genitore spetti sui beni del figlio in base alle norme del titolo IX del libro I del Codice civile». Infine, l’ultimo comma dell’art. 34 c.p. stabilisce che, nel momento in cui venga concessa la sospensione condizionale della pena, gli atti del procedimento devono essere trasmessi al Tribunale per i Minorenni, «che assume i provvedimenti più opportuni nell’interesse dei minori»³⁴.

Per quel che concerne il profilo processual-penalistico, l’art. 288 c.p.p. sancisce che, a seguito di provvedimento che dispone la sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale, al giudice è riconosciuta la facoltà di privare temporaneamente il genitore imputato, in tutto o in parte, dei poteri inerenti ad essa.

Orbene, la *ratio* delle disposizioni testé esaminate è quella di apprestare tutela al minore, vittima di una condotta penalmente rilevante posta in essere dal genitore, avendo come obiettivo primario quello di salvaguardare la sua crescita e tutelarne la salute psicofisica.

³² P. Pittaro, *La riforma della filiazione: gli effetti sul sistema penale*, in *Fam. dir.*, 5, 2014, p. 549.

³³ P. Zagnoni Bonilini, *I riflessi della «responsabilità genitoriale» sul sistema di diritto penale*, in *Fam. dir.*, 10, 2014, p. 958.

³⁴ P. Pittaro, *La riforma*, cit., p. 550.

Come emerge dal quadro sin qui delineato, sospensione e decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale assumono connotazioni differenti. La sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale è un provvedimento temporaneo che determina la provvisoria incapacità del genitore ad amministrare i beni del figlio³⁵, fermi restando gli inviolabili diritti agli alimenti e di successione. In ragione della sua natura di pena accessoria, la sospensione viene eseguita solo dal momento in cui la sentenza passa in giudicato e, sovente, dopo molto tempo dalla consumazione del delitto da parte del genitore³⁶.

La decadenza, come visto nel precedente paragrafo, implica la privazione sia della capacità di esercitare tutti quei poteri derivanti dalla responsabilità genitoriale, sia della titolarità dei diritti del genitore sui beni del figlio. A differenza di quanto previsto nel Codice civile, la pena accessoria della decadenza dalla responsabilità genitoriale è automatica³⁷ e perenne e non lascia alcuna discrezionalità al giudicante. A ben vedere, mentre la decadenza nell'ambito civilistico viene pronunciata dal giudice, che valuta caso per caso fatti e circostanze che tengano conto del preminente interesse del minore, la pena accessoria prevista dal Codice penale si applica *ipso iure* a seguito di condanna e ha pertanto finalità afflittive³⁸.

4. Come appena visto, la pena accessoria della sospensione e della decadenza dall'esercizio della responsabilità genitoriale viene applicata automaticamente dall'ordinamento in tutte le ipotesi in cui il legislatore lo preveda espressamente. Ciò, nondimeno, impedisce al giudice di valutare, caso per caso, l'opportunità di comminare una simile pena tenendo conto degli interessi del figlio minore, che potrebbe subire un pregiudizio da tale misura³⁹.

Appare dunque chiaro come l'automatismo⁴⁰ con cui opera l'istituto della pena accessoria in parola, da un lato, si ponga in netto contrasto con i principi

³⁵ P. Zagnoni Bonilini, *I riflessi*, cit., p. 958.

³⁶ M. Picchi, *Responsabilità genitoriale e interesse superiore del minore: la Corte costituzionale censura un altro automatismo legislativo. Note a margine della sentenza n. 102/2020*, in *Osservatorio Costituzionale*, 5, 2020, p. 222.

³⁷ Basti pensare a quei reati per i quali la decadenza dalla responsabilità genitoriale opera automaticamente, come i reati per i quali lo *status* di genitore è elemento costitutivo o, anche, circostanza aggravante del reato, così come prescrive l'art. 609-*novies* c.p. (Pene accessorie ed altri effetti penali) che, al primo comma, n. 1, prevede come pena accessoria proprio la perdita della responsabilità genitoriale per i delitti contro la libertà sessuale di cui agli artt. 609-*bis* (Violenza sessuale), 609-*ter* (Circostanze aggravanti), 609 quater (Atti sessuali con minorenne), 609 quinquies (Corruzione di minorenne), 609-*octies* (Violenza sessuale di gruppo) e 609-*undecies* (Adescamento di minorenni).

³⁸ C.M. Bianca, *La riforma della filiazione*, Cedam, Milano 2015, p. 633.

³⁹ M. Picchi, *Responsabilità*, cit., p. 210.

⁴⁰ La Corte costituzionale ha in più occasioni dichiarato illegittima l'applicazione automatica delle pene principali (Corte cost., 2 aprile 1980, n. 50, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2, 1981, p. 726 ss., con nota di C. E. Paliero, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*) ed accessorie (Corte cost., 9 luglio 2008, n. 293; 21 maggio 2012, n. 134; 25 settembre 2018, n. 222), in quanto contraria ai principi costituzionalmente garantiti di uguaglianza, ragionevolezza e proporzione.

costituzionalmente garantiti di ragionevolezza ed uguaglianza e, dall'altro, ignori completamente gli interessi preminenti dei figli.

Recentemente, la Consulta è intervenuta sul punto: con sentenza del 6 maggio 2020, n. 102⁴¹, ha difatti dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 574-bis c.p.⁴² nella parte in cui prevede l'automatica applicazione della sospensione dalla responsabilità genitoriale a seguito di condanna del genitore per il reato di sottrazione e mantenimento di figlio minore all'estero, anziché prevedere la possibilità per il giudice di disporre o meno la sospensione medesima.

La pronuncia in epigrafe si inserisce nel solco di un percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte costituzionale già da qualche anno: ed invero, con due pronunce, rispettivamente del 2012⁴³ e del 2013⁴⁴, aveva dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 569 c.p. nella parte in cui prevedeva l'applicazione automatica della sospensione dalla responsabilità genitoriale nelle ipotesi di condanna del genitore per i delitti di soppressione e alterazione di stato. Secondo il Giudice delle Leggi, difatti, la perdita dell'ufficio disposta sulla base di un mero automatismo contrasterebbe non soltanto con l'art. 3 Cost., ma anche con le disposizioni sovra-nazionali che sanciscono i diritti dei minori. Quindi, dal momento che la pronuncia della decadenza va ad incidere sull'interesse del minore «a vivere e crescere nell'ambito della propria famiglia, mantenendo un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno dei genitori», è necessario che al giudice venga data la possibilità di valutare il caso concreto e di bilanciare siffatto interesse con la necessità di comminare comunque la pena accessoria «in ragione della natura e delle caratteristiche dell'episodio criminoso», tali da richiedere l'applicazione della sanzione proprio a tutela di quell'interesse⁴⁵.

Sulla scorta dell'orientamento sin qui esaminato, la sentenza n. 102 del 2020 assume pertanto rilevanza fondamentale nel panorama giuridico nazionale, giacché ha chiarito come la previsione normativa sulla immediata ed automatica decadenza e sospensione dalla responsabilità genitoriale nelle ipotesi di sottrazione internazionale

⁴¹ Corte cost., 6 maggio 2020, n. 102, in *Giur. cost.*, 3, 2020, p. 1228, con nota di G. Matucci, «Cecità» della legge e interesse concreto del minore. *Sull'incostituzionalità dell'automatica sospensione della responsabilità genitoriale.*

⁴² Il delitto testé citato, rubricato «Sottrazione e trattenimento di minore all'estero», punisce, con la reclusione da uno a quattro anni, chiunque sottragga un minore al genitore esercente la responsabilità genitoriale o al tutore, conducendolo o trattenendolo all'estero contro la volontà del medesimo genitore o tutore, impedendo in tutto o in parte allo stesso l'esercizio della responsabilità genitoriale. Nel caso in cui la vittima del reato sia un minore che abbia compiuto gli anni quattordici e che abbia prestato il suo consenso, si applica la pena della reclusione da sei mesi a tre anni. Allorquando il delitto sia commesso da un genitore in danno del figlio minore, la condanna comporta la sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale.

⁴³ Corte cost., 23 febbraio 2012, n. 31, in *Riv. dir. internaz.*, 2, 2013, p. 574.

⁴⁴ Corte cost., 23 gennaio 2013, n. 7, in *www.minoriefamiglia.it*, con nota di U. Zingales e in *www.dirittopenalecontemporaneo.it*, con nota di V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce l'irragionevolezza dell'art. 569 c.p. ed aggiorna la "dottrina" del "parametro interposto" (art. 117, comma primo, Cost.).*

⁴⁵ V. Manes, *La Corte costituzionale ribadisce*, cit., p. 1.

di minore debba essere controbilanciata da una stringente valutazione del *best interest of the child* di derivazione sovranazionale⁴⁶.

La vicenda giudiziaria trae origine da un procedimento instaurato dinanzi al tribunale di Grosseto a carico di una madre, condannata per il delitto di cui all'art. 574-*bis* c.p., per aver trattenuto i figli minori all'estero contro la volontà del padre, con giudizio confermato anche in appello. Ai sensi e per gli effetti dell'art. 34, co. 2, c.p., alla madre era stata irrogata la pena accessoria della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale, «per un periodo di tempo pari al doppio della pena inflitta». Con ricorso presentato dinanzi alla Suprema Corte di cassazione, era stata sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 34, co. 2, 388 e 574-*bis* c.p. in quanto contrastanti con gli artt. 2, 3, 10, 27 30 e 117 Cost., con l'art. 3 della Convenzione di New York del 20 novembre 1989 sui diritti del fanciullo e con l'art. 24, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea⁴⁷. La Sezione VI della Corte di Cassazione, con ordinanza del 22 gennaio 2019, n. 27705, accogliendo la richiesta presentata nel ricorso, avanzava la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta⁴⁸.

Dopo un breve *excursus* storico sulla nascita della responsabilità genitoriale in luogo della potestà dei genitori e, soffermatasi sulla trattazione dell'art. 34 c.p., la Consulta approfondisce sistematicamente la *ratio* sottesa all'art. 574-*bis* c.p. ed il relativo trattamento sanzionatorio, analizzandone i punti censurati e censurabili.

I giudici, anzitutto, rilevano come, sebbene sia inequivocabile il carattere offensivo della condotta sanzionata dall'art. 574-*bis* c.p. – soprattutto rispetto alla posizione del minore – l'automatica applicazione della sanzione non trovi giustificazione, soprattutto alla luce dell'intervenuto mutamento del comune sentire rispetto alle questioni interfamiliari. A ben vedere, la misura presa in esame, presentando i caratteri peculiari propri delle pene accessorie concernenti la responsabilità genitoriale, va ad incidere su una relazione nella quale vi sono due protagonisti: il genitore condannato ed il minore, del tutto estraneo alla vicenda criminosa. In altre parole, la sanzione di cui si discute investe *de iure* una persona diversa dal colpevole, ossia il minore, che viene privato non solo del diritto alla cura (che i genitori sono tenuti a prestare), ma anche del diritto ad intrattenere la relazione parentale con entrambi i genitori⁴⁹.

In secondo luogo, sebbene la pena della sospensione dall'esercizio della responsabilità genitoriale sia stata pensata per tutelare proprio il figlio i cui interessi sono stati offesi dal reato, occorre tener presente che tale sanzione non costituisce

⁴⁶ Sul punto sono intervenuti anche i giudici di Strasburgo (Corte EDU, sez. II, Sabou e Piracalb c. Romania, 46572/99, 28 dicembre 2004), secondo i quali la previsione di automatismi nell'applicazione della pena accessoria della perdita/sospensione della responsabilità genitoriale in conseguenza di condanne penali si traduce nell'indebita ingerenza nel diritto alla vita familiare, nonché nella violazione dei *best interests of the child*.

⁴⁷ M. Picchi, *Responsabilità*, cit., p. 214.

⁴⁸ Ivi, p. 215.

⁴⁹ G. Matucci, «Cecità» della legge, cit., p. 1229.

sempre e necessariamente la soluzione ottimale per il minore, atteso che «i fatti sussumibili nella norma censurata possono presentare caratteristiche assai varie, anche in relazione alla loro concreta dimensione offensiva per l'interesse del minore»⁵⁰.

La norma censurata, inoltre, non tiene conto dell'evoluzione, successiva al reato, delle relazioni tra figlio minore e genitore autore del reato. Ed invero, in base al principio secondo cui ogni decisione riguardante il minore deve essere guidata dal criterio della scelta della «soluzione ottimale» nel suo interesse, l'applicazione della pena accessoria di cui trattasi troverà giustificazione solo laddove risponda in concreto agli interessi del minore, da apprezzare alla luce delle circostanze esistenti al momento della sua applicazione (ben potendo queste riguardare situazioni sorte successivamente alla commissione del reato). La conservazione del rapporto tra figlio e genitore autore del reato di sottrazione e trattenimento del minore all'estero potrebbe apparire non pregiudizievole per il minore; al contrario, in molti casi sono le stesse autorità giudiziarie italiane – competenti nelle relative sedi civili – a reputare maggiormente idoneo a farsi carico degli interessi del figlio proprio il genitore autore del reato⁵¹.

Infine, allo scopo di perseguire sempre e comunque il preminente interesse del minore, i provvedimenti con cui si limita la responsabilità genitoriale devono rappresentare l'*extrema ratio*: compito dello Stato è, dunque, quello di venire incontro al diritto del figlio di vivere e crescere all'interno della propria famiglia d'origine e di intrattenere relazioni con entrambi i genitori⁵².

In ragione di tutto quanto sopra esposto, la Corte ha riconosciuto come illegittimo l'automatismo di cui all'art. 574-*bis* c.p., poiché, da una parte, comporta l'irrogazione della sanzione anche quando la sospensione dalla responsabilità genitoriale risulti pregiudizievole per il minore e, dall'altra, priva il figlio del suo diritto a mantenere relazioni con entrambi i genitori⁵³. Occorre, pertanto, sostituire l'automatismo con il dovere del giudice (penale) di valutare caso per caso se l'applicazione della pena accessoria costituisca in concreto la soluzione ottimale per il minore, tenendo conto non solo della situazione esistente al momento della pronuncia della condanna ma anche dell'evoluzione delle circostanze successive al fatto di reato⁵⁴.

5. Tirando le fila del discorso, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, emerge come, nel corso degli anni, le riforme del diritto di famiglia abbiano contribuito a rivoluzionare il concetto di relazione genitori-figli.

Da una più risalente fase – che possiamo definire “*adulto-centrica*” – nella quale ruolo di centralità nell'ordinamento era ricoperto dai poteri attribuiti ai genitori, si è

⁵⁰ Corte cost., 06 maggio 2020, n. 102.

⁵¹ *Ibidem*; G. Matucci, «Cecità» della legge, cit., p. 1229.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ G. Leo, Ancora sugli automatismi sanzionatori: la Consulta dichiara parzialmente illegittima la disciplina della sospensione della potestà genitoriale, in www.sistemapenale.it, 2020.

⁵⁴ M. Picchi, *Responsabilità*, cit., p. 223.

passati – grazie all’evoluzione della legislazione di rango nazionale e sovranazionale – ad un sistema nel quale è il *favor minoris* – inteso come naturale forma di attenzione e promozione dei diritti – a definire e delineare le scelte dell’ordinamento giuridico.

La tendenza a porre al centro del dibattito il *best interest of the child* trova ulteriore conferma nella recente sentenza della Corte costituzionale in questa sede esaminata, con la quale viene dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’automatica applicazione della pena accessoria della sospensione dalla responsabilità genitoriale, nelle ipotesi di condanna del genitore per il reato di sottrazione e trattenimento di minore all’estero.

La richiamata pronuncia esprime compiutamente l’evoluzione che è maturata nella ricostruzione «in termini sempre più “relazionali” della nozione di responsabilità genitoriale»: essa rappresenta oggi una funzione di servizio in favore del minore (più che una prerogativa degli adulti) e per questo costituisce lo strumento per una tutela che va considerata preminente⁵⁵. Le esigenze punitive perseguite dall’ordinamento penale non possono quindi ledere gli interessi riconosciuti ai figli minori, atteso che questi devono essere sempre prevalenti.

Di conseguenza, ogni automatismo punitivo incidente sull’esercizio della responsabilità genitoriale deve considerarsi irragionevole e sproporzionato, dal momento che sottopone a pena anche il figlio incolpevole.

Alla luce di quanto cennato, appare chiaro come sia necessario attribuire al giudice tutti gli strumenti che gli consentano di bilanciare tutti gli interessi in gioco (ivi compresa l’esigenza punitiva sottesa alla previsione della sanzione accessoria) con quello del minore – da ritenere preminente. Il giudice dovrà, in altre parole, valutare se, nel caso concreto, la prosecuzione del rapporto tra il genitore colpevole del reato di sottrazione internazionale di minore e suo figlio possa tradursi in un pregiudizio per quest’ultimo.

Resta tuttavia il dubbio – espresso anche dalla stessa Consulta – circa l’opportunità di affidare al giudice penale il compito di verificare in concreto l’interesse del minore da dover tutelare. Al fine di valutare le circostanze che dovrebbero portare o meno alla pronuncia della sospensione dall’esercizio della responsabilità genitoriale, occorre procedere ad una valutazione personalizzata e contestualizzata, per tenere conto dell’individualità in divenire del minore. Il giudice penale, tuttavia, non possiede gli strumenti necessari per procedere ad una siffatta valutazione, poiché ha a sua disposizione la sola conoscenza delle circostanze del caso ed è privo di un’adeguata formazione professionale e dell’ausilio di differenti tipologie di competenze (che possono essere offerte, ad esempio, da psicologi e assistenti sociali) che gli permetterebbero di meglio comprendere le dinamiche familiari in seno alle quali la personalità del minore va formandosi⁵⁶.

⁵⁵ G. Leo, *Automatismi sanzionatori e principi costituzionali*, in Libro dell’anno del Diritto, 2014, disponibile su https://www.treccani.it/enciclopedia/automatismi-sanzionatori-e-principi-costituzionali_%28Il-Libro-dell%27anno-del-Diritto%29/.

⁵⁶ M. Picchi, *Responsabilità*, cit., p. 226.

Di conseguenza, *de iure condito* è opportuno che il giudice penale tenga conto della raccomandazione fornita dalla Corte costituzionale di coordinare le sue decisioni con le altre autorità giudiziarie coinvolte; di contro, in una prospettiva *de iure condendo*, spetterà al legislatore affidare al Tribunale per i minorenni⁵⁷ – organo la cui composizione mista consente di accertare in sede di giudizio non solo i fatti ma soprattutto la personalità dei soggetti coinvolti – il compito di adottare eventuali iniziative volte a disporre pene accessorie incidenti sulla responsabilità genitoriale⁵⁸.

⁵⁷ Ai sensi dell'art. 2 del R.D. n. 1404 del 1934, (Istituzione e composizione dei Tribunali per i minorenni), così come modificato dall'art. 4 della legge n. 1441 del 1956: «In ogni sede di Corte di appello, o di sezione di Corte d'appello, è istituito il Tribunale per i minorenni composto da un magistrato di Corte d'appello, che lo presiede, da un magistrato di tribunale e da due cittadini, un uomo ed una donna, benemeriti dell'assistenza sociale, scelti fra i cultori di biologia, di psichiatria, di antropologia criminale, di pedagogia, di psicologia, che abbiano compiuto il trentesimo anno di età».

⁵⁸ M. Picchi, *Responsabilità*, cit., p. 226; G. Laneve, *Pene accessorie che incidono sulla responsabilità genitoriale: dalla "cecità" dell'automatismo legislativo allo sguardo sulla relazione genitore-figlio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 4, 2020, p. 2098.

Lucianna Cananà, Carlo Cusatelli, Veronica Distefano, Stella Lippolis

A SIR EPIDEMIC MODEL TO EVALUATE ENTERPRISE RISKS*

ABSTRACT

Il SIR (suscettibile-infetto-recuperato) è un modello epidemiologico a componenti che si escludono vicendevolmente. In questo lavoro l'obiettivo è quello di modellizzare un rischio per le PMI (piccole e medie imprese) appartenenti a settori specifici o a determinate filiere produttive, in cui più agenti interagiscono tra loro e generano rapporti di contagio: proponiamo a tal fine un particolare modello SIR di rischio finanziario.

SIR (susceptible-infected-recovered) is an epidemiological model given by mutually exclusive components. In this work, the aim is to model a risk for the SMEs (small and medium-sized enterprises) operating in specific supply chains, in which multiple agents interact with each other and generate contagion relationships: for this purpose, we propose a particular SIR model of financial risk.

PAROLE CHIAVE

Covid-19 – Rischio contagio – Crisi finanziaria – PMI.

Covid-19 – Contagion risk – Financial crisis – SME.

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. SIR model. – 3. Future developments. – 4. Conclusion.

1. COVID-19 is spreading human suffering worldwide: that is what we should all be focused on. But we are not doctors. We are economists, and COVID-19 is most definitely spreading economic¹ suffering worldwide. The virus may in fact be as contagious economically as it is medically. The transmission channels that transform the health emergency in an economic crisis are complex because they include both direct and indirect effects: to social distancing measures correspond negative effects on both, supply and demand for goods and services, and on the investment choices of companies, with an inevitable impact on the financial system. In this context the pandemic has particularly affected the most fragile organisations, such as small and

* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema di *peer review*.

¹ R. Baldwin, B. Weder di Mauro (2020). *Economics in the time of COVID-19*. CEPR Press; J. W. Goodell (2020). *COVID-19 and finance: Agendas for future research*, *Finance Research Letters*, Elsevier, 35.

medium-sized enterprises (SME)², typically characterised by a lack of strategic, financial, and technological resources. Not all SMEs, however, have been equally affected by the health emergency: in some industries, the consequences have been considerable, due to health precautions; companies in other economic sectors, however, have reacted, by investing in sustainability and digitalisation³, reviewing their business models⁴, also thanks to the use of public funds.

While the literature on the contagion in financial sector is sufficiently developed, we cannot say the same on that between non-financial companies⁵. However, some theoretical arguments, valid for the financial system, can be extended to non-financial companies⁶.

It is necessary to point out that, unlike the financial systems, the relationships between companies are often long-term, based on technological specificity and on stable supply chains. Indeed, the presence of phenomena of a relational nature, that characterizes the analysis of the contagion, hold that the traditional methodologies - referring to independent observations - is unable to grasp the relational nature of economic phenomena.⁷

Given the above considerations, arises the need to develop an epidemiological model that consider the complexity of the supply chain relationships in network of non-financial companies, with particular reference to SMEs.

In order to address the gap in the literature, this paper aims to study the basic reproduction number R_0 of companies due to the COVID-19 pandemic, with reference to SMEs operating in specific supply chains. R_0 is an indication of the transmissibility of a failure, representing the average number of new failures generated by a failure of a company in the system. For $R_0 > 1$, the number of failures is likely to increase, and for $R_0 < 1$, transmission is likely to die out.

² SMEs are defined as enterprises with fewer than 250 employees, whose annual turnover does not exceed 50 million euros or whose annual balance sheet total does not exceed 43 million euros. European Union User's Guide to the definition of SMEs, Publications Office of the European Union., Luxembourg, 2015.

³ T. Pencarelli, F. M. Cesaroni, P. Demartini (2020). *Covid-19 and Italian small and medium-sized enterprises: consequences, threats and opportunities*, Piccola Impresa / Small Business, n. 3, p. 10; Rapporto Cerved PMI 2020, novembre 2021.

⁴ A. Di Vaio, F. Boccia, L. Landriani, R. Palladino (2020). *Artificial intelligence in the agri-food system: Rethinking sustainable business models in the COVID-19 scenario*. Sustainability, Vol. 12, N. 12, 4851; C. Bagnoli, S. Biazzo, G. Biotto, M. Civiero, A. Cuccu, G. P. Lazzer, M. Massaro, M. C. Pignata, M. Renosto (2020). *Business Models Beyond Covid-19 50+1 paradossi da affrontare per l'efficace gestione strategica di una crisi*, SIH - Strategy Innovation Hub, pp. 1-46.

⁵ J. Chevallier, (2020). COVID-19 pandemic and financial contagion. *Journal of Risk and Financial Management*, 13(12), 309; R. M. May, S. A. Levin, G. Sugihara (2008). *Complex Systems: Ecology for Bankers*. Nature, 15(51):893-895.

⁶ M. Akhtaruzzaman,, S. Boubaker,, A. Sensoy,(2021). Financial contagion during COVID–19 crisis. *Finance Research Letters*, 38, 101604.Y. Leitner (2005). *Financial Networks: Contagion, Commitment and Private Sector Bailouts*. *Journal of Finance*, 60: 2925-2953.

⁷ L. Biggiero (ed) (2016). *Relational Methodologies and Epistemology in Economics and Management Sciences*. IGI Global.

The basic reproduction number is a relevant indicator of a company bankruptcy-risk assessment, indicating the crisis risk of a company with respect to the epidemic spread.

2. In this section we introduce the model. The starting point is a discrete-time version of a standard compartmental epidemiological SIR (Susceptible-Infectious-Recovered) model⁸: it can be used to describe the spread of a disease within a population⁹. It is a dynamical system that describes the time evolution of the following three populations: susceptible individuals $S(t)$, infected individuals $I(t)$ and removed individuals $R(t)$. SIR model is the basis of deterministic and stochastic-probabilistic models.

In this work we turn the SIR model to economy, aiming to evaluate the company failure process as an infection process. In particular, we analyze how these companies became “contagious”. The SIR model assumes a fixed population size of N and the variables $S(t)$, $I(t)$ and $R(t)$ denote the number of companies in the three groups described below, as functions of time t .

$S(t)$: the number of susceptible companies at time t (all companies that are not in crisis but could be infected);

$I(t)$: the number of infected companies at time t (companies in crisis that could infect others);

$R(t)$: the number of recovered or resistant companies at time t (companies in crisis that have been able to reinvent themselves and therefore have emerged from the crisis) and/or the number of deaths at time t . (All the companies that have gone bankrupt and therefore have exited the market).

Let N be the number of companies. We can define:

$$s(t) = \frac{1}{N} S(t): \text{ the fraction of susceptible companies at time } t \quad (1)$$

$$i(t) = \frac{1}{N} I(t) : \text{ the fraction of infected companies at time } t \quad (2)$$

$$r(t) = \frac{1}{N} R(t): \text{ the fraction of recovered or resistant companies at time } t. \quad (3)$$

⁸ Q. Li, X. Guan, P. Wu, X. Wang, L. Zhou, Y. Tong, R. Ren, K.S.M. Leung, E.H.Y. Lau, J.Y. Wong (2020). *Early transmission dynamics in Wuhan, China, of novel coronavirus-infected pneumonia*. New England Journal of Medicine.

⁹ W.O. Kermack and A.G. McKendrick (1927). *A Contribution to the Mathematical Theory of Epidemics*. Proceedings of the Royal Society A: Mathematical, Physical and Engineering Sciences, 115, pp. 700–721. <https://doi.org/10.1098/rspa.1927.0118>.

Neglecting new-born and deceased companies for other causes, we have $N = S + I + R$. Thus, we must compute only two variables since the third can be derived from that relation.

Let β be the average number of appropriate contacts (useful for the transmission of the corporate crisis) of a company in the unit of time and γ be a recovery rate due to State intervention. Thus, we have:

$$\frac{\beta I(t)}{N} = i(t) \quad (4)$$

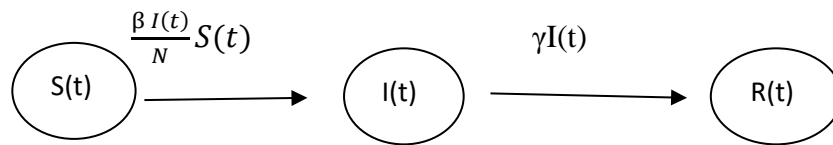
Where $i(t)$ is the average number of appropriate contacts of a susceptible company with infective companies in the unit of time. Thus, the number of new infective (that is, of susceptible that become infectious) in the unit of time is:

$$\frac{\beta I(t)}{N} S(t) = \beta N s(t) i(t) \quad (5)$$

In a similar way we can define the number of companies that have been removed in the unit of time as:

$$\gamma I(t)$$

We can think of compartments as tanks from which firms (companies) can enter or exit due to their change of status (from Susceptible to Infectious and from Infectious to removed).



Therefore, we can write the SIR model using ordinary differential equations (ODEs), which implies a deterministic model with continuous time (as opposed to discrete time). The SIR Model is described by the following differential equations:

$$\left\{ \begin{array}{l} \frac{dS(t)}{dt} = -\frac{\beta I(t)}{N} S(t) \\ \frac{dI(t)}{dt} = +\frac{\beta I(t)}{N} S(t) - \gamma I(t) \\ \frac{dR(t)}{dt} = +\gamma I(t) \end{array} \right. \quad (6)$$

Based on these assumptions the rates of change of the three populations are described by the following system. Constituted by three differential equations satisfying $N = S(t) + I(t) + R(t)$. Thus, a consistent model must verify the following equation:

$$\frac{dS(t)}{dt} + \frac{dR(t)}{dt} + \frac{dI(t)}{dt} = 0 \quad (7)$$

Finally, it should be noted that β and γ have the inverse dimension of time.

We observe that dividing both sides of the equations (3) by N you get:

$$\left\{ \begin{array}{l} \frac{dS(t)}{dt} \frac{1}{N} = -\frac{\beta I(t)}{N} S(t) \frac{1}{N} \\ \frac{dI(t)}{dt} \frac{1}{N} = +\frac{\beta I(t)}{N} S(t) \frac{1}{N} - \gamma I(t) \frac{1}{N} \\ \frac{dR(t)}{dt} \frac{1}{N} = +\gamma I(t) \frac{1}{N} \end{array} \right. \quad (8)$$

Hence by substituting equation 1,2 and 3 in 9 we get:

$$\left\{ \begin{array}{l} \frac{ds(t)}{dt} = -\beta i(t)s(t) \\ \frac{di(t)}{dt} = +\beta i(t)s(t) - \gamma i(t) \\ \frac{dr(t)}{dt} = +\gamma i(t) \end{array} \right. \quad (9)$$

Variables $s(t), i(t), r(t)$ are all between 0 and 1.

Finally, it should be noted that the third equation can be omitted because its dynamics is decoupled from the dynamics of the other two variables and it can be derived from the other two variables, via the expression $r(t) = 1 - s(t) - i(t)$.

If we denote:

$$\begin{aligned} x_1(t) &= s(t) \\ x_2(t) &= i(t) \\ y(t) &= r(t) \end{aligned}$$

the non-linear system is obtained:

$$\left\{ \begin{array}{l} \dot{x}_1 = -\beta x_1(t)x_2(t) \\ \dot{x}_2 = -\gamma x_2(t) + \beta x_1(t)x_2(t) \\ y(t) = 1 - x_1(t) - x_2(t) \end{array} \right. \quad (10)$$

Compartmentalized models are characterized by the definition of some typical parameters:

- R_0 (basic reproduction number) defined as the average number of infectious companies produced by a single infectious company introduced into a fully susceptible population. It is defined only at the beginning of the infection.
- R (replacement number) is the average number of infectious subjects produced by each infectious at any time of infection.
- σ (contact number) defined as the average number of appropriate contacts of an infective at any time of infection.

Furthermore, we suppose that $R = R(t)$, $R(t) < R_0$, σ constant.

At the beginning of the infection, we have that $R(0) = \sigma s(0)$. If $s(0) = 1$ that is the initial companies are completely susceptible, then $R(0) = \sigma$, but $R(0) = R_0$ and so $R_0 = \sigma$.

We know that $\sigma = \frac{\beta}{\gamma}$, that is the average number of contacts of an infected company during the crisis σ is obtained by multiplying the average number of a company called in the unit of time by the average time (β) for which the company is infected (crisis) (γ).

If we suppose that the initial company is completely susceptible, we have $R_0 = \sigma$ and thus $R_0 = \frac{\beta}{\gamma}$.

From (9) dividing the first equation by the third we obtain:

$$\frac{ds}{dr} = \frac{-\beta i(t)s(t)}{\gamma i(t)} \quad (10)$$

and then

$$\frac{-\beta i(t)s(t)}{\gamma i(t)} = -R_0 s(t) \quad (11)$$

from which

$$\frac{ds}{s} = -R_0 dr \quad (12)$$

Integrating both members of (12) we have

$$\ln(s) \Big|_{s(0)}^{s(t)} = -R_0 [r(t) - r(0)] \quad (13)$$

$$\ln \frac{s(t)}{s(0)} = -R_0 [r(t) - r(0)] \quad (14)$$

$$s(t) = s(0)e^{-R_0[r(t)-r(0)]}$$

We can deduce that the larger R_0 the more rapidly the crisis spreads among companies. Precisely, the number of susceptible companies decrease, that is, they become infected, therefore the number of infected companies increase, and the removed ones continue to increase.

3. One of the issues related to the proposed model will concern the identifiability of the problem and the technique to solve this system of differential equations to obtain estimates of the parameters β and γ . Several methods¹⁰ could be used to fit the SIR model¹¹, including least squares, maximum likelihood, and a nonlinear dynamic one, all to be tested.

4. At the moment we have only theorized the dynamic behavior of contagiousness, that we can easily refer to SMEs in a specific supply chain, based on a SIR epidemic model. An optimal control problem has been proposed, in order to reduce the number of contagious companies, to avoid serious economic consequences.

¹⁰ K. McAleinn and M. West (2019). *Dynamic Bayesian predictive synthesis in time series forecasting*. Journal of Econometrics, 210, pp. 155–169. <https://doi.org/10.1016/j.jeconom.2018.11.010>.

¹¹ J. Chu (2021). *A statistical analysis of the novel coronavirus (COVID-19) in Italy and Spain*, Plos one.

Alessio Caracciolo, Francesca Di Gioia

L'INDISSOLUBILITÀ DEL LEGAME TRA PERMESSO DI SOGGIORNO E RAPPORTO DI LAVORO SUBORDINATO* **

ABSTRACT

Il contributo mira a ricostruire il rapporto tra possesso di un permesso di soggiorno in corso di validità e svolgimento di un'attività lavorativa. Dopo una ricognizione della disciplina vigente, si prenderanno in considerazione le teorie più accreditate in merito all'impatto delle vicende estintive del permesso rispetto al rapporto di lavoro.

The essay addresses the relationship between residence permit and work contract. After a deepening of the current discipline, Authors consider the most important theories about the impact of the expiration or the withdrawal of the permit referring to the employment relationship.

PAROLE CHIAVE

Permesso di soggiorno per motivi di lavoro – lavoro degli stranieri – revoca o estinzione del permesso

Work permit – foreigners' work – permit's withdrawal or expiration

SOMMARIO: 1. Premessa: un'etichetta sempre più insostenibile. – 2. Il permesso di soggiorno quale requisito per lo svolgimento di un'attività lavorativa: evoluzione normativa e disciplina attuale. – 3. Gli effetti della scadenza o della revoca del permesso di soggiorno sul rapporto di lavoro. – 4. Un'evoluzione normativa mancata.

1. La necessità che lo straniero extracomunitario sia in possesso di un permesso di soggiorno in corso di validità per sottoscrivere un contratto di lavoro (che sottende il relativo contratto di soggiorno) rappresenta il retaggio di un passato, ormai remoto, in cui le migrazioni in ingresso costituivano un fenomeno eccezionale¹.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

** Il contributo è frutto di una riflessione comune. Tuttavia, i §§ 1, 3 e 4 sono da attribuire ad Alessio Caracciolo, mentre il § 2 è da attribuire a Francesca Di Gioia.

¹ «Un inadeguato strumentario concepito negli anni Novanta e disciplinato dal TU immigrazione (d. lgs. 286/1998)» (W. Chiaromonte, M. D'Onghia, *Cronaca di una sanatoria in tempo di emergenza sanitaria: genesi, finalità e limiti*, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2020, p. 2).

Questa chiave di lettura è ormai rimasta in voga solo nelle narrazioni strumentali di alcune fazioni politiche che, in modo sempre meno convinto (e convincente), continuano a propagandare una narrazione in base alla quale l'attuale "emergenza migranti" finirà non appena si doteranno le istituzioni della forza necessaria a impedire gli "sbarchi". Al contrario, il fenomeno migratorio può ritenersi ormai strutturale, non solo per la coesistenza di *push* e *pull factors*, ma anche per la portata raggiunta dalla globalizzazione. In un mondo in continua trasformazione, del resto, non deve sorprendere che sempre più persone decidano di spostarsi per migliorare le proprie condizioni di vita e quelle della propria famiglia, esattamente come non molto tempo addietro accadeva con gli emigranti italiani che raggiungevano le coste statunitensi.

Eppure, anche se l'approccio funzionalista alle migrazioni ha dato per certi versi i suoi frutti², deve prediligersi una rilettura in chiave evolutiva che superi il *labelling*³ esasperato al quale il dibattito politico contemporaneo ha abituato l'opinione pubblica. Solo mettendo da parte il binomio "clandestino/regolare" e recuperando la centralità del lavoro, infatti, si può realizzare il dettato costituzionale in base al quale «è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che [...] impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese»⁴.

Il presente contributo intende analizzare le conseguenze della perdita del permesso di soggiorno sul rapporto di lavoro, per tentare di superare la lettura classica che vede nell'art. 2126 c.c. l'unico baluardo per garantire una forma di tutela all'extracomunitario non più in possesso dei requisiti legali necessari per svolgere un'attività lavorativa.

Infatti, la lettura combinata dell'art. 22, comma 12, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, ai sensi del quale «il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato», e dell'art. 2, comma 3, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, il quale dispone che «la Repubblica italiana, in attuazione della convenzione dell'OIL n. 143 del 24 giugno 1975, ratificata con legge 10 aprile 1981, n. 158, garantisce a tutti i lavoratori stranieri regolarmente soggiornanti nel suo territorio e alle loro famiglie parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani», restituisce uno scenario problematico, specialmente con riferimento alla possibilità, per gli stranieri "irregolari" (*recte*, irregolarmente presenti sul territorio), di reperire legalmente le risorse necessarie per far fronte alle proprie esigenze

² Cfr. C. Caprioglio, E. Rigo, *Lavoro, politiche migratorie e sfruttamento: la condizione dei braccianti migranti in agricoltura*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 3, 2020, p. 40.

³ Cfr. J.M. Rucker, M.C. Murphy, V.D. Quintanilla, *The immigrant labeling effect: the role of immigrant group labels in prejudice against noncitizens*, in *GPIR*, 22, 2019, p. 1139 ss.

⁴ Art. 3, Cost.

fondamentali. Per circoscrivere meglio il campo di indagine, è opportuna una disamina preliminare della normativa vigente in materia di ingresso e soggiorno sul territorio italiano.

2. Il Testo Unico in materia di immigrazione (d. lgs. n. 286/1998), nel definire il proprio ambito di operatività, precisa, all'art. 1, che le disposizioni ivi previste si applicano, «salvo che sia diversamente disposto, ai cittadini di Stati non appartenenti all'Unione europea e agli apolidi, di seguito indicati come stranieri».

La presente definizione costituisce strumento utile per la riflessione che si intende sviluppare in questa sede. Sebbene, infatti, le questioni legate al tema dei flussi migratori e dell'accesso al lavoro dei *non cives* risultino in generale molto articolate, le maggiori criticità emergono proprio con riferimento alla condizione dei lavoratori stranieri extracomunitari, dal momento che la progressiva implementazione della libertà di circolazione sancita nell'art. 21 TFUE ha invece accorciato in modo considerevole le distanze tra cittadini italiani e appartenenti agli altri Stati membri dell'Unione.

La materia è stata interessata, nel corso del tempo, da periodiche e ondivaghe riforme, tutte espressione del differente approccio al fenomeno migratorio assunto dalle forze politiche avvicendatesi al governo del Paese.

Senza scendere in una disamina dettagliata della copiosa produzione normativa esistente, può osservarsi come la condizione del cittadino extracomunitario in Italia risulti oggi regolata, a livello interno, dal richiamato d. lgs. 286/1998, il quale, dopo la prima legge⁵ in materia di trattamento dei lavoratori stranieri (L. n. 943/1986⁶), emanata in attuazione della Convenzione OIL n. 143/1975, recepisce e integra il contenuto dei maggiori interventi coevi e successivi.

Tra questi, merita di essere segnalata la L. n. 40/1998, cd. Turco-Napolitano, che, nel tentativo di armonizzare un quadro normativo già allora disorganico e di garantire un giusto equilibrio tra le esigenze di controllo dei flussi e di integrazione degli stranieri nel tessuto sociale nazionale, riconosce per la prima volta anche agli immigrati il godimento di alcuni diritti sociali⁷.

⁵ Prima di quel momento, il lavoro degli stranieri, fenomeno molto meno diffuso rispetto alla fine del XX secolo, era stato oggetto di esclusiva regolamentazione amministrativa, atta a salvaguardare la sicurezza e l'ordine pubblico del Paese. Sul punto, v. A. Riccobono, *Immigrazione e lavoro al tempo della crisi. Aspetti problematici e prospettive di riforma del quadro normativo*, in *temilavoro.it*, vol. 5, 2, 2013.

⁶ La norma dettava una serie di previsioni tese a favorire l'integrazione nella comunità italiana dei lavoratori extracomunitari e delle loro famiglie, anche attraverso il coinvolgimento delle Regioni e degli Enti locali e fu completata, per gli aspetti relativi all'ingresso, al soggiorno e all'espulsione degli stranieri, con la L. n. 39/1990 (cd. Legge Martelli).

⁷ In particolare, il Titolo V della legge in questione recava "Disposizioni in materia sanitaria, nonché di istruzione, alloggio, partecipazione alla vita pubblica e integrazione sociale". Per un'analisi più dettagliata della legge, si rinvia a C. Corsi, *Peripezie di un cammino verso l'integrazione giuridica degli stranieri. Alcuni elementi sintomatici*, in *Rivista AIC*, 1, 2018.

Qualche anno più tardi, una brusca inversione di rotta conduce all'emanazione della L. n. 189/2002, cd. Bossi-Fini⁸ e, di conseguenza, ad un forte irrigidimento delle condizioni di accesso e di permanenza degli stranieri sul territorio nazionale, nonché all'inasprimento delle misure di contrasto all'immigrazione clandestina.

Nel solco di queste due riforme si collocano, non meno importanti, molteplici interventi di natura e rango differenti che hanno concorso a delineare l'odierno frastagliato statuto giuridico dello straniero: a partire dalle leggi regionali e dagli atti di natura regolamentare degli enti locali, adottati a partire dagli anni '90⁹ per illuminare le zone d'ombra della legislazione nazionale¹⁰, al nutrito dibattito giurisprudenziale che ne è derivato e che ha indotto più volte la Consulta ad esprimersi sulla condizione degli stranieri¹¹, fino ai decreti legislativi di recepimento delle Direttive comunitarie succedutesi nel tempo¹².

Tratto ricorrente di questa profonda evoluzione, infine, risulta lo strumento della sanatoria, spesso celata nelle trame dei cd. Decreti flussi¹³, cui il Legislatore di ogni tempo e colore politico ha fatto ricorso, per rimediare ai limiti e alle inefficienze dei modelli di volta in volta apprestati e per regolarizzare la posizione di quanti, a dispetto dei grandi proclami di ogni riforma, erano entrati nel territorio dello Stato o vi erano rimasti illegalmente.

Ricostruita brevemente l'evoluzione normativa, al fine di fare chiarezza sull'attuale disciplina dell'accesso al lavoro da parte dei cittadini extracomunitari, risulta

⁸ Degli aspetti qualificanti e delle criticità della Legge Bossi-Fini, si occupa nel dettaglio A. Tursi, *La riforma della normativa in materia di immigrazione del 2002: una ricognizione critica, tra politica e tecnica legislativa*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 1, 2004.

⁹ Non sempre in modo impeccabile: cfr. *ex multis* Cass. civ., 17 giugno 2019, nn. 16163 e 16164, in *Labor*, 5, 2019, p. 569 ss. con nota di V. Filì, *La condizione del permesso di soggiorno prevista per le madri straniere configura secondo la Cassazione una discriminazione* e, *ivi*, ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

¹⁰ In questo quadro si colloca anche la riforma del Titolo V della Costituzione, L. cost. n. 3/2001, la quale affida alla competenza statale esclusiva, ai sensi dell'art. 117 c. 2, lett. b), la materia dell'immigrazione. Restano, peraltro, di competenza concorrente Stato-Regioni molte materie in grado di incidere profondamente sulla condizione giuridica dello straniero, quali, ad esempio, tutela e sicurezza del lavoro, istruzione, governo del territorio, previdenza complementare e integrativa.

¹¹ *Ex plurimis*, da ultimo, cfr. le recentissime Corte cost., 25 gennaio 2022, n. 19; Corte cost., 17 febbraio 2022, n. 34; Corte cost., 4 marzo 2022, n. 54, in merito alle quali v. V. Filì, *L'accesso all'assistenza sociale per gli stranieri extra UE nella più recente giurisprudenza costituzionale*, in *Lav. Giur.*, 12, 2022, suppl., p. 73 ss.; R. Nunin, *I diritti sociali degli stranieri in alcune recenti decisioni della Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2, 2022, p. 101 ss.

¹² All'elenco devono aggiungersi, per completezza, anche i numerosi decreti-legge, i decreti mille-proghe e le leggi finanziarie, spesso utilizzati per intervenire in materia di immigrazione, nonché le ordinanze della protezione civile adottate ai sensi della L. n. 225/1992, in occasione di profonde crisi migratorie come quella albanese degli anni '90 e quella nord-africana del 2011. Si veda, sul punto, F. Biondi Dal Monte, *Il diritto in migrazione. Studi sull'integrazione giuridica degli stranieri*, in *Quaderni della facoltà di Giurisprudenza*, Università degli studi di Trento, 30, 2017, pp. 353 ss.

¹³ In tal senso, v. M. McBritton, *Migrazioni economiche e ordinamento italiano*, Cacucci, Bari 2017, p.137 ss., spec. p. 139.

opportuna una considerazione preliminare. La nozione di straniero cui finora si è fatto ricorso ricomprende al suo interno due distinte macrocategorie di soggetti, rispettivamente i migranti cd. “economici”¹⁴ e i richiedenti asilo, cui il legislatore ricollega discipline in parte differenti.

Con la prima espressione, ci si riferisce a quei cittadini extracomunitari che raggiungono l’Italia per lo svolgimento di un’attività lavorativa – principale canale legale di accesso al territorio dello Stato – e si inseriscono nel farraginoso sistema per quote d’ingresso, regolato dal T.U. sull’immigrazione¹⁵.

Il meccanismo in questione si fonda, in sintesi, per un verso, sull’annuale predeterminazione¹⁶, ai sensi dell’art. 21 del T.U.¹⁷, di un tetto massimo di lavoratori autorizzati ad entrare in Italia per motivi di lavoro, subordinato - anche stagionale - o autonomo, e, per altro verso, sull’idea, priva per la verità di riscontri nella realtà fattuale, che l’incontro tra domanda e offerta di lavoro possa avvenire già prima dell’arrivo in Italia del lavoratore¹⁸.

Non è questa la sede per sviscerare le crepe del modello in esame¹⁹. Ai fini della riflessione che qui si intende condurre, deve, peraltro, osservarsi che in questo sistema il possesso di un valido titolo di soggiorno costituisce condizione necessaria sia per lo svolgimento da parte dello straniero di un’attività lavorativa²⁰ che per la sua legittima permanenza sul territorio nazionale, finendo col riverberare i suoi effetti sulle concrete prospettive di integrazione dello stesso lavoratore nel tessuto socioeconomico italiano.

A tal fine, il legislatore ha delineato un complesso e caotico sistema di permessi di soggiorno²¹, i quali, specie con riferimento alla seconda macrocategoria di stranieri (*i.e.*

¹⁴ Sulle criticità nell’individuazione di questi ultimi, v. M. McBritton, *Migrazioni economiche*, cit., p. 34 ss.

¹⁵ Nella prassi, invece, la categoria è utilizzata anche in senso lato per ricomprendere in modo indistinto richiedenti asilo e immigrati sprovvisti di un permesso di soggiorno, intendendo così che tutti gli stranieri ai quali lo Stato non ha (o non ha ancora) riconosciuto una forma di protezione internazionale sono spinti alla migrazione da ragioni economiche. In questo senso, v. *Ivi*, p. 21 ss.

¹⁶ Nella prassi, a dispetto delle previsioni normative sul punto, le quote flussi sono fissate con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri.

¹⁷ Al meccanismo di ingresso in Italia per quote fanno eccezione le categorie di lavoratori di cui all’art. 27 T.U.

¹⁸ Il lavoratore, munito di visto d’ingresso, già rilasciato dalle autorità consolari italiane del suo Paese di provenienza, entro otto giorni dal suo arrivo in Italia, deve recarsi presso lo Sportello unico per l’immigrazione per la firma del contratto di soggiorno - già presentato dal datore di lavoro - e la contestuale richiesta del permesso di soggiorno.

¹⁹ Per un’analisi approfondita sul punto, si rinvia a D. Garofalo, *Immigrazione, svantaggio, occupazione*, in G. Dammacco, B. Sitek, A. Uricchio, *Integrazione e politiche di vicinato. Nuovi diritti e nuove economie*, Cacucci, Bari 2012, pp. 249-308. Cfr. M. McBritton, *Migrazioni economiche*, cit., spec. p. 199 ss.; A. Riccardi, *La normativa comunitaria in tema di impiego di immigrati irregolari*, in *Annali del Dipartimento Jonico 2017*, Ed. DJSGE, Taranto 2018, p. 333 ss.

²⁰ Emblematica, in questo senso, risulta la previsione dell’art. 22 c. 12 del T.U., che punisce con la reclusione fino a tre anni il datore di lavoro che occupi alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi di un valido permesso di soggiorno.

²¹ Art. 5, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286.

i richiedenti asilo), sono stati modificati dal cd. Decreto sicurezza²² prima (d. l. n. 113/2018) e dalla L. 173/2020²³ poi e presentano finalità, caratteristiche e durata differenti. Alcuni di questi non consentono lo svolgimento di un'attività lavorativa (ad es. i permessi per motivi religiosi o per turismo), altri invece offrono questa opportunità, seppure a condizioni differenti, che occorre in questa sede richiamare.

A soli fini ricostruttivi, è possibile suddividere questi ultimi permessi di soggiorno in tre categorie.

Nella prima sono ricompresi i titoli concepiti *ab origine* con l'obiettivo di consentire l'attività lavorativa (permessi per motivi di lavoro subordinato, subordinato stagionale e autonomo) o che possono essere ottenuti dopo la cessazione di un precedente impiego ma prima della scadenza del titolo di soggiorno, per consentire allo straniero di reinserirsi nel mercato del lavoro (permesso per attesa occupazione). Presentano nel complesso una durata massima biennale e sono rinnovabili, in pendenza dello svolgimento di un'attività lavorativa.

Ad una seconda categoria è possibile ricondurre i permessi per motivi familiari e quelli per soggiornanti di lungo periodo²⁴. Hanno alla base finalità differenti (il primo, valorizzare il diritto all'unità familiare degli stranieri stabilitisi in Italia; il secondo, premiare la pregressa e stabile presenza del soggetto sul territorio nazionale), ma consentono entrambi, al netto di alcune peculiarità, lo svolgimento di qualsiasi attività di lavoro subordinato o autonomo.

L'ultimo gruppo di permessi compatibili con un'attività lavorativa è riferibile ai richiedenti, a vario titolo, protezione²⁵. Si tratta, in sostanza, degli stranieri che non giungono in Italia con visto di ingresso e seguendo le procedure dell'ormai noto sistema per quote, ma che, fuggendo dai loro Paesi d'origine a causa di persecuzioni o situazioni di violenza indiscriminata, una volta arrivati, presentano domanda per il riconoscimento dello status di rifugiato o della protezione sussidiaria²⁶. Fin dall'inoltro dell'istanza di protezione, a questi soggetti è data la possibilità di accedere ad una vasta gamma di permessi di soggiorno, che formano la terza categoria²⁷. Prescindendo dal

²² Per un'analisi ragionata di quest'ultimo, v. i contributi in Aa. Vv., *I primi orientamenti interpretativi del c.d. decreto immigrazione e sicurezza Salvini*, Atti del Convegno ASGI del 14 novembre 2018, all. a *Dir. imm. citt.*, 2, 2019.

²³ In merito alla quale, v. N. Zorzella, *La nuova protezione speciale introdotta dal D.L. 130/2020. Tra principio di flessibilità, resistenze amministrative e problematiche applicative*, in *Dir. imm. citt.*, 2, 2021, p. 130 ss.

²⁴ Quest'ultimo riconosciuto a tempo indeterminato e, dunque, soggetto ad aggiornamento e non a rinnovo, al ricorrere dei requisiti richiesti dall'art. 9 del T.U.

²⁵ La materia risulta oggi regolata, oltre che dal T.U., dal d. lgs. 251/2007, per i profili di diritto sostanziale, e dal d. lgs. 25/2008, per quelli di diritto processuale.

²⁶ Per i concetti di rifugiato e di persona ammissibile alla protezione sussidiaria, si rinvia alle definizioni contenute nell'art. 2, lett. e) ed f) del d. lgs. 251/2007.

²⁷ Su questi hanno inciso in senso restrittivo i decreti-legge adottati durante il primo Governo Conte (i c.d. "decreti sicurezza" voluti dal ministro Salvini, D.L. 113/2018, conv. in L. 32/2018 e D.L. 53/2019, conv. in L. 77/2019), successivamente modificati (D.L. 130/2020, conv. in L. 173/2020).

permesso “per richiesta asilo” che, ancorché di durata solo semestrale²⁸, consente di svolgere qualsiasi attività di natura autonoma o subordinata ma non è convertibile in permesso per motivi di lavoro, meritano di essere ricordati il permesso di soggiorno per asilo politico, quello per protezione sussidiaria e per casi speciali (ex protezione umanitaria). Quanto ai primi due, si tratta dei titoli di soggiorno rilasciati a seguito del riconoscimento della specifica forma di protezione invocata. Hanno durata quinquennale, sono rinnovabili²⁹ e consentono lo svolgimento di qualsiasi attività lavorativa.

Nella terza categoria rientrano anche quei permessi nati dall’esigenza di dare attuazione agli obblighi costituzionali gravanti sullo Stato italiano in virtù dell’art. 10 c. 3 Cost. Oggetto di molteplici riforme recenti, essa ricomprende oggi, oltre alle ipotesi di protezione umanitaria, anche tre particolari permessi (per protezione sociale, particolare sfruttamento lavorativo e violenza domestica). In questo contesto si aggiungono, poi, una serie di ipotesi ulteriori di titoli di soggiorno. Per molti di loro, peraltro, il legislatore non prevede la possibilità di conversione in permesso per motivi di lavoro e questo limite, tenuto conto della portata tutt’altro che residuale spesso assunta da queste fattispecie (si pensi ad es. al permesso per protezione speciale o a quello per calamità), finisce di fatto per minare le già limitate opportunità di integrazione dello straniero nel territorio italiano.

3. La disamina dei diversi titoli abilitativi al soggiorno sul territorio dello Stato dimostra come, una volta conclusa la prima fase di ingresso e rilascio del permesso, lo straniero debba districarsi in un ginepraio normativo nel quale il rischio di essere considerato “irregolare” è altissimo.

«L’intreccio tra (sopravvenuta) condizione di irregolarità ed estinzione del rapporto con lo straniero extracomunitario»³⁰ rappresenta un aspetto particolarmente problematico della disciplina della gestione dei flussi migratori, in quanto si pone nella zona di sovrapposizione tra il diritto amministrativo e il diritto del lavoro. Difatti, l’incertezza intrinseca di alcune situazioni (basti pensare alla valenza ordinatoria del termine per presentare l’istanza di rinnovo del permesso di soggiorno, il cui deposito in ritardo non osta a una valutazione nel merito) rende molto sfumati i confini di applicazione della sanzione penale. Dottrina e giurisprudenza sono pervenute alla conclusione che il rapporto non possa proseguire, pur restando divise sul percorso argomentativo da seguire e sugli istituti applicati.

²⁸ In ogni caso rinnovabile fino alla pronuncia sulla domanda di protezione da parte della competente Commissione Territoriale per il riconoscimento della Protezione Internazionale.

²⁹ Il primo in automatico, il secondo previa verifica della persistenza delle condizioni che vi hanno dato causa.

³⁰ B. De Mozzi, *L’impiego irregolare di lavoratori extracomunitari*, in M. Brollo, C. Cester, L. Menghini, *Legalità e rapporti di lavoro. Incentivi e sanzioni*, EUT, Trieste 2016, p. 439.

In primo luogo, sebbene la scadenza del permesso di soggiorno non comporti la risoluzione *ipso iure* del rapporto³¹, «il datore potrebbe invocare la scadenza del permesso quale giustificato motivo di licenziamento»³². È dubbio, tuttavia, se tale giustificato motivo sia soggettivo – ove si ritenga che la mancata presentazione dell’istanza di rinnovo integri una violazione del dovere di correttezza e buona fede e, quindi, un grave inadempimento degli obblighi gravanti in capo al lavoratore – oppure oggettivo, nella banale considerazione che sia interesse del datore di lavoro evitare di incorrere nella sanzione penale.

Ad analoga conclusione si perviene seguendo la teoria che postula l’equiparazione della scadenza e della revoca all’impossibilità temporanea della prestazione lavorativa³³, da porre a fondamento della risoluzione del rapporto ove si prolunghi al punto da far venir meno l’interesse alla prestazione residua. Il parallelismo – non molto convincente, in quanto la possibilità concreta di svolgere la prestazione non viene meno – è con i casi dell’inidoneità psicofisica del lavoratore, della carcerazione preventiva e della revoca di permessi e autorizzazioni necessarie per lo svolgimento della prestazione lavorativa³⁴. In tutte queste fattispecie l’evento in sé, pur non provocando l’immediata risoluzione del rapporto, ne comporta la sospensione³⁵, e può essere posto a fondamento del licenziamento³⁶.

Se il rapporto non si estingue di diritto, esso deve considerarsi ancora pienamente valido – anche in caso di applicazione della sanzione penale di cui all’art. 22, co. 12³⁷ – sino a quando il datore di lavoro non decida di sospenderlo o di recedere. Ma, sul

³¹ In senso opposto, v. R. Giovagnoli, *Gli effetti sul rapporto della scadenza del permesso di soggiorno*, in *Mass. giur. lav.*, 2001, p. 847: secondo tale ricostruzione, il rapporto cesserebbe in modo immediato, per ricostituirsi nell’eventualità in cui il lavoratore dovesse ripristinare il titolo di soggiorno.

³² D. Garofalo, *Immigrazione, svantaggio, occupazione*, cit., p. 253. Cfr. Cass. civ., 11 luglio 2001, n. 9407, in *Dir. imm. citt.*, 3, 2001, p. 159 ss.

³³ Cfr. Cass. civ., 11 luglio 2001, n. 9407, cit. Contro questa impostazione soccorre l’art. 5, comma 9 *bis*, D. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, che ha disciplinato le condizioni di prosecuzione dell’attività lavorativa in pendenza della richiesta di rinnovo del permesso di soggiorno. V. anche T. Vettor, *Cittadini extra U.E. Accesso al lavoro, impiego irregolare e principio paritario*, in *Arg. dir. lav.*, 2, 2014, p. 545. Sull’equiparazione tra impossibilità temporanea ed impossibilità parziale, v. L. Mengoni, *Note sull’inadempimento involontario dell’obbligazione di lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, p. 270 ss.

³⁴ In tal senso, v. Cass. civ., 3 luglio 1997, n. 5961, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 437 ss., con nota di P. Scognamiglio, *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*; Cass. civ., 23 agosto 1997, n. 7908, in *Mass. giur. lav.*, 1997, p. 871 ss.; Cass. civ., SS. UU., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Or. giur. lav.*, 1998, p. 697 ss.; Cass. civ., 9 dicembre 1998, n. 12719, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 212 ss.; Cass. civ., 13 marzo 1999, n. 2267, in *Not. giur. lav.*, 1999, p. 343 ss.; Cass. civ., 1° settembre 1999, n. 9239, in *Riv. giur. lav.*, 2000, p. 78 ss.

³⁵ «La cessazione di efficacia o di validità del permesso di lavoro o del permesso di soggiorno determina non la risoluzione del rapporto, ma la sua sospensione totale, con riguardo ad ogni suo effetto economico e giuridico» (Cass. civ., 11 luglio 2001, n. 9407).

³⁶ Cfr. G. Mannacio, *Scadenza del permesso di soggiorno e licenziamento*, in *Lav. giur.*, 3, 2002, p. 244 ss.

³⁷ In merito alla quale, v. *amplius* L. Calafà, *Lavoro irregolare (degli stranieri) e sanzioni. Il caso italiano*, in *Lav. dir.*, 1, 2017, p. 67 ss.

piano delle tutele, servirebbe una norma chiara per gestire la fase transitoria sino al momento in cui lo straniero lascerà (spontaneamente o meno) il territorio, ovvero sino a quando lo stesso otterrà un nuovo permesso di soggiorno.

4. La revoca e la scadenza del permesso di soggiorno impediscono la sottoscrizione di un nuovo contratto di lavoro – a meno che non sia stata presentata domanda di rinnovo – che sarebbe nullo *ex art.* 1418 c.c.³⁸ e, conseguentemente, la relativa prestazione risulterebbe sottoposta all'*art.* 2126 c.c.³⁹. In linea di massima, «allo scadere del permesso di soggiorno lo straniero deve lasciare il territorio dello Stato, fatto salvo il caso in cui sia titolare di un nuovo contratto di soggiorno per lavoro ovvero abbia diritto al permesso di soggiorno ad altro titolo»⁴⁰. Questo è, però, il caso più semplice, nel quale, se non sussiste il diritto a ottenere un titolo abilitativo alla permanenza sul territorio, l'unica alternativa concreta è rappresentata dalla richiesta – in questo caso, strumentale⁴¹ e, spesso, infondata – di una delle forme di protezione previste dall'ordinamento, così da ottenere un permesso temporaneo che consenta lo svolgimento di un'attività lavorativa e, anche in caso di valutazione negativa dinanzi alla Commissione Territoriale, sia rinnovabile sino al termine del relativo procedimento giudiziario. Al netto delle valutazioni su tale abuso del processo, è evidente come la necessità sottesa a questo comportamento – ontologicamente in frode alla legge – sia quella di soddisfare il requisito principale previsto per sottoscrivere legalmente un contratto di lavoro: in sostanza, un comportamento illecito che ne scongiura un altro.

In questi termini, dovrebbe far riflettere la possibilità di definire quella vigente come “disciplina criminogena”⁴², in virtù della quale lo straniero extracomunitario che perde il diritto a rimanere sul territorio è posto di fronte alla scelta di quale norma

³⁸ Cfr. G. Dondi, *Immigrazione e lavoro: riflessioni e spunti critici*, Cedam, Padova 2001, p. 150; L. Neri, *La resurrezione del libero licenziamento per il lavoratore extracomunitario “non regolarmente soggiornante”*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1, 2001, p. 222.

³⁹ Cfr. M. McBritton, *Prestazione di fatto e lavoro immigrato*, in *Riv. giur. lav.*, II, 2010, p. 449 ss.; A. Nicoli, *L'occupazione dell'extracomunitario privo di valido permesso di soggiorno che ne consenta l'ammissione al lavoro: conseguenze sul rapporto di lavoro e sanzioni*, in G. Dondi, *Il lavoro degli immigrati*, Giuffrè, Milano 2003, p. 183 ss.

⁴⁰ D. Garofalo, *Immigrazione, svantaggio, occupazione*, cit., p. 252.

⁴¹ Cfr. in senso analogo W. Chiaromonte, *Ideologia e tecnica della disciplina sovranista dell'immigrazione. Protezione internazionale, accoglienza e lavoro dopo il “decreto Salvini”*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2019, p. 321 ss.; F. Martelloni, *L'accesso al lavoro dei richiedenti e dei titolari di protezione internazionale, tra diritto e prassi*, in W. Chiaromonte, M.D. Ferrara, M. Ranieri (a cura di), *Migranti e lavoro*, Il Mulino, Bologna 2020, p. 111 ss.; M. McBritton, *Migrazioni economiche*, cit., p. 37.

⁴² La riflessione in tal senso attraversa l'intero apparato normativo che disciplina l'accesso e la permanenza sul territorio italiano: in particolare, la crescente attenzione alla “difesa” dei confini marittimi nazionali sembra porsi in controtendenza rispetto alla salvaguardia della vita umana, laddove si tende a criminalizzare persino le operazioni di salvataggio in mare. In senso analogo, è stato sostenuto che «la disciplina di ingresso e soggiorno è costruita in modo da produrre irregolarità» (Magistratura Democratica, ASGI, *Una svolta possibile e necessaria. Dieci punti per una nuova politica del diritto sull'immigrazione*, in *Foro it.*, 9, 2006, c. 291 ss.).

violare, vanificando anche le ingenti risorse pubbliche stanziare nei programmi di integrazione socioculturale (tra tutti, quelli di alfabetizzazione e formazione professionale finanziati dal Ministero dell'Interno). La normativa in materia di lavoro degli stranieri, invero, rispetta la conv. OIL 143/1975, la quale subordina la parità di trattamento al rispetto delle norme che regolano l'accesso al territorio, ma questa struttura inizia a manifestare segni di cedimento di fronte ai numeri sempre maggiori di stranieri sprovvisti di un titolo di soggiorno valido, nei confronti dei quali viene riproposto ciclicamente lo strumento della "sanatoria"⁴³.

Per far fronte alle crescenti istanze di legalità⁴⁴, servirebbe una riforma strutturale della disciplina che regola il lavoro degli stranieri, rendendola autonoma rispetto alla gestione dei flussi in ingresso. La deriva restrittiva che ha caratterizzato le ultime riforme, invece, sembra andare nel senso opposto, privando degli strumenti di tutela i cittadini stranieri che, pur irregolarmente soggiornanti, vorrebbero svolgere un'attività lavorativa lecita, lasciati alla mercé dei fenomeni noti del lavoro sommerso e del caporalato, quando non delle organizzazioni criminali.

Il binomio "lavoro sommerso – permanenza in clandestinità" alimenta l'ormai consolidata lettura "pauperistica" del fenomeno migratorio, sicché gli stranieri vengono generalmente considerati «potenziali delinquenti o poveracci in fuga da condizioni disastrose di vita»⁴⁵, quasi come se le loro uniche possibilità di raggiungere "un'esistenza libera e dignitosa" debbano passare per il meccanismo dell'accoglienza, in realtà non sempre accessibile. Un'analisi delle capacità professionali pregresse può portare, invece, alla valorizzazione delle competenze acquisite in patria, oltre al riconoscimento di titoli di studio già conseguiti, rendendo più agevole un proficuo inserimento nel mercato del lavoro locale, spesso carente di profili che invece abbondano tra gli immigrati⁴⁶.

⁴³ Sul punto, è stato sostenuto che «il governo ha rinunciato a "governare" la migrazione» (M. Livi Bacci, *Cronache di due fallimenti. L'Europa, l'Italia e le politiche migratorie*, in *Il Mulino*, 2011, p. 437).

⁴⁴ Da ultimo, v. il tentativo – pur criticabile e circoscritto – di regolarizzazione dei cittadini stranieri extracomunitari ex art. 103, D.L. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in L. 17 luglio 2020, n. 77. In merito a quest'ultimo, v. M.T. Ambrosio, *Il lavoro degli immigrati durante e dopo la pandemia*, in *Dir. merc. lav.*, 1, 2022, p. 183 ss.; W. Chiaromonte, M. D'Onghia, *Cronaca di una sanatoria*, cit.

⁴⁵ M. McBritton, *Migrazioni economiche*, cit., p. 21. A questa considerazione si può pervenire anche analizzando il fenomeno noto come *crimmigration*, che consiste nella progressiva introduzione nella disciplina dei flussi migratori di sanzioni penali, con un marcato senso di connessione tra la normativa amministrativa, che regola i permessi, con quella penitenziaria, che, pur in assenza di una condanna in sede penale, viene applicata durante il trattenimento degli stranieri nei centri di identificazione ed espulsione. Cfr. M. Daniele, *La detenzione come deterrente dell'immigrazione nel decreto sicurezza 2018*, in *Dir. pen. cont.*, 11, 2018; G.L. Gatta, *La pena nell'era della "crimmigration": tra Europa e Stati Uniti*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, p. 675 ss.; L. Riscato, *Il confine e il confino: uno sguardo d'insieme alle disposizioni penali del "Decreto Sicurezza"*, in *Dir. pen. e proc.*, 2019, p. 15 ss. Nella dottrina straniera, v. J. Stumpf, *The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign*, in *American University Law Review*, 2006, p. 367 ss.

⁴⁶ Sul punto, v. già M. Ambrosini, *Richiesti e respinti*, Il Saggiatore, Milano, 2010, p. 44.

Claudio D'Alonzo

LE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NELLA COMPOSIZIONE
NEGOZIATA *

ABSTRACT

L'istituto della composizione negoziata affronta il tema dell'adozione di misure idonee a proteggere il patrimonio dell'imprenditore durante lo svolgimento delle trattative. A tal fine, è istituito un sistema di protezioni scaglionate in profondità e attivabile qualora vi sia l'esigenza di preservare il patrimonio dell'imprenditore da iniziative che possono turbare il regolare corso delle trattative su cui si basa la composizione negoziata della crisi e mettere a rischio il risanamento dell'impresa. Lo scopo del presente lavoro è quello di affrontare, se pur brevemente, alcune questioni ad esse connesse

Negotiated composition deals with the issue of adopting suitable measures to protect the business assets during the negotiation. To this end, a system of protections staggered in depth has been established and can be activated if there is a need to preserve the business assets from initiatives that may disturb the regular course of the negotiation and jeopardise the rebalancing of the business. The purpose of this paper is to address, albeit briefly, some issues related to the adoptable measures

PAROLE CHIAVE

Composizione negoziata – misure protettive – misure cautelari

Negotiated composition – protective – precautionary measures

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La protezione del patrimonio – 3. Le misure protettive – 4. Le misure cautelari – 5. Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari – 6. I provvedimenti del tribunale – 7. Conclusioni

1. La crisi economica degli ultimi anni e la pandemia da Covid-19 hanno indotto il Legislatore a prendere misure di supporto alle imprese, finalizzate ad evitare che le loro condizioni economiche e finanziarie potessero subire conseguenze nefaste e degenerare in un dissesto irreversibile. Agli strumenti già inseriti nella legge fallimentare e nel C.C.I.I. si è aggiunto quello della composizione negoziata¹,

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

¹ Tra i molti commenti alla composizione negoziata, S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021; S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI*,

dapprima contenuto nel decreto legge 24 agosto 2021, n. 118² e successivamente trasfuso nel C.C.I.I., che amplia il novero delle possibilità per predisporre strumenti idonei alla preventiva emersione della crisi di impresa e risolverla prima che si tramuti in un'irreversibile insolvenza³.

L'intervento legislativo è frutto di un nuovo approccio alla disciplina della crisi di impresa⁴, che si traduce in un ribaltamento di prospettiva rispetto a quello precedentemente vigente⁵; infatti, dall'impostazione *creditor-oriented*, che ha sempre permeato la legislazione in tema di procedure concorsuali, si è passati ad un'impostazione *debtor-oriented*⁶ il cui scopo è favorire la prosecuzione dell'attività di impresa.

La composizione negoziata non rappresenta una peculiarità del nostro ordinamento, essendo presente anche in altri Stati⁷ e si propone di dare attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (Direttiva *Insolvency*)⁸, i cui criteri di fondo consistono nella cosiddetta *rescue*

composizione negoziata e concordato semplificato, in *Dir. fall.*, 2021, p. 922; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021; L. Panzani, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della crisi*, 2021; I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Diritto della crisi*, 2021; D. Galletti, *Breve storia di una (contro) riforma «annunciata»*, in *Il fallimentarista*, 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse «a prima lettura»*, in *Diritto della crisi*, 2021; M. Irrera, S. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Zanichelli 2022; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 2021; P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Il fallimentarista*, 2021; A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 2021; V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 2021; A. Rossi, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 2021.

² Convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147.

³ N. Manzini e F. Carelli, *Il ruolo dei creditori nella composizione negoziata*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 1. Secondo I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 183 ss. tale indirizzo normativo poggia sulla convinzione che l'anticipazione del momento in cui viene affrontata la crisi produce un effetto positivo sulle possibilità di successo del tentativo di risanamento.

⁴ Secondo V. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". Prime riflessioni*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 2 ss. si tratta di un importante cambio di passo di carattere anche metodologico.

⁵ S. Pacchi, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. dal codice della crisi alla composizione negoziata. Con un cenno allo schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 3 ss.

⁶ V. Minervini, *La "composizione negoziata"*, cit., p. 16 ss.; S. Ambrosini, *La legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 1145.

⁷ Ad esempio, in Germania vi è la *STARUG*, in Francia il *Traitement de sortie de crise*, negli USA il *Business Reorganization Act* che coinvolge le piccole e medie imprese.

⁸ Cfr. L. Panzani, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 1 ss.

culture e nel *favor* per soluzioni negoziate⁹. Attraverso tale istituto, alle imprese in difficoltà economica e finanziaria viene data la possibilità di ristrutturare preventivamente i propri debiti ed eventualmente di proseguire l'attività, facendo ricorso ad un procedimento di natura prettamente negoziale, simile a quello originariamente previsto nel C.C.I.I. in tema di composizione assistita dinanzi all'OCRI¹⁰.

La composizione negoziata è uno strumento stragiudiziale basato sulla volontà del debitore ed il cui scopo è il risanamento dell'impresa¹¹. Non si tratta di una procedura concorsuale¹², tanto che il debitore non subisce alcuno spopolamento, quanto piuttosto il mezzo maggiormente idoneo a risolvere le difficoltà economiche e finanziarie dell'imprenditore prima che venga aperta una procedura di questo tipo. All'esito del percorso di composizione negoziata si pongono dinanzi all'imprenditore e ai suoi creditori molteplici soluzioni, tra le quali è possibile scegliere quella più appagante¹³.

Come detto, la scelta di avviare un percorso di soluzione negoziata spetta unicamente all'imprenditore e non può essere attivata né tantomeno sindacata dai creditori, i quali non hanno alcun potere di proporre soluzioni per risolvere la crisi del proprio debitore¹⁴. L'accesso alla composizione negoziata è consentito a tutti gli imprenditori che si trovino in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendano probabile la crisi o l'insolvenza¹⁵ e sempre che risulti perseguibile il risanamento dell'impresa, intesa come organizzazione imprenditoriale, sia essa societaria o meno¹⁶; non vi è una contrapposizione tra debitore e creditori, quanto piuttosto la partecipazione di questi soggetti a trattative finalizzate ad una ricerca congiunta di una soluzione al problema della crisi dell'imprenditore.

L'accesso alla composizione negoziata è soggetto anche alla necessità imprescindibile che l'imprenditore individui un percorso che consenta di perseguire il

⁹ L. A. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il fallimentarista*, 2021, p. 1.

¹⁰ Cfr. L. A. Bottai, *La composizione negoziata*, cit., p. 4 ss., il quale afferma che entrambi i modelli sono ispirati ai procedimenti del *mandat ad hoc* e della *conciliation* operanti in Francia.

¹¹ Cfr. S. Pacchi, *L'allerta* cit., p. 5, secondo la quale attraverso lo strumento in parola il debitore non ha il timore che, in caso di insuccesso, possa esservi un tracciato concorsuale ormai segnato e inevitabile. Si veda anche A. Jorio, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 6.

¹² I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 9. Si vedano anche L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 1. S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021*, cit., p. 919, R. Guidotti, *La crisi d'impresa*, cit., p. 14.

¹³ S. Pacchi, *L'allerta* cit., p. 3.

¹⁴ N. Manzini e F. Carelli, *Il ruolo dei creditori*, cit., p. 12.

¹⁵ Cfr. G. Fauceglia, *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 3.

¹⁶ V. Minervini, *La "composizione negoziata"*, cit., p. 13.

risanamento dell'impresa¹⁷, oltre alle difficoltà economiche e finanziarie dalle quali emerge la probabilità di una futura crisi o insolvenza¹⁸. La risanabilità costituisce l'elemento intorno al quale ruota l'intero procedimento di soluzione negoziata, dal momento della sua instaurazione sino alla conclusione¹⁹, e riguarda tutte le imprese che hanno le potenzialità per restare sul mercato anche attraverso la cessione dell'azienda o di un suo singolo ramo²⁰.

2. L'istituto della composizione negoziata affronta il tema dell'adozione di misure idonee a proteggere il patrimonio dell'imprenditore durante lo svolgimento delle trattative. A tal fine, è istituito un sistema di protezioni scaglionate in profondità e attivabile qualora vi sia l'esigenza di preservare il patrimonio dell'imprenditore da iniziative che possono turbare il regolare corso delle trattative su cui si basa la composizione negoziata della crisi e mettere a rischio il risanamento dell'impresa; il che sembra confermare che l'accesso alla composizione negoziata possa essere effettuato anche da imprenditori il cui stato di insolvenza non è poi tanto lontano²¹. In tale ottica si colloca l'obbligo previsto in capo al debitore dall'art. 18, comma 2, C.C.I.I. di dichiarare l'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti e un aggiornamento circa i ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza, di concordato preventivo o di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti²².

¹⁷ A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 1. Secondo Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022, in *Diritto della Crisi*, 2022, l'impresa in stato di scioglimento e liquidazione non potrebbe accedere all'istituto.

¹⁸ La formulazione letterale dell'art. 12 C.C.I.I. sembra condurre alla conclusione per cui la composizione negoziata della crisi è attivabile quando l'insolvenza o la sua probabilità diventano probabili, ossia quando la crisi è meramente eventuale. Cfr. A. Quagli, *Riflessioni aziendali sulla ammissione alla composizione negoziata*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 4, secondo il quale si tratta di un concetto estremamente vago, che può spingersi fino a rendere attivabile la composizione negoziata anche quando vi è solo una minima probabilità di futura insolvenza.

¹⁹ V. Minervini, *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "insolvency". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 261 ss.; N. Abriani, *Concordato preventivo e ristrutturazione dell'impresa dopo il D.L. n. 118/2021: Que reste-t-il?*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 14 ss.

²⁰ A. Dentamaro, *Composizione negoziata della crisi: mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10, primo comma, D.L. n. 118/2021. Brevi riflessioni*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 3.

²¹ I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 18; In senso contrario, M. Irrera e P. Riva, *La convergenza tra le indicazioni del Codice della Crisi e del D.L. 118/2021: is cash still king? DCSR e TdR a confronto*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 3. Secondo L. Panzani, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2021*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 2 la nozione di crisi è cambiata ed è diventata meno rigorosa; A. Rossi, *I presupposti*, cit., p. 6.

²² In senso contrario Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, in *Diritto della crisi* ritiene che l'accesso alla composizione negoziata è precluso alle imprese che versino in stato di decozione al momento della richiesta di nomina dell'esperto

La possibilità di adottare strumenti a protezione del patrimonio dell'imprenditore non rappresenta una novità nel nostro ordinamento, essendo già prevista tanto nella legge fallimentare quanto nel codice della crisi e dell'insolvenza con riferimento alle procedure concorsuali²³. Nonostante la natura prettamente negoziale della composizione negoziata, questa implica ugualmente preclusioni alle azioni di tutela del credito così come alla dichiarazione di insolvenza, esemplificando l'assunzione di regole di autentica concorsualità²⁴. La tutela del patrimonio è finalizzata a cristallizzare la situazione esistente al momento dell'avvio delle trattative e rappresenta un passaggio fondamentale per evitare che uno o più creditori, durante il loro svolgimento, possano ottenere il soddisfacimento dei propri crediti, così vanificando ogni prospettiva di ordinata gestione della crisi²⁵; in altre parole, si tratta di uno strumento il cui scopo è quello di assicurare la prosecuzione dell'attività di impresa in senso obiettivo²⁶.

Le regole introdotte sono molteplici e, di conseguenza, sollevano varie questioni sul piano dei soggetti tenuti ad adempiervi e delle loro conseguenze. Lo scopo del presente lavoro non è quello di analizzare gli aspetti procedurali legati all'adozione delle misure di tutela del patrimonio nell'ambito della composizione negoziata, quanto piuttosto quello di affrontare, se pur brevemente, alcune questioni ad esse connesse.

3. Il primo nucleo di strumenti a venire in considerazione è quello delle misure protettive, i cui destinatari sono i creditori e i terzi in genere, con la sola esclusione dei lavoratori²⁷, ed i cui effetti decorrono dal momento in cui l'imprenditore dichiara di volersene avvalere. La richiesta può essere selettiva e quindi limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di creditori, con ciò confermando che l'imprenditore è libero di scegliere i creditori con i quali avviare le trattative e potenzialmente destinatari delle misure protettive.

L'istanza di adozione di misure protettive è soggetta ad iscrizione presso il registro delle imprese e riverbera i suoi effetti sui creditori ai quali è preclusa, in

²³ Si considerino le norme di cui agli artt. 15, comma 8, l.f., 168 l.f., 182 bis, comma 3, l.f., e 54 C.C.I.I. Secondo F. Platania, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *Il fallimentarista*, 2021, p. 4, la circostanza per cui la composizione negoziata non era inserita organicamente nella legge fallimentare o nel codice della crisi e dell'impresa non impediva di ritenere applicabili le misure cautelari e protettive già previste.

²⁴ Cassazione, Sezioni Unite, 31 dicembre 2021, n. 42093.

²⁵ M. Fabiani e I. Pagni, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fall.*, 2021, p. 1480; F. Platania, *Composizione negoziata*, cit., p. 1; I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 10.

²⁶ Cfr. V. Minervini, *La "composizione negoziata"*, cit., p. 18; G. Rana, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al d.l. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 283 ss. afferma che la strumentalità rispetto al buon esito delle trattative e la proporzionalità rispetto al pregiudizio dei creditori sono i riferimenti basilari della disciplina.

²⁷ Cfr. Trib. Padova, 20 luglio 2022, in *Il caso.it* ove si afferma che i crediti di lavoro esclusi sono solo quelli dei lavoratori subordinati.

primo luogo, la possibilità di acquisire diritti di prelazione. Tuttavia, il sacrificio imposto ai creditori decade qualora questi stipulino uno specifico accordo in tal senso con l'imprenditore, eventualmente anche a discapito di altri²⁸, o laddove intervenga la revoca o la cessazione delle misure protettive.

Ulteriore freno alle iniziative dei creditori è quello per cui non è loro consentito iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e sui beni e sui diritti, eventualmente di terzi, necessari per esercitare l'attività d'impresa²⁹; ciò sembra portare alla conclusione che il patrimonio cui fare riferimento va inteso in senso dinamico, includendo sia i beni di proprietà dell'imprenditore, sia i rapporti giuridici a lui facenti capo³⁰. L'effetto sospensivo è automatico ed è collegato alla formulazione della domanda da parte dell'imprenditore³¹. Tuttavia, in modo innovativo rispetto a quanto previsto con riferimento alle procedure concorsuali³², il principio della *par condicio creditorum* sembra subire una forte attenuazione se solo si considera che all'imprenditore non è impedito di eseguire pagamenti anche di debiti pregressi, ivi compresi quelli dei lavoratori, onde evitare pregiudizi a cascata per i creditori³³. In questo modo all'imprenditore è rimessa la scelta circa i pagamenti da effettuare, privilegiando quelli dei creditori necessari alla prosecuzione dell'attività a svantaggio degli altri, i quali non possono avviare azioni esecutive.

Alle misure inibitorie delle iniziative individuali dei creditori si aggiunge anche il divieto di pronunciare la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza dal giorno di pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure stesse³⁴. La preclusione all'apertura di una procedura concorsuale di natura liquidatoria si colloca come uno strumento autonomo ed indipendente rispetto alle misure inibitorie di cui all'art. 18 C.C.I.I., se solo si considera che trova applicazione per il semplice fatto che delle misure protettive sono state adottate, ma prescindendo da quali in concreto. Il

²⁸ Cfr. L. Baccaglini e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 7 ss.

²⁹ Cfr. F. Platania, *Composizione negoziata*, cit., p. 4 afferma che risultano inibite le azioni il cui scopo è quello di privare l'imprenditore dell'uso dei beni necessari per lo svolgimento dell'attività di impresa.

³⁰ L. Baccaglini, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Fallimento*, 2022, p. 1110.

³¹ L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi*, cit., p. 12.

³² Cfr. art. 182 *quinquies* l.f. e art. 100 C.C.I.I. Per la giurisprudenza si veda Cass. 12 gennaio 2007, n. 578, secondo cui l'art. 168 l.f., vietando azioni esecutive da parte dei creditori, vieta anche il pagamento di debiti anteriori, perché altrimenti sarebbe violato il principio di parità di trattamento dei creditori.

³³ M. Fabiani e I. Pagni, *Introduzione*, cit., p. 1480.

³⁴ Cfr. L. Panzani, *La composizione negoziata*, cit., p. 10, il quale afferma che il divieto è ispirato all'art. 7, par. 2 della Direttiva *Insolvency* secondo il quale la sospensione delle azioni esecutive individuali sospende l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore.

divieto riguarda non solo i casi in cui un'istanza di liquidazione concorsuale non sia stata ancora proposta, ma anche quello in cui il procedimento sia stato già instaurato e si prefigge lo scopo di proteggere il regolare svolgimento delle trattative fin tanto che sono in corso³⁵. Con riferimento a tale ultima ipotesi, non si pone il problema di quale sia la sorte delle misure protettive o cautelari concesse dal tribunale, dal momento che l'art. 18, comma 4, C.C.I.I., ha risolto i dubbi emersi a seguito dell'emanazione del decreto legge 24 agosto 2021, n. 118, stabilendo che restano fermi i provvedimenti già concessi³⁶; tuttavia, la norma nulla dice per quanto riguarda il caso in cui una misura già adottata sia inconciliabile con la prosecuzione dell'attività durante la negoziazione³⁷.

Infine, in ossequio a quanto previsto dalla Direttiva *Insolvency*³⁸, dopo l'adozione delle misure protettive, ai creditori su cui le misure hanno inciso è precluso rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, così come anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori. Il divieto che grava sui creditori, richiama l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., e risalta la necessità di un comportamento improntato a correttezza e buona fede tale da non porre in essere comportamenti ostili. Ad ogni modo, a tutela dei medesimi creditori, è prevista la possibilità di sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive sino alla conferma delle stesse.

Da quanto esposto sinora, appare evidente che la concessione delle misure protettive non è subordinata ad alcuna autorizzazione e si verifica quale effetto automatico dell'istanza presentata dal debitore e dell'accettazione dell'esperto³⁹; l'imprenditore non deve necessariamente chiedere l'applicazione di tutte le misure attuabili, ma può selezionare quelle più adatte al caso concreto. L'automatica applicazione delle misure protettive a semplice richiesta dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata contribuisce a guardare le stesse in un'ottica di tutela del

³⁵ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, *Fall.*, 2021, p. 1540, il quale afferma che nulla vieta che l'istanza possa essere rigettata. Secondo Trib. Lecce 22 maggio 2022 durante la composizione negoziata il procedimento per la dichiarazione di fallimento va sospeso e non dichiarato improcedibile.

³⁶ Secondo I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 16, nel vigore della legge fallimentare, le azioni inibite erano quelle individuali, con la conseguenza che le misure cautelari previste dall'art. 15, comma 8, l. f. non sarebbero state colpite dal divieto, dato che venivano concesse a protezione di un interesse collettivo; tuttavia, il giudice chiamato a pronunciarsi sulla conferma delle misure protettive doveva stabilire se le misure concesse dal tribunale fallimentare potessero continuare a produrre effetti nella composizione negoziata.

³⁷ V. Zanichelli, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1 luglio 2022*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 7.

³⁸ Cfr. art. 7, paragrafo 4.

³⁹ F. De Santis, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi (osservazioni a margine di Trib. Brescia 2 dicembre 2021)*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 2.

patrimonio. L'imprenditore, nei cui confronti i creditori non possono attuare strumenti che pur favorendo il soddisfacimento dei propri crediti pregiudicherebbero l'attività di impresa, è in grado di negoziare più serenamente la ristrutturazione dei debiti al fine di perseguire il risanamento aziendale. Naturalmente, esigenze di tutela del ceto creditorio e dei terzi rendono necessario che l'intervento del tribunale, assente quando le misure spiegano i propri effetti, diventi indispensabile nel momento in cui le stesse devono essere sottoposte ad un vaglio di efficacia, che può determinarne la conferma, la modifica o la revoca⁴⁰; l'intervento giurisdizionale è solo eventuale, il che rende manifeste le differenze con la disciplina dettata con riferimento alle procedure concorsuali, ove è previsto che le misure protettive vengano concesse dal tribunale⁴¹. In tale fase il ruolo rivestito dal tribunale si manifesta in tutta la sua rilevanza, dal momento che è chiamato ad operare un bilanciamento tra i diversi interessi contrapposti⁴²: da un lato quello dell'imprenditore interessato a superare lo stato di difficoltà economica e finanziaria in cui versa e, dall'altro, quello dei creditori che mirano ad ottenere il soddisfacimento dei propri crediti senza subire un sacrificio troppo grande⁴³.

4. Come detto, le misure protettive di cui all'art. 18 C.C.I.I. richiedono una semplice dichiarazione di volontà, non essendo necessario alcun intervento autorizzativo. È lecito domandarsi se oltre al ventaglio delle misure inibitorie, il debitore possa far ricorso anche ad altre. La soluzione al quesito sembra essere quella per cui le misure protettive sono solo quelle tipizzate dall'art. 18 C.C.I.I., se solo si considera che queste spiegano i propri effetti nel momento in cui il debitore ne fa richiesta⁴⁴. Tale soluzione, benché restrittiva, sembra trovare ulteriore conferma nella circostanza per cui il tribunale è chiamato unicamente a pronunciarsi in merito alle misure già in esecuzione e non a concederne altre⁴⁵. Se questo è vero, ne deriva che vige un principio di tassatività delle misure protettive⁴⁶, che non consente l'applicazione di altre diverse da quelle elencate. Tuttavia, gli strumenti attuabili a

⁴⁰ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 1537; M. Montanari, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 3 afferma che lo spiegamento *ex lege* delle misure protettive è subordinato alla pubblicazione della richiesta nel registro delle imprese; L. Baccaglioni e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 6. Per la giurisprudenza Trib. Brescia, 2 dicembre 2021.

⁴¹ Cfr. art. 54 C.C.I.I.

⁴² Cfr. I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit. p. 12; L. Baccaglioni e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 21; Trib. Roma, 21 novembre 2022, in *Diritto della crisi*.

⁴³ Trib. Bergamo, 5 aprile 2022, in *Diritto della Crisi*, 2022.

⁴⁴ I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 13; F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari* cit., p. 1539. In favore della atipicità delle misure protettive, M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 868.

⁴⁵ L. Baccaglioni e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 8.

⁴⁶ L. Baccaglioni, *Composizione negoziata*, cit., p. 1107.

tutela del patrimonio non si esauriscono in tali misure, essendo consentito all'imprenditore chiedere anche l'adozione di provvedimenti cautelari che appaiano più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle trattative.

In ambito concorsuale, le misure protettive e quelle cautelari perseguono scopi e tutelano interessi tra loro differenti⁴⁷; al contrario, nella composizione negoziata le misure cautelari vengono poste accanto alle misure protettive quale strumento per condurre a termine le trattative⁴⁸. Si assiste alla modifica del soggetto legittimato a chiedere la cautela e, conseguentemente, ad un ribaltamento degli interessi protetti, dal momento che la richiesta può essere avanzata dal debitore con lo stesso ricorso con cui chiede la conferma o la modifica delle misure protettive, anche se non è previsto alcun onere di instaurare un giudizio di merito⁴⁹. I provvedimenti cautelari adottabili durante la composizione negoziata sono strumentali allo svolgimento delle trattative e, sebbene manchi una loro indicazione tassativa, al pari delle misure protettive alle quali si affiancano, hanno lo scopo di tutelare il patrimonio dell'imprenditore e i beni che compongono l'impresa. Tuttavia, a differenza delle misure applicabili automaticamente al momento di accesso all'istituto della composizione negoziata, operanti in *incertam personam* e destinate a bloccare tutte le iniziative potenzialmente avviabili dai creditori, le misure cautelari sono rivolte solo nei confronti di creditori specifici⁵⁰. Senonché, l'adozione di provvedimenti cautelari a seguito dell'istanza del debitore, fa sorgere il dubbio di quali possano essere i provvedimenti richiesti e i beni ad esserne interessati⁵¹. Sul punto, mancando una specifica indicazione legislativa e tenendo in considerazione lo scopo di tali misure, sembra di poter affermare che queste possano essere le più disparate. Se questo è vero, ne deriva che le misure cautelari possono avere ad oggetto beni di terzi ma nella disponibilità del debitore, così come la sospensione o lo scioglimento dei contratti in corso e sempre che una richiesta di questo tipo non sia oggetto della sospensione dei pagamenti di cui all'art. 18 C.C.I.I.⁵². A ciò si aggiunga anche la possibilità di chiedere il divieto di pubblicazione di segnalazioni alla centrale dei rischi della Banca d'Italia o il rilascio del DURC per procedere all'acquisizione di nuove commesse, nonostante l'imprenditore sia stato inadempiente agli obblighi contributivi⁵³.

⁴⁷ L. Baccaglini e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari* cit., 2021, p. 4.

⁴⁸ Cfr. F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari* cit., p. 1540; M. Montanari, *Il procedimento*, cit., p. 5 ss., secondo cui il legislatore ha messo a punto un contenitore processuale uniforme ove le domande relative alle misure protettive e a quelle cautelari possono essere congiuntamente trattate e decise.

⁴⁹ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 1537.

⁵⁰ M. Montanari, *Il procedimento* cit., p. 9 afferma che regole calibrate su misure riconducibili ad una di quelle tipologie fanno poi fatica ad essere calate sulle altre.

⁵¹ Secondo L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi*, cit., p. 12 la possibilità di chiedere l'adozione di provvedimenti cautelari rappresenta una novità la cui portata dovrà essere chiarita dalla giurisprudenza.

⁵² G. Costantino, *Le «misure cautelari e protettive»*, in *Inexecutivis*, 2021, p. 8.

⁵³ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 1540.

Naturalmente, la richiesta deve indicare le misure da adottare e i motivi che le giustificano, non potendo essere generica o rimessa a quanto eventualmente ritenuto necessario dall'esperto⁵⁴. La decisione circa l'adozione delle misure cautelari, ipoteticamente diverse da quelle richieste, coincide con il momento in cui il giudice si pronuncia sulle misure protettive già in essere⁵⁵.

5. Si è detto che all'applicazione automatica delle misure protettive fa seguito la fase giurisdizionale. Come è noto, il procedimento vede quale suo punto di partenza la presentazione da parte dell'imprenditore, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, di un ricorso al tribunale ove ha il centro degli interessi principali con il quale chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e al quale sono allegati i documenti che consentono al medesimo tribunale di valutare la serietà della domanda di composizione negoziata ed esprimersi in modo compiuto sulle richieste formulate⁵⁶.

In un'ottica di tutela dei terzi e di efficienza del sistema, la pendenza del ricorso deve essere pubblicizzata dall'imprenditore⁵⁷. Le medesime esigenze di protezione degli interessi dei terzi comportano che in caso di omesso o ritardato deposito, le misure protettive perdono efficacia senza che si celebri l'udienza e l'istanza viene cancellata dal registro delle imprese. Gli effetti protettivi vengono meno anche per motivi che esulano dalla sfera di controllo del debitore, ossia nei casi in cui il giudice non provveda alla fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso⁵⁸. Ad ogni modo, al fine di favorire la possibilità di risanamento dell'impresa tanto nell'ipotesi in cui il debitore sia stato inadempiente ai propri doveri, quanto in quella in cui abbia rispettato i propri obblighi ma il giudice non abbia fissato l'udienza di comparizione nel termine indicato dalla legge, è concesso riproporre la domanda⁵⁹.

⁵⁴ Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in *Diritto della crisi*, 2022.

⁵⁵ F. Platania, *Composizione negoziata*, cit., p. 10.

⁵⁶ F. De Santis, *Istanza cit.*, p. 4. Secondo Trib. Avellino, 27 gennaio 2022 e Trib. Milano 28 dicembre 2021, entrambi in *Diritto della Crisi*, 2022, la mancata produzione dei documenti richiesti comporta la necessità di integrare la produzione.

⁵⁷ Cfr. L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi*, cit., p. 12, secondo il quale l'onere di pubblicare nel registro delle imprese il numero di ruolo generale del procedimento instaurato serve a dimostrare che il debitore ha chiesto al tribunale la conferma delle misure protettive nei termini indicati dalla legge.

⁵⁸ G. Limitone, *Degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa e composizione negoziata: una figlia naturale non (ancora) riconosciuta. Con notazioni a margine*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 10 ss. Secondo G. Bilò, *Qualche considerazione sulla compatibilità tra d.l. 118/2021 e Direttiva Insolvency*, in www.osservatoriooci.org, la norma è illegittima nella misura in cui condiziona l'accesso al rimedio giurisdizionale delle misure protettive ad un tardivo adempimento del giudice.

⁵⁹ Si veda G. Rana, *Questioni pratiche sul procedimento relativo alle misure protettive nel D.L. n. 118/2021*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 4 ss., secondo cui la pubblicazione nei trenta giorni è una formalità la cui omissione determina una semplice irregolarità che può essere sanata senza particolari questioni.

Una questione che si pone concerne l'individuazione dei soggetti legittimati a partecipare all'udienza. Il problema trova la propria giustificazione nella circostanza per cui il provvedimento con il quale viene fissata l'udienza prescrive le forme di notificazione più idonee a garantire la celerità del procedimento, anche diverse da quelle previste dalla legge, purché vi sia certezza della ricezione da parte del destinatario. Tuttavia, non vi è alcuna indicazione dei soggetti nei cui confronti effettuare la notifica del decreto di fissazione di udienza; ciò benché in tale sede il tribunale debba sentire "le parti". La mancata indicazione specifica di quali debbano essere i destinatari della notifica e, conseguentemente, dei soggetti che devono essere ascoltati in udienza, potrebbe indurre a ritenere che per parti si debba intendere la generalità dei creditori dell'imprenditore e dei terzi che vantino diritti sui beni strumentali all'esercizio dell'attività di impresa. Una soluzione di questo tipo, sicuramente agevole laddove il ceto creditorio sia esiguo, mostra i propri limiti qualora il numero delle controparti contrattuali dell'imprenditore in difficoltà sia ingente. Per tale ragione, un'interpretazione maggiormente corretta e, per certi versi, pratica del disposto legislativo sembrerebbe essere quella per cui i soggetti a cui effettuare la notifica debbano essere tutti i creditori e i terzi che vengono incisi dalle misure protettive e cautelari, i quali possono far valere le ragioni per cui eventualmente ritengono che le misure non si debbano applicare nei loro confronti⁶⁰. Oltre ad essi, l'art. 19, comma 4, C.C.I.I. rende evidente che la partecipazione in udienza deve essere assicurata anche ai primi dieci creditori per ammontare, di cui il debitore ha l'obbligo di depositare un elenco contenente i relativi recapiti. Senonché, la circostanza per cui tali creditori non sono necessariamente attinti dalle misure protettive e cautelari legittima il dubbio se la partecipazione all'udienza debba estendersi a tutti i creditori interessati alle trattative⁶¹. A ciò si aggiunge anche l'obbligo di sentire i terzi sui cui diritti le misure protettive e cautelari incidono. Infine, nulla esclude che il tribunale possa chiedere anche l'intervento del P.M., la cui iniziativa non è bloccata in questa specifica fase, avuto riguardo alla rilevanza della possibile insolvenza dell'imprenditore⁶². Da ciò ne deriva che la pleora dei soggetti chiamati a far sentire la propria voce in udienza non è necessariamente limitata e che il giudice, nell'assumere la propria decisione deve necessariamente tenere in considerazione gli interessi di ciascuno. Un aiuto in tal senso può giungere

⁶⁰ Cfr. A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 885 ss.; G. Rana, *Questioni pratiche*, cit., p. 11 ss.; L. A. Bottai, *La composizione negoziata*, cit., p. 11; F. Platania, *Composizione negoziata*, cit., p. 7; M. Montanari, *Il procedimento*, cit., p. 10 ss. secondo il quale gli oneri e le complicazioni processuali derivanti dalla configurazione come contraddittori necessari di tutti i componenti il ceto creditorio del debitore istanti sono eccessivi e vi si deve porre rimedio sfolto il novero dei creditori cui possa essere riconosciuta la veste di contraddittore necessario. In giurisprudenza Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022, in *Diritto della crisi*, 2022.

⁶¹ L. Baccaglini e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 18.

⁶² L. Gambi, *La ratio ed il funzionamento del test pratico per l'accesso al percorso di risanamento*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 5.

dall'esperto, a cui pure deve essere notificato il provvedimento e che deve esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative.

All'udienza, il giudice può nominare un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., a cui, come è noto, viene demandato il compito di fornire la propria assistenza in quegli atti che il giudice stesso non è in grado di compiere da solo. Senonché la presenza di un soggetto qualificato in un determinato settore sembra porsi in netta contrapposizione con quella dell'esperto, anch'egli dotato di specifiche competenze che ne hanno reso possibile la nomina, di modo che viene da chiedersi quale sia il motivo sotteso ad una disposizione di questo tipo. Sembra che la nomina dell'ausiliario avvenga in tutti i casi in cui le valutazioni dell'esperto in merito alle misure protettive già in essere ed alle misure cautelari richieste non siano esaurienti e si renda necessaria una valutazione più approfondita. Tuttavia, l'adesione ad un'interpretazione di questo tipo svuoterebbe di significato la figura dell'esperto e le sue competenze e si tradurrebbe unicamente in una dilatazione dei tempi del procedimento ed in un aggravio dei costi⁶³. Una diversa lettura potrebbe essere quella per cui l'ausiliario in parola non debba avallare o confutare le valutazioni dell'esperto, così sostituendosi ad esso, quanto piuttosto assistere il giudice nel compimento di atti istruttori che il giudice stesso non è in grado di compiere autonomamente, quale l'esame di specifici documenti⁶⁴. Se questo è vero, ne deriva che la figura dell'ausiliario non si sovrappone a quella dell'esperto, ma vi si affianca contribuendo ad innalzare il livello di specializzazione e di professionalità dei soggetti sui quali il giudice può fare riferimento per prendere la propria decisione⁶⁵.

6. All'esito della fase istruttoria, le misure protettive possono essere confermate e le misure cautelari concesse quando agli occhi del giudice vi è una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento dell'impresa e quando le stesse appaiono necessarie per raggiungere quello specifico risultato⁶⁶. Il provvedimento, di carattere ordinatorio e soggetto a reclamo, determina la durata delle misure entro un arco di tempo compreso tra trenta e centoventi giorni e tenendo conto delle misure eventualmente già concesse nel corso dei procedimenti di accesso ad una procedura

⁶³ Cfr. L. Calcagno, *La figura dell'esperto*, in *Diritto della crisi*, p. 15 secondo cui la scelta legislativa sembra indicare che l'esperto possa compiere un'attività a sostegno dell'impresa o possa essere inevitabilmente coinvolto nel percorso dell'imprenditore.

⁶⁴ L. Baccaglini e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., p. 19.

⁶⁵ Cfr. L. Panzani, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, in *Società*, 2023, p. 260, secondo il quale anche l'ausiliario deve esprimersi sulla funzionalità delle misure ad assicurare il buon esito delle trattative.

⁶⁶ Trib. Roma, 4 ottobre 2022, in *Diritto della crisi*; Trib. Modena, 8 agosto 2022; Trib. Milano, 17 gennaio 2022, in *Diritto della crisi*, 2022. Secondo I. Pagni e M. Fabiani, *La transizione*, cit., p. 12 si tratta dei due requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

concorsuale⁶⁷. La conferma delle misure protettive appare possibile anche laddove le trattative non siano state teoricamente ancora avviate, ma l'esperto esprima il proprio parere favorevole; ciò in quanto l'eventuale rigetto dell'istanza formulata dall'imprenditore potrebbe consentire ai creditori individuali di avviare azioni esecutive, così precludendo il risanamento dell'impresa⁶⁸. Ancora una volta la risanabilità assurge a perno intorno al quale ruota l'intero istituto della composizione negoziata. Il giudice nell'effettuare le proprie valutazioni circa la conferma o la revoca delle misure protettive già adottate e l'adozione delle eventuali misure cautelari richieste, è chiamato ad un giudizio che prescinde dall'insolvenza e si fonda unicamente sul possibile risanamento dell'impresa così come accertato dall'esperto⁶⁹.

Si può porre il problema se la conferma delle misure protettive possa spiegare i propri effetti nei confronti di tutti i creditori o solo verso alcuni di essi. Si potrebbe ritenere che il provvedimento confermativo delle misure protettive sia efficace nei confronti di tutti i creditori che si pongono in una posizione antagonista rispetto ad ogni iniziativa di risanamento aziendale⁷⁰; da ciò ne deriverebbe che quando le misure protettive vengono richieste dall'imprenditore in forma generale ed estesa nell'ambito del procedimento di composizione negoziata, esse andrebbero confermate con efficacia *erga omnes*⁷¹.

Una diversa interpretazione potrebbe indurre a ritenere che è inammissibile la richiesta di imporre genericamente a tutti i creditori il divieto di acquisire diritti di prelazione e di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore in pendenza della procedura di composizione negoziata della crisi⁷²; in questo modo, le misure potrebbero produrre effetto solo nei confronti dei creditori specificatamente individuati dal debitore, ferma restando la necessità di instaurare il contraddittorio con i terzi sui cui diritti le misure protettive o i provvedimenti cautelari dovessero incidere⁷³.

L'adesione all'orientamento per cui le misure protettive hanno efficacia estesa e generalizzata sembra trovare la propria giustificazione nel dettato normativo; infatti, come detto, sono esclusi dalle misure protettive solo i crediti vantati dai lavoratori e il debitore può chiedere la limitazione delle misure a determinate iniziative intraprese

⁶⁷ A. Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in *Fallimento*, 2022, p. 1256, afferma che la precisazione legislativa ha risolto i problemi di coordinamento con le norme in tema di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

⁶⁸ Trib. Ivrea, 10 febbraio 2022, in *Il caso.it*; Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, in *Il caso.it*; in senso contrario, Trib. Modena, 14 luglio 2022, in *Il caso.it*.

⁶⁹ Cfr. A. Dentamaro, *Composizione negoziata*, cit., p. 11.

⁷⁰ Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in *Diritto della crisi*, 2022 secondo cui l'omessa notifica del decreto di fissazione dell'udienza di conferma ai creditori rende inammissibile l'istanza presentata dal debitore.

⁷¹ Trib. Bergamo, 5 aprile 2022, in *Diritto della Crisi*, 2022; Trib. Milano 27 febbraio 2022 in *Diritto della crisi*, 2022; Trib. Padova, 25 febbraio 2022.

⁷² Trib. Mantova, 1 giugno 2022, in *Il caso.it*; Trib. Roma, 3 febbraio 2022 in *Il caso.it*.

⁷³ Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022.

dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori. Qualora i creditori possano agire individualmente in via esecutiva o possano risolvere i contratti pendenti, le trattative verrebbero pregiudicate, precludendo così il piano di risanamento dell'impresa. Da ciò ne deriva che la conferma delle misure protettive *erga omnes* consente di preservare il patrimonio dell'imprenditore e favorirne il risanamento.

Cionondimeno, il limite temporale di applicazione delle misure a tutela del patrimonio dell'imprenditore non è immutabile, ben potendo subire variazioni. Ferma restando la durata complessiva di dodici mesi prevista dall'art. 8 C.C.I.I., la durata delle misure protettive e cautelari può essere aumentata quando è strumentale al buon esito delle trattative, sempre che il centro degli interessi principali dell'impresa non sia stato trasferito da un altro Stato membro nei tre mesi precedenti alla formulazione della richiesta di misure protettive. Allo stesso modo, lo spazio temporale di efficacia delle misure può essere compresso o addirittura annullato laddove le stesse non siano congrue al buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori⁷⁴. La legittimazione a richiedere un provvedimento di riduzione o revoca delle misure spetta non solo all'imprenditore o ai creditori quando non vi è possibilità di addivenire ad una soluzione concordata, o non vi sono significativi progressi nella realizzazione di misure idonee a superare la crisi, ma anche all'esperto, il quale può ricorrervi quale leva per favorire il buon esito delle trattative in tutti i casi in cui le parti siano bloccate su posizioni antitetiche⁷⁵. Peraltro, laddove la condotta dell'imprenditore non sia improntata ai principi di correttezza e di buona fede, sembra possibile che i creditori possano presentare un'istanza di liquidazione giudiziale del proprio debitore, di modo che, in caso di esito infausto delle trattative, il tribunale possa subito esaminarla.

In considerazione della diversità dei rapporti tra l'imprenditore e i singoli soggetti coinvolti nelle trattative e al fine di fornire una tutela protettiva che si adatti ad ogni caso specifico e non sia sempre omogenea, è altresì possibile che il giudice, dopo aver acquisito il parere dell'esperto, possa procedere ad una selezione delle misure destinate a sopravvivere, limitandole a determinate iniziative dei creditori o a specifici creditori, di modo che non siano pregiudicati quelli disposti a collaborare e

⁷⁴ Secondo M. Montanari, *Il procedimento*, cit., p. 14, il primo profilo attiene a misure non coinvolgenti beni strategici ai fini del piano di risanamento che si vuole concertare con i creditori, mentre il secondo riguarda casi in cui la misura possa compromettere la solvibilità del creditore o la stabilità della sua impresa oppure all'ipotesi in cui il creditore sia garantito dall'ipoteca su un bene di cui sia fondato temere un deprezzamento grave e irreparabile nel tempo in cui l'azione esecutiva al riguardo esperibile sia destinata a rimanere bloccata.

⁷⁵ Cfr. Trib. Bologna, 19 aprile 2022, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022. L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi*, cit., p. 14.

vengano colpiti solo quelli le cui iniziative giudiziarie possono minare il prosieguo delle trattative⁷⁶.

7. Sulla base di quanto sinora esposto, sembra di poter affermare che le norme dettate in tema di misure protettive e cautelari risaltano la necessità imprescindibile che il debitore che acceda alla composizione negoziata individui un percorso finalizzato a perseguire il risanamento dell'impresa⁷⁷. La rilevazione tempestiva della crisi ed il contrasto ad essa trova la sua collocazione già nella vita quotidiana dell'impresa con l'obbligo previsto dall'art. 2086 c.c. di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa stessa. Nella composizione negoziata all'imprenditore è imposto un vaglio critico della propria situazione e l'individuazione della strada da seguire⁷⁸. Da ciò ne discende che se l'obiettivo è quello di non disgregare il complesso aziendale, le misure a tutela del patrimonio non devono riguardare necessariamente tutti i creditori, ma possono ipoteticamente coinvolgere solo alcuni di essi, impedendo loro di far valere le proprie ragioni e di precludere il buon esito del percorso individuato dal debitore⁷⁹.

Nella fase giurisdizionale la domanda di conferma delle misure inibitorie e di eventuale concessione di quelle cautelari deve essere corredata in particolare da un piano di risanamento adeguato, che consenta una valutazione prognostica della sua riuscita⁸⁰. Un ruolo fondamentale e per così dire di salvaguardia è rivestito dall'esperto, il quale deve esprimere il proprio parere sull'opportunità di confermare le misure, ove queste siano strumentali alla soluzione negoziata della crisi e non vi sia un significativo aggravamento delle posizioni dei creditori, o chiederne la revoca laddove le trattative ed il piano predisposto dal debitore appaiano inidonei al loro scopo.

Infine, viene in considerazione anche la posizione dei creditori. Sebbene i vantaggi che la composizione negoziata porta al debitore appaiano chiari, gli effetti per tale categoria non sembrano certi⁸¹. La normativa non prevede alcuna misura premiale derivante dalla partecipazione alle trattative, se non quella di ottenere un soddisfacimento quantomeno parziale del credito vantato e ipoteticamente migliore

⁷⁶ F. De Santis, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 1539; G. Rana, *Le misure protettive e cautelari*, cit., p. 288.

⁷⁷ A. Rossi, *Composizione negoziata*, cit., p. 1. Secondo Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022, in *Diritto della Crisi*, 2022, l'impresa in stato di scioglimento e liquidazione non potrebbe accedere all'istituto.

⁷⁸ R. Ranalli, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Fall.*, 2021, p. 1517; F. Carnevali e M. Tarabusi, *Composizione negoziata della crisi: la stima della liquidazione del patrimonio*, in *Diritto della Crisi*, 2021, p. 3.

⁷⁹ Cfr. L. Baccaglioni, *Composizione negoziata*, cit., p. 1109.

⁸⁰ Trib. Roma, 10 ottobre 2022, in *Il caso.it*.

⁸¹ N. Manzini e F. Carelli, *Il ruolo dei creditori*, cit., p. 2, secondo i quali è importante indagare tale aspetto in quanto sono i necessari interlocutori del debitore e dalla loro disponibilità dipende il successo del percorso di negoziazione assistita.

rispetto a quello altrimenti ricavabile dall'apertura di una procedura concorsuale. Ciononostante, il ceto creditorio non è più unicamente titolare di diritti, ma è gravato di specifici obblighi, dovendo collaborare con il debitore e dovendo improntare la propria condotta ai principi di correttezza e buona fede⁸². Il ruolo determinante rivestito da tali creditori per la buona riuscita delle trattative impone loro di collaborare lealmente e di rispondere tempestivamente ed espressamente alla proposta del debitore. Se questo è vero, ne deriva che ai creditori è precluso di rifiutare aprioristicamente e immotivatamente la proposta formulata dal debitore, dovendosi altrimenti ritenere che il risanamento è destinato a bloccarsi di fronte alla loro preconstituita volontà⁸³.

⁸² N. Abriani, *Concordato preventivo*, cit., p. 8.

⁸³ Trib. Trento, 23 settembre 2022.

Gabriele Dell'Atti

LA VALUTAZIONE DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE TRA IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E LA LEGISLAZIONE EMERGENZIALE*

ABSTRACT

Il contributo si propone di fornire alcuni spunti di riflessione sulla necessità di coordinamento tra il contenuto delle misure straordinarie in tema di diritto d'impresa, disposte in seguito all'emergenza pandemica da Covid-19, e la disciplina ordinaria di valutazione della continuità nella prospettiva della redazione del bilancio e della predisposizione di adeguati assetti organizzativi, stante la centralità sistematica assunta all'esito delle modifiche introdotte dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

The document aims to provide food for thought on the need for coordination of the extraordinary measures about corporate law, arranged following the pandemic emergency from Covid-19, and the ordinary regulation about going concern evaluation in perspective the preparation of the financial statements and adequate organizational structures, given the systematic centrality assumed as a result of the changes introduced by the D.lgs. 14/2019.

PAROLE CHIAVE

Continuità aziendale – bilancio – modelli organizzativi

Going concern – financial statement – organizational models

SOMMARIO: 1. Premessa. Il superamento della dicotomia esegetica in tema di continuità aziendale – 4. La valutazione della continuità aziendale e assetti organizzativi all'esito della riforma del diritto della crisi d'impresa. – 5. Le distonie sistematiche sul piano informativo tra la disciplina di bilancio e quella in tema di modelli organizzativi – 7. Legislazione emergenziale e gli effetti della deroga temporanea al presupposto di continuità – 8. Legislazione emergenziale e gli effetti dell'inibizione della funzione informativa delle regole sul capitale – 9. Riflessioni conclusive

1. La dinamicità del fenomeno di crisi, da sempre percepita con chiarezza dalle scienze aziendalistiche¹, è stata invece assimilata dal diritto concorsuale solo

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

¹ E la tradizionale elasticità delle strategie di *turnaround* ne è prova tangibile, come rileva già da tempo da B. Parker, *Strategies for small domestic firms in decline industries*, in *International Small Business Journal*, 1989, p. 23 ss.; D. Robbins, J. Pearce, *Turnaround: Retrenchment and Recovery*, in *Strategic Management Journal*, 1992, p. 287 ss.; S. Chowdhury, J. Lang, *Crisis, decline, and turnaround: A test of competing hypotheses for short-term performance improvement in small firms*, in *Journal of Small Business Management*, 1993, fasc. 31, vol 4, p. 8 ss.; S. Michael, D. Robbins, *Retrenchment among*

progressivamente, dapprima storicamente ancorato a strumenti prettamente liquidatori e, nell'ultimo ventennio, sempre meno timidamente orientato verso soluzioni in continuità. Il primo approccio del legislatore concorsuale alla continuità aziendale era caratterizzato da una prospettiva esclusivamente risolutiva della crisi², trovando spazio nel concorso come strategia di risanamento, alternativa alla liquidazione, in un contesto fenomenologico in cui lo stato di crisi era già manifesto esternamente. Mentre le scienze aziendalistiche, dunque, hanno sempre apprezzato il fenomeno in una prospettiva *forward looking* (che permea nella disciplina di bilancio), le scienze giuridiche sembrano aver scontato una rigidità interpretativa del fenomeno legata al retaggio della staticità tipica delle soluzioni liquidatorie.

Questa asincronia nelle percezioni delle dinamiche del fenomeno ha fisiologicamente implicato una maggior sensibilità esegetica delle scienze aziendalistiche rispetto agli strumenti e alle strategie di monitoraggio e prevenzione, soprattutto riguardo agli elementi sintomatici della manifestazione interna della crisi, prodromica nella parabola evolutiva del fenomeno alla exteriorizzazione

small manufacturing firms during recession, in *Journal of Small Business Management*, 1998, fasc. 36, vol 3, p. 35 ss.; J. Dedee, D. Vorhies, *Retrenchment activities of small firms during economic downturn: an empirical investigation*, in *Journal of Small Business Management*, 1998, fasc. 36, vol 3, p. 46 ss. Nel panorama italiano, cfr. L. Guatri, *Crisi e risanamento delle imprese*, Giuffrè, Milano 1986 è il primo in Italia a proporre un approccio oggettivo della crisi individuando una serie di elementi endogeni ed esogeni all'impresa, quali inefficienza, sovraccapacità, rigidità, decadimento della produzione, carenza di pianificazione, squilibrio finanziario. Più recentemente, A. Arcari, *Prevenire la crisi e gestire il turnaround nelle PMI attraverso le analisi economiche*, Varese, Uninsubria, 8, 2004, p. 4 ss.; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna 2007; A. Danovi, A. Quagli, *Crisi aziendali e processi di risanamento*, Ipsoa, Milano 2012; Id., *Gestire la crisi d'impresa. Processi e strumenti di risanamento*, Ipsoa, Milano 2015; F. Lamanna, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, Milano 2019; P. Riva, A. Danovi, M. Comoli, A. Garelli, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo CCI*, in *Giur. comm.*, III, 2020, p. 594 ss.

² Il primo espresso riferimento normativo alla continuità aziendale avviene, per la prima volta, con l'introduzione dell'istituto del concordato in continuità aziendale ai sensi degli artt. 186-bis e 182-quinquies, co. 4, L.F. introdotte ad opera del «Decreto Sviluppo», decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. Invero, l'origine dell'istituto del concordato preventivo in continuità è riconducibile alle modifiche introdotte con il decreto legge 14 marzo 2005, n. 35, il quale ha profondamente modificato la natura del concordato preventivo, che da procedura prettamente liquidatoria è divenuta una procedura volta anche, se non essenzialmente, a salvaguardare la continuazione dell'attività d'impresa attraverso un accordo con la maggioranza dei creditori, alleviando la situazione debitoria e finanziaria patologica dell'imprenditore. Per una panoramica dell'evoluzione normativa dell'istituto cfr. *ex multis* S. Ambrosini, *Appunti in tema di concordato in continuità aziendale*, in www.ilcaso.it, Crisi d'impresa e fallimento, 4 agosto 2013, p. 4 ss.; L. Stanghellini, *Il concordato in continuità aziendale*, in *Società, banche, crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, M. Campobasso, V. Carriello, V. Di Cataldo, F. Guerrero, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), vol III, Utet, Torino 2014, p. 3202 ss.; A. Paciello, *Riflessioni a proposito di continuità aziendale*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, I, p. 286 ss.; V. Pettrossi, *Il concordato preventivo: della fattispecie con continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2015 I, p. 21 ss.; A. Jorio, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 15 ss..

giuridicamente rilevante³. Prima delle modifiche organizzative recate dal CCI, infatti, il rischio di perdita della continuità aziendale come elemento gestionale interno, pur assumendo rilevanza per le scienze aziendalistiche, era totalmente indifferente al diritto concorsuale, i cui meccanismi si innescavano solo in presenza di manifestazioni oggettive e di carattere esteriore⁴. In questo contesto, il principale pregio sistematico della rimodulazione organizzativa recata dal CCI è da rilevarsi proprio nel definitivo superamento di tale dicotomia interpretativa: con l'introduzione della composizione negoziata⁵, dapprima contenuta nel decreto legge 24 agosto 2021, n. 118⁶ e successivamente trasfusa nel CCI, viene ampliato il novero delle possibilità per predisporre strumenti idonei alla preventiva emersione della crisi di impresa e

³ Tale discrasia, seppur marcata nella dimensione interpretativa del fenomeno, viene meno nella prospettiva risolutiva quando la nozione giuridica di continuità aziendale alla base dell'art. 186-bis L.F. ripropone il lessico tipico delle discipline contabili e aziendalistiche del principio di revisione ISA Italia 570. Sul punto v. F. Pacileo, *Continuità e solvenza*, cit., p. 85; C. Cincotti, F. Nieddu Arrica, *La gestione del risanamento delle procedure di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 1283 ss.; L. Tronci, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento*, in *Giur. comm.*, I, p. 1269 ss.

⁴ Mentre la definizione di crisi era completamente estranea alla normativa concorsuale, l'insolvenza veniva ricondotta esplicitamente, ai sensi dell'art. 5 L.F., a «inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». In tema di insolvenza si veda, *ex alia*, G. Ferri jr., *Lo stato di insolvenza*, in *Riv. Not.*, 2015, VI, p. 1152 ss.; Id., *Insolvenza e crisi dell'impresa organizzata in forma societaria*, in *La riforma della legge fallimentare*, S. Fortunato, G. Giannelli, F. Guerrera, M. Perrino (a cura di), Giuffrè, Milano 2011, p. 54 ss.; G. Terranova, *Lo stato d'insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, in F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli (diretto da), I, Giappichelli, Torino 2013, 95 ss.; A. Nigro, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, in *Trattato di diritto privato*, XXV, Giappichelli, Torino 2012, p. 224; G. Capo, *Lo stato di insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare*, in V. Buonocore, A. Bassi (diretto da), I, Cedam, Padova 2010, p. 176 ss.; D. Galletti, *Commento sub art. 5*, in *Commentario alla legge fallimentare*, I, in C. Cavallini (diretto da), Egea, Milano 2010, 77 ss.; Id., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Il Mulino, Bologna 2006, 39 ss., 173 ss.; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Il Mulino, Bologna 2007, 15 ss., 119 ss..

⁵ Tra i molti commenti alla composizione negoziata, S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021; S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 922; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021; L. Panzani, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della crisi*, 2021; I. Pagni, M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, in *Diritto della crisi*, 2021; D. Galletti, *Breve storia di una (contro)riforma «annunciata»*, in *Il fallimentarista*, 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse «a prima lettura»*, in *Diritto della crisi*, 2021; M. Irrera, S. Cerrato (diretto da), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Zanichelli 2022; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 2021; P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Il fallimentarista*, 2021; A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 2021; V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della crisi*, 2021; A. Rossi, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 2021.

⁶ Convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147.

risolverla prima che si tramuti in un'irreversibile insolvenza⁷. La discontinuità rispetto al passato risiede nella tendenza a prediligere il più possibile la tempestiva anticipazione del fenomeno di crisi, piuttosto che l'intervento una volta che si sono già deflagrati gli effetti⁸.

Si assiste, così, al definitivo consolidamento del progressivo processo di recepimento, da parte del diritto d'impresa, di meccanismi e paradigmi propri delle scienze aziendalistiche⁹; tendenza percepibile dalla definizione di crisi

⁷ N. Manzini, F. Carelli, *Il ruolo dei creditori nella composizione negoziata*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 1. Secondo I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. soc.*, 2020, p. 183 ss. tale indirizzo normativo poggia sulla convinzione che l'anticipazione del momento in cui viene affrontata la crisi produce un effetto positivo sulle possibilità di successo del tentativo di risanamento.

⁸ Il rapporto di propedeuticità della crisi rispetto all'insolvenza può essere facilmente percepito non solo dalle disposizioni fallimentari (invero scarse) ma anche estendendo la prospettiva alle regole previste dal diritto societario. Sul punto si fa riferimento a P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Riv. soc.*, 2011, p. 822 ss.; F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano 2011. P. 47 ss.; O. Cagnasso, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 33 ss.; Id., *Le interferenze tra il diritto societario e il diritto fallimentare*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, II, Utet, Torino 2016, p. 2616 ss.; U. Tombari, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Società, banche e crisi d'impresa. Liber amicorum Pietro Abbadessa*, cit., 2014, p. 2835 ss., che evidenzia, con riferimento alla interrelazione tra «diritto societario della crisi» e «diritto societario generale», come «la soluzione preferibile porta a configurare il primo come un sistema tendenzialmente autonomo rispetto al secondo. A bene vedere, questa opzione teorica si giustifica e si lascia preferire, in quanto consente di meglio realizzare quei valori e quegli obiettivi che l'ordinamento ha voluto perseguire in caso di crisi di un'impresa societaria».

⁹ La cui operosità è stata percepita in via generale da A. Amatucci, *La scuola di diritto commerciale di Alessandro Graziani e Le situazioni soggettive dell'azionista di Vincenzo Buonocore*, in *Giur. comm.*, 2012, I, p. 228, quando ricorda che «il diritto commerciale è sovrastrutturale a fenomeni osservati e regolamentati da altre scienze, alle quali la legge appresta l'opportuna disciplina ma è tributaria per problematiche ed individuazione di fenomeni (in particolare...all'economia aziendale...) senza confusione di piani», ma anche dalla giurisprudenza quando rileva che «un'altra peculiarità delle norme civilistiche in materia di bilancio, oltre al carattere imperativo, è costituita dal fatto che le stesse sono regole contabili elevate dal legislatore a rango di norme giuridiche. Sono pertanto una rielaborazione di principi contabili ricavati dalla tecnica aziendale», *Trib. Prato*, 25 settembre 2012, in *Società*, 2013, p. 270. Il recepimento nel parenchima concorsuale di concetti fondamentali di carattere aziendalistico si pone in linea con la tendenza, in via di consolidamento, di attribuire rilevanza ad aspetti metagiuridici che, tuttavia, sono sottesi agli aspetti legali, diventandone parte integrante. Si pensi, ad esempio, oltre agli articoli del codice civile in materia di redazione dei bilanci delle società che - sin dall'emanazione del decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127 - si sono progressivamente arricchiti di riferimenti sempre più frequenti alle regole dettate dalla prassi professionale (cioè i principi contabili, prima nazionali e poi internazionali), anche al Testo Unico sulle società a partecipazione pubblica (decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175), in cui sono evidenti gli effetti tecnico-pratici di finalità lucrative attenuate nelle persone giuridiche pubbliche; nonché all'introduzione del concetto di *performance* nella Pubblica Amministrazione (con il decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, meglio noto come «Legge Brunetta» e il correlato decreto legislativo 25 maggio n. 74, conosciuto come «Riforma Madia»), che ha visto il concretizzarsi (ma non ancora la conclusione purtroppo) del cosiddetto «processo di aziendalizzazione» degli enti pubblici. In questo senso F. Manca, *Assetti adeguati e indicatori di crisi nel nuovo codice della crisi d'impresa: la visione di un aziendalista*, in *Giur. comm.*, 2020, p. 629 ss.

«probabilistica»¹⁰ recata dall'art. 2, lett. a), CCI.

Indipendentemente poi da come si declinano le competenze organizzative in tema di monitoraggio e prevenzione, appare evidente che la tempestività della rilevazione si ponga in stretta correlazione all'efficacia dell'intervento, trattandosi di due finalità distinte sul piano organizzativo ma complementari su quello sistematico. All'interno di tale combinazione finalistica si innesta in maniera imprescindibile il nesso tra modelli organizzativi e flussi informativi, in quanto l'adeguatezza dei primi passa necessariamente dalla corretta circolazione dei secondi a livello endosocietario.

Sul piano organizzativo, in sostanza, avviene una razionalizzazione dei processi e dei modelli che vede indubbiamente quali principali destinatari le realtà imprenditoriali di medie e piccole dimensioni, posto che quelle maggiormente strutturate hanno già da tempo implementato gli assetti organizzativi o in forza a limiti imposti dalla legislazione speciale oppure in risposta alle esigenze di mercato¹¹.

2. Mentre le modifiche apportate ai principi contabili incidono più sul piano

¹⁰ La nozione che si ricava dalla norma si ritiene che tenda a inquadrare quello stadio successivo alla rilevazione degli elementi sintomatici della possibilità di insolvenza, cioè il passaggio dallo stato di *early warning* a quello della *twilight zone*. In questo senso S. De Matteis, *I principi generali della legge delega di riforma delle procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 1291 ss.; G. D'Atorre, *Prime riflessioni sulla delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2017, p. 519; P. Montalenti, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, XXXIII Convegno di studio su crisi d'impresa - *Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo Codice e nuova cultura*, Courmayeur, 2019, p. 15. Secondo, A. Guiotto, *La nuova "allerta" nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fallimento*, 2022, p. 1185, il giudizio probabilistico sulla futura insolvenza deve basarsi sull'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni aziendali nei dodici mesi successivi.

¹¹ Si pensi alle società quotate, a partecipazione pubblica o agli intermediari finanziari. In tema di banche ed emittenti, cfr. P. Montalenti, *Il sistema dei controlli interni nelle società di capitali*, in *Società*, 2005, p. 295 ss.; P. Montalenti, S. Balzola, *La società per azioni quotata*, in *Le nuove s.p.a.*, O. Cagnasso, L. Panzani (diretto da), II, Zanichelli, Bologna - Roma, 2010, p. 1948 ss.; D. Caterino, *Poteri dei sindaci e governo dell'informazione nelle società quotate*, Cacucci, Bari, 2012, 24 ss.; G. Strampelli, *I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*, in *Riv. dir. priv.*, 2017 p. 79; M. Stella Ritcher jr., *I sistemi di controllo delle banche tra ordinamento di settore e diritto comune. Notazioni preliminari*, in *Riv. soc.*, I, 2018, p. 320 ss.; id., *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, I, 2019, p. 20 ss.. Con riferimento ai modelli organizzativi nelle società a partecipazione pubblica, *ex multis*, F. Riganti, *I controlli interni nelle società pubbliche quotate*, in *I controlli nelle società pubbliche*, F. Auletta (a cura di), Zanichelli, Bologna 2016, p. 197 ss.; L. Picardi, *Strutture e principi di governance*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, in G. Guizzi (a cura di), Giuffrè, Milano 2017, 19 ss.; L. Furgiuele, *I controlli interni nelle società per azioni a partecipazione pubblica*, in *La governance delle società pubbliche nel d.lgs. n. 175/2016*, cit., p. 191 ss.; C. Angelici, *Tipicità e specialità nelle società pubbliche*, in *Le "nuove" società partecipate e in house providing*, S. Fortunato, F. Vessia (a cura di), Giuffrè, Milano 2017, 15 ss.; F. Guerrera, *Crisi e insolvenza delle società a partecipazione pubblica*, in *Giur. comm.*, III, 2017, p. 371 ss.; M. Stella Ritcher jr., *I controlli nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, V, 2018, p. 1387 ss.; G. D'Atorre, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, II, 2020, p. 262 ss..

formale che sostanziale della disciplina di bilancio¹², quelle introdotte dal Codice della Crisi al Codice civile incidono in primo luogo a livello di assetti organizzativi dell'impresa¹³, individuando nella continuità aziendale il principale parametro di indirizzo oggetto dell'attività degli organi sociali di monitoraggio e prevenzione del fenomeno di crisi. Invero, non può soprassedersi dal rilevare che le regole di bilancio e di revisione in tema di continuità aziendale abbiano da tempo richiesto un determinato standard di adeguatezza del controllo interno, sostanzialmente anticipando la rimodulazione degli assetti organizzativi recata dal CCI, attraverso l'imposizione indiretta di un meccanismo di doveri gestori e di monitoraggio volti alla valutazione della permanenza del funzionamento, seppur mirati ad assolvere degli obblighi di tipo informativo¹⁴. In una prospettiva diversa, ma complementare, il rapporto tra informazione e organizzazione è valorizzato in maniera più evidente quando viene posto in funzione della definizione degli standard qualitativi dell'assetto organizzativo ai sensi dell'art. 2381, co. 3 e 5, c.c., nella parte in cui impone all'organo amministrativo di agire in modo informato, attribuendo a ciascun

¹² Si fa riferimento alla riformulazione, avvenuta nel 2018, dell'OIC 11 «Principi e postulati di bilancio», coordinando la disciplina civilistica di bilancio con le novità civilistiche in tema di modelli organizzativi e con le regole contenute nel principio di revisione ISA (Italia) 570 «Continuità aziendale». L'attuale formulazione dell'OIC 11, infatti, ammette la discontinuità nell'adozione del presupposto di continuità nella valutazione delle componenti di bilancio solo ove si sia verificata una causa di scioglimento ai sensi dell'art. 2484 c.c., facendo coincidere il momento di pre-liquidazione sostanziale con quello formale. Sul punto, *ex multis*, F. Cossu, *Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*, in *Giur. comm.*, II, 2019, p. 319 ss.; A. Villani, B. Amaturo, G. Acunzo, M. Meloni, *Continuità aziendale: correnti sviluppi nell'ambito dei principi contabili e di revisione*, in *Riv. dott. Comm.*, IV, 2018, p. 673.

¹³ In tema di assetti organizzativi societari, molteplici sono i contributi dottrinali. Cfr., *ex multis*, M. Irrera, *Assetti organizzativi adeguati e governo di società di capitali*, Giuffrè, Milano 2005; V. Buonocore, *Adeguatezza, precauzione, gestione, responsabilità: chiose sull'art. 2381, commi terzo e quinto del codice civile*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 5 ss.; I. Kutufà, *Adeguatezza degli assetti organizzativi e responsabilità gestoria*, in *Aa. Vv. Liber amicorum Antonio Piras - Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Giappichelli, Torino 2010, p. 707 s.s.; C. Amatucci, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e Business Judgment Rule*, in *Giur. Comm.*, 2016, p. 643 ss.; O. Cagnasso, *Gli assetti adeguati nella società a responsabilità limitata*, in *NDS*, 2017, p. 11 ss.; P. Montalenti, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e responsabilità gestoria*, in *NDS*, 2018, p. 951 ss.; S. Cerrato, *Risikogesellschaft e corporate governance: prolegomeni sulla costruzione degli assetti organizzativi per la prevenzione dei rischi. Il caso delle imprese agroalimentari*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 153 ss. a proposito di assetti organizzativi nelle società a partecipazione pubblica.

¹⁴ Sulla incisività organizzativa delle regole di bilancio rispetto al complesso di obblighi di gestione e monitoraggio si è espresso, in tempi non sospetti, S. Fortunato, *La gestione dell'impresa di fronte alla crisi*, in *Le soluzioni concordate della crisi d'impresa*, A. Jorio (a cura di), Giuffrè, Milano 2012, pp. 173 ss.. Sul punto, numerosi interpreti si sono posti il quesito se tali modifiche rappresentino delle effettive innovazioni oppure della codificazione di principi e regole già impliciti nel vigente ordinamento societario. In questo senso S. Fortunato, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Riv. Soc.*, 2019, pp. 952 ss., ove ulteriori riferimenti, quali V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione della società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, R. Costi (a cura di), Giappichelli, Torino 2019, p. 304 ss.; N. Abriani, A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, p. 369.

amministratore poteri a tal fine.

Pertanto, si può ritenere che un obbligo di monitoraggio della continuità aziendale a carico dell'organo amministrativo sia germinato, seppur implicitamente, già con la riforma del diritto societario del 2003¹⁵, quale componente imprescindibile per la adeguatezza dell'assetto organizzativo prescritta dalla formulazione novellata dell'art. 2381, co. 3 e 5, c.c., nonché come corollario espressione del generale dovere di diligenza¹⁶.

In questo contesto, ove il dovere di adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile trova nella sua tipicità il principale limite per l'applicazione *de plano* a tutte le fattispecie organizzative dell'attività d'impresa, la portata innovatrice delle introduzioni normative recate dal CCI è da rilevarsi proprio nella espressa declinazione trans tipica impressa dalla modifica, *ex art. 375 CCI*, della disposizione di cui all'art. 2086 c.c.¹⁷.

In sostanza, quello che in precedenza costituiva un dovere gravante sugli organi delegati di s.p.a. viene elevato a principio generale di corretta amministrazione dell'impresa *tout court*, sebbene esplicitamente destinato alle imprese operanti in forma societaria e collettiva (con ciò volendo assimilare tutte quelle forme entificate o soggettivate esercenti attività d'impresa)¹⁸. Ciò in considerazione dei principi generali definiti ai sensi dell'art. 3 CCI che statuiscono che «L'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte.»; mentre «L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice

¹⁵ O. Cagnasso, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Giur. comm.*, 1, 2017, I, p. 33; G. Meruzzi, *L'adeguatezza degli assetti*, in M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016, p. 68; P. Abbadessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa. Il nuovo diritto delle società*, in P. Abbadessa, G.B. portale (diretto da), *Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Utet, Torino, 2006, p. 496 ss.

¹⁶ In merito al rapporto tra organizzazione e diligenza v. P. Abadessa, *Profili tipici della nuova disciplina della delega amministrativa*, in *Il nuovo diritto delle società. Liber amicorum G. F. Campobasso*, P. Abadessa, G.B. Portale (a cura di), ed. II, Utet, Torino 2006, p. 493. Il pregio innovatore della riforma del 2003 si è percepito nella specificazione di tale dovere sul piano dell'intestazione soggettiva, quando viene affidata all'organo delegato la predisposizione di assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati ed al *plenum* la valutazione in funzione della natura e delle dimensioni dell'impresa.

¹⁷ Viene modificata la rubrica in «Gestione dell'impresa» e viene introdotto il secondo comma che prevede testualmente «L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale».

¹⁸ Di questo orientamento S. Fortunato, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, cit., p. 957; M.S. Spolidoro, *Note critiche sulla gestione dell'impresa nel nuovo art. 2086 c.c.*, in *Riv. Soc.*, 2019, p. 262 ss..

civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.»¹⁹. Orbene, nonostante da un punto di vista testuale paia prescritto un dovere distinto tra collettiva e individuale, sembra evidente che si tratti di una clausola generale²⁰, la cui gradazione viene ponderata in funzione dello specifico contesto imprenditoriale²¹. Tale conclusione viene corroborata dalla possibilità per tutti i tipi di imprese di accedere all'istituto della composizione negoziata, all'esito della quale si pongono dinanzi all'imprenditore e ai suoi creditori molteplici soluzioni, tra le quali è possibile scegliere quella più appagante²².

Nonostante la portata generale del principio innestato dal novellato art. 2086 c.c., infatti, il dovere di istituire e monitorare adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili viene strettamente correlato alla «tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale», nonché all'adozione degli strumenti di risoluzione della crisi, *in primis* rappresentati da quello negoziale.

Orbene, occorre domandarsi se trattasi di due finalità distinte, se cioè lo stato di crisi e la perdita del *going concern* si collocano sullo stesso piano oppure se la rilevazione della perdita di continuità aziendale si colloca, in termini funzionali, su un piano a sé stante rispetto a quella del fenomeno di crisi.

Stante l'ambiguità e la polivalenza del concetto di continuità aziendale, essa può essere intesa e valutata nella sua dimensione statica, come esistenza delle condizioni di funzionamento in una situazione *as is where is*, ovvero in una prospettiva dinamica, quale permanenza dei presupposti di funzionamento nel prevedibile futuro. Pertanto, considerata la dinamicità del fenomeno di crisi e la natura fisiologica dello stesso²³, pare evidente che la valutazione della continuità aziendale vada operata in

¹⁹ Cfr. A. Guiotto, *La nuova "allerta"* cit., p. 1187.

²⁰ V. Calandra Buonauro, *L'amministrazione delle società per azioni nel sistema tradizionale*, in *Trattato di diritto commerciale*, R. Costi (cura di), Giappichelli, Torino 2019, p.293 ss., ritiene che il dovere di istituire assetti organizzativi non possa qualificarsi come un obbligo specifico dell'amministratore, bensì il principio di adeguatezza opera come clausola generale (o dovere a contenuto indeterminato) che deve essere ulteriormente specificata sulla base di criteri soggettivi (natura e dimensione dell'attività). La collocazione dei doveri di adeguatezza del sistema organizzativo nell'ambito della disciplina generale d'impresa viene criticata da A. Bartelena, *Le azioni di responsabilità nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 298 ss.; l'A. ritiene preferibile la collocazione di detti obblighi nelle singole norme relativi agli amministratori nei vari tipi societari con una «una differenziazione ed una parametrizzazione che tenesse conto delle particolarità di ciascuno di loro».

²¹ La cui differenziazione è suffragata dalla correlazione del principio di adeguatezza e la «natura e alla dimensione dell'impresa» di cui all'art 2086 c.c. Tali elementi, benché di carattere soggettivo, sono di fatto determinabili attraverso modelli oggettivi definiti dalle regole aziendalistiche, che seppur esterne al dato normativo vengono così giuridizzate.

²² S. Pacchi, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. dal codice della crisi alla composizione negoziata. Con un cenno allo schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 3.

²³ Tradizionalmente collocata nella dimensione patologica dell'attività d'impresa, la crisi è un fenomeno fisiologico, in quanto la sua genesi è funzione di variabili esogene ed endogene che esulano dal controllo diretto delle parti interessate, rendendo il fenomeno potenzialmente ciclico. Pertanto, una

termini di rischio prospettico di perdita della continuità aziendale, quale rischio da gestire in via fisiologica nella ordinaria gestione dell'impresa che deve essere collocato nel più ampio meccanismo della gestione e delle strategie d'impresa²⁴.

5. Come precedentemente accennato, dunque, l'adeguatezza del modello organizzativo, prima ancora che rispetto all'efficacia dell'assetto di monitoraggio e prevenzione della crisi, si ritiene debba essere valutata in termini di efficienza del sistema informativo interno, intesa come corretta circolazione dei flussi informativi a livello endosocietario. Parimenti, si è osservato come il bilancio di esercizio, quale principale strumento di congiuntura tra la gestione presente e quella futura, assolva ad una duplice funzione: se, in una prospettiva esterna, il bilancio è l'unico documento idoneo a garantire la realizzazione degli interessi informativi minimi²⁵ degli *stakeholders*; nella prospettiva interna diviene il principale strumento di monitoraggio delle *performances* e, pertanto, il relativo processo di predisposizione assume rilievo anche al livello organizzativo. Soprattutto all'esito della (ri)organizzazione dell'impresa così come modulata dal CCI, infatti, il bilancio rappresenta l'*output* di un processo che interessa l'organizzazione nella sua dimensione più ampia, poiché elabora dei flussi informativi che sono destinati in via primaria a consentire il corretto (*rectius* adeguato) assolvimento degli obblighi informativi posti a carico degli organi sociali in tema di monitoraggio e prevenzione e, contemporaneamente, a soddisfare esigenze informative sia esterne che interne.

Questo significativo consolidamento della funzione organizzativa del bilancio²⁶ presenta rilevanti aspetti distonici rispetto al principio di differenziazione della

condizione di crisi diviene patologica solo ove l'elemento soggettivo (ossia il *management*) non è stato in grado di far fronte al fenomeno ed adottare misure idonee al ripristino di una condizione gestionale fisiologica. Sul punto, già da tempo, L. Guatri, in *Crisi e risanamento delle imprese*, Giuffrè, Milano 1986; L. Guatri, in *Tournaround, declino crisi e ritorno al valore*, Egea, Milano 1995; S. Slatter, D. Lovett, in *Corporate Tournaround - managing companies in distress*, Penguin Books, London 1999. Del medesimo orientamento il documento redatto da Assonime, *Le nuove regole societarie sull'emersione anticipata della crisi d'impresa e gli strumenti di allerta*, Circ. n. 19/2019, p. 21.

²⁴ Il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili diviene il «cuore della funzione gestoria». Così N. Abriani, A. Rossi, *Nuova disciplina della crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, cit., p. 398.

²⁵ Rappresenta, cioè, il livello minimo garantito di informazione che viene riconosciuto agli *stakeholders*, indipendentemente dal prototipo societario con cui viene organizzata l'attività. La caratteristica «minimalista» del contenuto informativo del bilancio è funzionale ad assicurare l'omogeneità della lettura nel tempo e nello spazio. Così, storicamente, A. Maticena, *Introduzione allo studio del bilancio d'esercizio*, Utet, Torino 1971, p. 63; A. Amaduzzi, *Tematica sui bilanci delle società azionarie*, 1971, K libreria, Milano, p. 20 ss.; M. Cattaneo, *Il bilancio d'esercizio nelle imprese*, Etas, Milano, 1979, p. 9; M. Confalonieri, *Forme, strutture e schemi di bilancio*, Utet, Torino, 1992, p. 26.

²⁶ Corroborato dalla dell'imposizione di obblighi informativi in tema di sostenibilità in capo agli enti di interesse pubblico aventi i requisiti dimensionali di cui all'art. 2 del decreto legislativo 30 dicembre 2016 n. 254. Sul ruolo della informativa non finanziaria nei modelli organizzativi societari, si cfr. M. Cocola, *La non financial disclosure nel processo di transizione dei modelli organizzativi verso una*

disciplina di bilancio, mutuato dal c.d. *think small first principle* che ha ispirato orientamenti normativi comunitari dell'ultimo decennio²⁷. Si fa riferimento al principio posto alla base della Direttiva 2013/34/UE, integrata con la direttiva 2014/95/UE e recepita a livello nazionale dal decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 139, in forza del quale vengono modulate delle distinte regole contabili in funzione della classificazione dimensionale dei destinatari²⁸ e dell'ampiezza degli interessi degli *stakeholders* coinvolti²⁹. La semplificazione delle regole contabili riguarda plurimi aspetti dell'informativa di bilancio (numero di documenti obbligatori, criteri di valutazione, rilevazione e presentazione) ed opera in maniera progressiva al ridursi delle dimensioni aziendali. Prescindendo dall'analisi di tutte quelle disposizioni che hanno comportato il definitivo avvicinamento dei principi contabili nazionali a quelli *IAS compliant*³⁰, che seppur rilevante in via generale sarebbe ultronea ai fini esecutivi di cui trattasi, è indispensabile chiarire preliminarmente come tale differenziazione normativa si articoli sul piano sostanziale.

Con riferimento al numero di documenti che compongono il bilancio di esercizio è previsto che: a) le c.d. microimprese, ossia quelle aventi i requisiti di cui all'art.

prospettiva social oriented, in *Quaderni del dipartimento Jonico*, D. Garofalo, P. Pardolessi, A. Rinaldi (a cura di), Edizioni DJSGE, online, 16/2020, p. 287 ss.

²⁷ Trattasi di un principio che si pone alla base di una serie di iniziative di politica economica avviate tra il 2008 e il 2011 che hanno quale comune denominatore il presupposto che le azioni politiche e legislative in ambito comunitario devono essere concepite pensando *in primis* alle entità economiche di minori dimensioni. Invero, già dal 2007 la Commissione europea - con la Comunicazione 10 luglio 2007 COM (2007) 394 - aveva manifestato l'intenzione di rafforzare la competitività delle PMI attraverso la riduzione dei costi amministrativi legati alla contabilità e alla revisione contabile.

²⁸ Il legislatore comunitario ha, dunque, distinto quattro categorie di imprese ai fini della redazione dei conti annuali (micro, piccole, medie e grandi) e tre categorie di gruppi ai fini dei conti consolidati (piccoli, medi e grandi). Il legislatore nazionale, tradizionalmente restio alla differenziazione normativa, ha ridotto il numero di categorie assimilando nel trattamento le medie e le grandi imprese. Sul tema, *ex multis*, G. Garesio, *Il recepimento della direttiva 2013/34/UE: il progressivo allineamento delle disposizioni contabili racchiuse nel codice civile ai principi IAS/IFRS*, in *Riv. ODC*, 2016, I, p. 1 ss.; C. Sottoriva, *La riforma della redazione del bilancio di esercizio e del bilancio consolidato. Una prima lettura della Direttiva 2013/34/UE del 26 giugno 2013 che abroga le Direttive 78/660/CEE e 83/349/CEE*, Giuffrè, Milano, 2014; Id., *Il D.lgs. n. 139/2015 per il recepimento della Direttiva 2013/34/UE in tema di bilanci*, in *Società*, 2015, p. 1061 ss.; L. De Angelis, *Elementi di diritto contabile*, Giuffrè, Milano, 2015; G. Strampelli, *Del Bilancio*, in *Le società per azioni*, P. Abbadesse, G. Portale (diretto da), Giuffrè, Milano, 2016, p. 2166 ss.; E. Bocchini, *Diritto della contabilità delle imprese. Bilancio d'esercizio*, II, Utet, Torino, 2016, p. 34 ss. e p. 547 ss.

²⁹ Si fa riferimento al criterio qualitativo della rilevanza pubblica, in forza del quale gli enti di interesse pubblico (come definiti dall'art. 27 decreto legislativo 9 aprile 1991, n. 127, così come novellato dall'art. 7, comma 1, decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 139) sono assoggettati alla più rigida e complessa normativa di bilancio delle grandi imprese, indipendentemente dall'effettiva dimensione.

³⁰ Sul piano dei principi generali vengono codificati con chiarezza e definitività il principio di rilevanza (o *materiality*) e il principio di prevalenza della sostanza sulla forma (o *substance over form*). Per un'accurata disamina delle principali differenze concettuali tra principi contabili nazionali e quelli internazionali si v. S. Fortunato, *Conceptual Framework e principi di redazione del bilancio d'esercizio*, in *Riv. dir. soc.*, 2012, I, p. 464 ss..

2435-ter c.c.³¹, godono del massimo regime di semplificazione, potendo limitarsi a redigere un bilancio composto esclusivamente da stato patrimoniale e conto economico, senza rendiconto finanziario e nota integrativa (purché forniscano in calce allo stato patrimoniale le informazioni presenti nella nota integrativa ai nn. 9 e 16 dell'art. 2427 c.c.) e con l'esonero dalla redazione della relazione sulla gestione (a condizione che in calce allo stato patrimoniale risultino le informazioni richieste ai nn. 3 e 4 dell'art. 2428 c.c.); b) le imprese che sono inquadrare nella categoria di piccole dimensioni, ai sensi dell'art. 2435-bis c.c.³², redigono un bilancio abbreviato composto da stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, essendo esonerate dalla redazione del rendiconto finanziario e dalla relazione sulla gestione (purché la nota integrativa riporti le informazioni richieste dai nn. 3 e 4 art. 2428 c.c.); c) per le imprese di medie e grandi dimensioni³³, ossia quelle non aventi i requisiti di cui agli artt. 2435-bis e 2435-ter c.c., oltre a sussistere l'obbligo di redazione dei classici stato patrimoniale, conto economico e nota integrativa, è stato introdotto l'obbligo di redazione del rendiconto finanziario.

La differenziazione del trattamento contabile sul fronte dei criteri di rilevazione e valutazione, invece, non rileva tanto nell'ipotesi in cui interessa la scelta tra diversi criteri di valutazione delle singole componenti patrimoniali³⁴ - che, seppur talvolta

³¹ Che prevede che «le società di cui all'art. 2435-bis che nel primo esercizio o, successivamente per due esercizi consecutivi, non abbiano superato due dei seguenti limiti: (i) totale dell'attivo dello stato patrimoniale € 175.000; (ii) ricavi delle vendite e delle prestazioni € 350.000; (iii) dipendenti occupati in media durante l'esercizio 5 unità». Si precisa che i requisiti di accesso recepiti a livello nazionale appaiono più restrittivi di quanto disposto, in favore delle «microimprese», dal combinato disposto dell'articolo 3 e dell'articolo 36 della Direttiva 2013/34/UE, che prevede il possesso di requisiti numericamente meno restrittivi, stabilendoli come segue: (i) totale dell'attivo di stato patrimoniale € 350.000; (ii) ricavi delle vendite e delle prestazioni € 700.000; (iii) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio 10 unità.

³² L'art. 2435-bis, co. 1, c.c. introduce il «bilancio in forma abbreviata» per le società che, non avendo emesso titoli negoziati in mercati regolamentati, nel primo esercizio o, successivamente, per due esercizi consecutivi non abbiano superato due dei seguenti limiti: (i) totale dell'attivo dello stato patrimoniale € 4,4 mln; (ii) ricavi delle vendite e delle prestazioni € 8,8 mln; (iii) dipendenti occupati in media durante l'esercizio 50 unità. Mentre per le microimprese il legislatore nazionale ha optato per la restrizione, rispetto alle direttive comunitarie, dell'ambito di applicazione del massimo regime di semplificazione, si assiste per le imprese di piccole dimensioni ad un'espansione delle soglie previste dall'art. 3 della direttiva comunitaria (totale attivo dello stato patrimoniale € 4 mln; ricavi delle vendite e delle prestazioni € 8 mln; dipendenti occupati in media durante l'esercizio 50 unità).

³³ Trattasi di quelle società che superano almeno due dei tre limiti dimensionali che qualificano le imprese autorizzate alla redazione del bilancio abbreviato *ex art. 2435-bis c.c.* Se poi vengono superati i limiti dimensionali di cui all'art. 1, lett. c) del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 139 (totale dello stato patrimoniale pari ad € 20 mln; ricavi netti delle prestazioni pari ad € 40 mln; numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio 250) oltre ai documenti informativi finanziari, devono essere redatti delle relazioni contenenti le informazioni non finanziarie di natura ambientale e sociale, riferite alle politiche di gestione delle risorse umane, al rispetto dei diritti umani, alla lotta contro l'illegalità, etc.

³⁴ Si pensi ai titoli immobilizzati, valutati al costo ammortizzato dalla medio-grandi imprese e al costo storico dalle piccole e microimprese; oppure alla valutazione al *fair value* dei derivati per tutte le imprese ad eccezione delle micro.

idonea a compromettere l'immediata comparabilità verticale, non si riverbera in maniera incisiva a livello sistematico - bensì quando viene alterata l'applicazione delle clausole generali, come avviene nel caso delle micro-imprese nella parte in cui l'art. 2435-ter, co. 3, c.c. impone all'impresa di derogare da qualsiasi disposizione normativa ove, in casi eccezionali, risulti incompatibile con la rappresentazione veritiera e corretta, senza che di tale deroga possa essere data adeguata giustificazione in nota integrativa.

Orbene, se si considera che l'obiettivo dichiarato della differenziazione dell'informativa contabile è quello di ridurre i costi amministrativi delle realtà economiche di minori dimensioni, l'incoerenza della strategia normativa sottesa all'indiscriminata implementazione organizzativa delle imprese emerge in maniera immediata, senza la necessità di troppe divagazioni esegetiche. Intuitiva è quella rilevabile sul piano finalistico: nel 2015 il *think small principle* ha giustificato la riduzione all'osso dell'informativa contabile delle micro-imprese e a distanza di pochi anni viene imposto alla medesima categoria di sostenere i costi per l'implementazione di un adeguato assetto di monitoraggio (tra l'altro basato su indici di bilancio che richiedono un'analisi critica delle componenti patrimoniali, economiche e finanziarie molto più articolata, dunque dispendiosa, rispetto a quella necessaria per la redazione della nota integrativa). Inoltre, pur volendo prescindere dall'incoerenza sistematica delle previsioni in esame a livello di politica legislativa, la semplificazione dell'informativa contabile opera in maniera per lo meno asincrona rispetto ai meccanismi interni di allerta e prevenzione. La possibilità per le microimprese di non redigere la nota integrativa, unico documento discorsivo che consente l'intellegibilità degli aggregati di bilancio, genera un'eccessiva opacità informativa che rende praticamente impossibile la comparabilità esterna delle informazioni contabili³⁵. L'ulteriore ragione interpretativa sottesa a tale eccessiva semplificazione, che fa leva su un astratto principio di proporzionalità tra ampiezza degli interessi coinvolti e grado di tutela degli stessi, verrebbe superata definitivamente dalle medesime ragioni che sarebbero alla base delle tendenze che hanno portato al rafforzamento del ruolo dei soggetti «istituzionali» nel processo di gestione della crisi³⁶: nelle piccole e micro entità non tutti gli interessati nelle dinamiche dell'impresa sono in grado di autotutelarsi.

Considerato che, dunque, l'adeguatezza del sistema organizzativo si sostanzia preliminarmente in termini di efficienza dell'assetto informativo, deriverebbe che l'obbligo organizzativo di adeguatezza si ponga in maniera quasi incompatibile con

³⁵ Secondo cui maggiore è la dimensione dell'impresa, più ampi sono gli interessi coinvolti e maggiore è il grado di tutela. La fallacità di tale paradigma che giustifica l'eccessiva opacità informativa delle microimprese è stata da tempo rilevata da S. Fortunato, *Obiettivi informativi del nuovo bilancio d'esercizio*, in *Giur. comm.*, 2017, IV, p. 504.

³⁶ Si pensi all'obbligo all'estensione della legittimazione attiva in capo al pubblico ministero *ex art.* 38 CCI.

l'esonero dalla redazione della nota integrativa ammesso per le microimprese. Stante, infatti, la centralità di tale documento nell'analisi critica delle componenti rilevanti per la determinazione degli indicatori della crisi, la redazione dell'unico documento informativo di natura esplicativa si ritiene costituisca condizione imprescindibile per garantire il livello minimo di adeguatezza e idoneità prescritti rispettivamente dagli artt. 2086 cc. e 3, co. 1, CCI.

7. La centralità del ruolo che la continuità aziendale riveste nelle dinamiche d'impresa sul piano informativo e organizzativo diviene un tema particolarmente delicato nell'attuale contesto storico, in cui la crisi pandemica da Covid-19 ha generato effetti umani, sociali ed economici a livello globale tali da introdurre forti elementi di incertezza nella valutazione dei presupposti di continuità, legati ai tempi e alle modalità di uscita dalla crisi economica scaturita dall'emergenza sanitaria.

Orbene, considerato che la diffusione del virus è coincisa con il momento congiunturale della chiusura dei bilanci, il legislatore è intervenuto con il decreto legge 8 aprile 2020, n. 23 (convertito nella legge 5 giugno 2020, n. 40), integrando la disciplina ordinaria della redazione di bilancio attraverso la rimodulazione temporanea per il periodo dell'emergenza pandemica anche dei criteri di redazione del bilancio ed, in particolare, delle *assumptions* in tema di continuità aziendale. A tal proposito, l'art. 7, co. 1, del succitato decreto prevede che nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva della continuazione dell'attività d'impresa *ex art. 2423-bis*, co. 1, c.c. può essere in ogni caso operata se risulta sussistente nell'ultimo bilancio chiuso al 23 febbraio 2020. Parimenti, il comma 2 prevede che tale disposizione si applichi anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati alla data di emanazione del decreto, estendendo la presunzione di sussistenza del presupposto di continuità anche ai bilanci chiusi al 31 dicembre 2019 non ancora approvati ed ai bilanci che hanno un periodo amministrativo con chiusura compresa tra il 1° gennaio e il 23 febbraio 2020.

Trattasi di misure straordinarie che, come emerge dalla Relazione Illustrativa, mirano a neutralizzare gli effetti sulla continuità aziendale della emergenza epidemiologica da Covid-19, «consentendo alle imprese che prima della crisi presentavano una regolare prospettiva di continuità di conservare tale prospettiva nella relazione dei bilanci di esercizi in corso nel 2020» attraverso l'astrazione degli effetti dell'emergenza pandemica sui criteri di valutazione delle voci di bilancio.

Diviene, dunque, centrale definire se per la valutazione della continuità si debbano considerare i risultati dell'ultimo bilancio approvato, ossia quello chiuso al 31 dicembre 2018, ovvero quelli relativi ad una situazione contabile al 31 dicembre 2019. Invero, seppur il costante mutamento del contesto normativo prescriverebbe un bilanciamento in tal senso in attesa di modifiche o chiarimenti normativi, si ritiene che le assunzioni contabili da considerare al fine di verificare l'esistenza continuativa del *going concern* siano quelle rinvenibili dalla situazione economico-patrimoniale al

31 dicembre 2019, onde evitare un abuso della deroga governativa. Infatti, considerato che gli effetti sul tessuto economico della crisi pandemica si sono manifestati nel corso del 2020, le *performances* aziendali dell'esercizio 2019 non dovrebbero essere state interessate dall'emergenza epidemiologica, elemento che sul piano informativo potrebbe per lo più rilevare in termini di perdita della prospettiva di continuità aziendale nel prevedibile futuro come fatto intervenuto dopo la chiusura dell'esercizio contabile da indicare in nota integrativa come previsto dall'OIC 29³⁷. Con riferimento ai bilanci d'esercizio chiusi il 31 dicembre 2020, la presunzione della sussistenza del *going concern* opera a pieno regime³⁸.

In questo senso ha operato anche il Decreto Rilancio (decreto legge 19 maggio 2020, n.34), che all'art. 38-*quater* ha sostanzialmente confermato la presunzione di continuità aziendale per i bilanci di esercizio relativi agli anni 2019 e 2020 in corso di approvazione alla data di entrata in vigore, ossia il 19 luglio 2020.

La norma, inoltre, chiarisce come le informazioni relative al presupposto della continuità aziendale devono essere fornite in nota integrativa, nelle politiche contabili di cui all'art. 2427, co. 1 n.1, c.c., nonché ribadisce che devono essere specificate in nota integrativa e nella relazione sulla gestione le informazioni relative ai rischi e alle incertezze riguardanti gli eventi successivi, nonché alla capacità dell'azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito.

Non vi è dubbio che, indipendentemente da come la crisi pandemica si riverbera sui dati di bilancio, le incertezze da essa generate siano idonee a minare fortemente le valutazioni prospettiche dei piani di gestione di gran parte degli operatori di mercato, in quanto i presupposti di funzionamento e l'attendibilità delle *assumptions* su cui si fondano non sono più funzione principale delle scelte strategiche adottate, ma sono condizionate in larga parte dall'efficacia dei prossimi provvedimenti che il legislatore dovrà elaborare nel medio-lungo periodo al fine di compensare gli effetti economici della crisi sanitaria.

8. L'esigenza informativa di dare sperata evidenza nella nota integrativa degli effetti dell'emergenza sulle *performances* aziendali e sulle prospettive di funzionamento, nonostante essi debbano essere epurati nella valutazione delle voci di

³⁷ Tuttavia, fermo restando che l'emergenza pandemica rappresenta un fatto di gestione di competenza del 2020, i relativi effetti si possono riverberare sulla valutazione nel 2019 di quelle voci di bilancio di natura prospettica, come ad esempio le imposte differite attive e le perdite durevoli di valore delle immobilizzazioni, per le quali potrebbero emergere dubbi in merito alla determinazione del valore recuperabile. In tal caso, le misure governative prescrivono di epurare la valutazione dagli effetti straordinari legati all'emergenza, dando evidenza in nota integrativa delle incertezze legate alla valutazione.

³⁸ Sul punto cfr. il documento di ricerca elaborato dalla Fondazione Nazionale dei Commercialisti, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla continuità aziendale e sull'applicazione dei principi contabili nazionali*, Sidrea.

bilancio, diviene ancor più rilevante in considerazione della inibizione del complesso di disposizioni societarie in tema di scioglimento e riduzione del capitale per perdite. Il «Decreto liquidità», all'art. 6, aveva già previsto che, dall'entrata in vigore fino al 31 dicembre 2020: a) fosse sospesa per le s.r.l. e s.p.a. l'applicazione della normativa in tema di riduzione del capitale per perdite superiori ad un terzo del relativo valore nominale, anche ove la perdita fosse stata tale da ridurre il capitale al di sotto del minimo legale; b) non fosse operativa per s.p.a., s.r.l. e cooperative la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale *ex artt. 2484, co.1 n. 4, e 2454-doudecies c.c.*

Così come concepita nell'aprile 2020, l'inibizione delle norme a presidio della effettività del capitale in presenza di perdite non generava particolari criticità interpretative e operative idonee a collidere a livello sistematico con i meccanismi normativi che regolano il capitale sociale, soprattutto considerato il breve lasso temporale di operatività.

L'art. 1, co. 266, della Legge di Bilancio 2021, 30 dicembre 2020, n. 178, pur riproponendo la disapplicazione delle norme in tema di riduzione del capitale per perdite e scioglimento, apporta delle sensibili modifiche sul piano operativo che però si riverberano in maniera incisiva sull'intero coacervo di norme che regolano le dinamiche societarie in una situazione di squilibrio.

In sostanza, viene notevolmente esteso il periodo di operatività della deroga, prevedendo che l'inibizione degli artt. 2446, 2447 e 2482-*bis* c.c. operi fino al quinto esercizio successivo a quello in cui sono emerse le perdite, disapplicando la relativa causa di scioglimento per un periodo di cinque esercizi.

L'estensione dell'arco temporale di applicazione delle deroghe emergenziali rende necessario, in primo luogo, individuare quali siano le perdite rilevanti, cioè le perdite «emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020», per poi derimere ulteriori questioni interpretative. Dalla formulazione testuale della norma si può rilevare *de plano* che: a) la genericità con cui si fa riferimento alle perdite (indubbiamente intenzionale) non impone alcuna distinzione tra perdite c.d. da Covid-19 e perdite gestionali generatesi a prescindere dalla crisi pandemica; b) con la locuzione «esercizio in corso alla data del 31/12/2020» e non «chiuso al 31/12/2020» (come invece prevedeva il decreto legge «Liquidità») è evidente che vengono ricomprese a tal fine non solo le perdite maturate nel corso degli esercizi chiusi al 31/12/2020, ma anche le perdite maturate nel corso del 2021 per quegli esercizi con chiusura infra annuale; c) il meccanismo di inibizione degli obblighi di ricapitalizzazione e di scioglimento può operare esclusivamente per le perdite maturate nell'esercizio in corso al 31/12/2020 e non quelle maturate nel corso di tutto il quinquennio in cui opera.

Va precisato che non si tratta di una sospensione dell'operatività dell'intero meccanismo che si attiva a livello endosocietario in presenza di una perdita rilevante. Con l'esplicito riferimento all'art. 2447 c.c. e al secondo e terzo comma dell'art. 2446

c.c., è evidente che la deroga sia mirata ai solo obblighi di riduzione e ricapitalizzazione/scioglimento posti a carico dell'assemblea dei soci, lasciando invariati gli obblighi (e le conseguenti responsabilità) a carico dell'organo amministrativo di cui all'artt. 2446 e 2482-bis, c.c. consistenti nella convocazione dell'assemblea e nel relazionare circa la situazione patrimoniale. In sostanza, la *ratio* del legislatore emergenziale è quella di evitare che in una situazione di crisi di liquidità, conseguente ai provvedimenti restrittivi resesi necessari per affrontare la crisi sanitaria, le risorse finanziarie disponibili degli imprenditori vengano distratte dall'attività d'impresa ordinaria e vengano impiegate per ripianare delle perdite di natura straordinaria.

Una volta definiti i tratti salienti della normativa emergenziale, al fine di valutarne l'impatto a livello sistematico, diviene indispensabile ripercorre il ruolo che le regole ordinarie oggetto di intervento rivestono nelle dinamiche normative.

Il tema del capitale sociale e della relativa funzione nell'impresa societaria è da sempre oggetto di prolifico dibattito³⁹, che ha visto da ultimo con l'introduzione della società a responsabilità limitata a capitale ridotto⁴⁰ un rinnovato interesse da parte della dottrina giuscommercialistica. Ricostruire dettagliatamente le contrapposte posizioni dottrinali⁴¹ potrebbe essere certamente utile per comprendere a pieno la chiave interpretativa prescelta in questa sede, il cui indirizzo tematico però non

³² F. Di Sabato, *Capitale sociale e responsabilità interna delle società di persone*, Morano, Napoli 1967; L. Farenga, *Sulla natura giuridica della sottoscrizione del capitale sociale*, in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, p. 462 ss.; L. De Angelis, *Dal capitale leggero al capitale sottile: si abbassa il livello di tutela dei creditori*, in *Società*, 2002, p. 1456 ss.; L.A. Bianchi, *Prime osservazioni in tema di capitale e patrimonio nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto societario tra società aperte e società private*, P. Benazzo, S. Patriarca, G. Presti (a cura di), Giuffrè, Milano 2003; G. Ferri jr., *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, p. 741 ss.; A. Paciello, *Funzione normativa del capitale nominale*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 2 ss.; G.B. Portale, *Rileggendo la ristampa di un libro sul capitale sociale e la responsabilità interna nelle società di persone: il capitale sociale di oggi*, in *Riv. dir. impr.*, 2010, p. 1237 ss.; G. Giannelli, *Funzione normativa del capitale, tutela dei creditori e corretto finanziamento dell'impresa societaria*, in *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, G. Giannelli, A. Dell'Atti (a cura di), Egea, Milano 2012, p. 9 ss.; F. Briolini, *Capitale sociale e metamorfosi della tutela dei creditori nel diritto societario più recente*, in *Banca bors. tit. cred.*; II 2016, p. 144 ss..

⁴⁰ Sul punto si rimanda, *ex multis*, all'attenta analisi effettuata all'alba della riforma da G. Dell'Atti, *Brevi note sull'applicabilità "in quanto compatibile" della disciplina sulla riduzione del capitale nelle s.r.l. alla s.r.l. a capitale ridotto e alla s.r.l. semplificata*, in *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, Egea, Milano 2012, p. 93 ss.; M. Miolla, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.* 2012, p. 237 ss.; L. Panzani, *Sub art. 2463-bis*, in *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina. Artt. 2462-2554*, A. Ceccherini, L. Panzani, L. Rovelli, H. Simonetti (a cura di), Giuffrè, Milano, 2012, p. 21 ss..

⁴¹ L. Enriques, J.R. Macey, *Raccolta di capitale di rischio e tutela dei creditori*, in *Riv. soc.*, 2002, p. 78 ss.; F. Denozza, *A che serve il capitale? (piccole glosse a L. Enriques – J.R. Macey, Creditor versus capital formation: the case against the European legal capital rules)*, in *Giur. comm.*, 2002, I, p. 585 ss.; L. Enriques, *Capitale sociale, informazione contabile e sistema del netto: una risposta a Francesco Denozza*, in *Giur. comm.*, 2005, p. 607 ss.; F. Denozza, *Le funzioni distributive del capitale sociale*, in *Giur. comm.*, 2006, I, p. 489 ss..

consente di adeguatamente approfondirla senza appesantire oltremodo il lavoro. Indipendentemente dai rilevi sollevati dalle rispettive tesi in ordine a quello che viene comunemente definito dalla dottrina come un fenomeno di progressivo svuotamento della funzione del capitale, sta di fatto che le più recenti modifiche normative che hanno preso parte attiva in tale fenomeno⁴² hanno sostanzialmente coinvolto (ed in alcuni casi definitivamente incrinato⁴³) tutte le funzioni che in astratto si sono riconosciute all'istituto del capitale, ad eccezione di una. Trattasi della c.d. funzione normativa, fondata su un approccio al capitale sociale non tanto quale aggregato di valori destinato ad assolvere ad una funzione intrinseca ed autonoma, ma come aggregato di valori sottoposto ad uno speciale regime normativo che ne definisce la destinazione funzionale. Tra le varie declinazioni in cui si dirama il concetto normativo derivante dall'assimilazione del capitale alla disciplina che lo regola, quella che rileva in questa sede non attiene alla funzione organizzativa o programmatica del capitale, bensì a quella della tutela dei creditori. Più nel dettaglio, fermo restando il pacifico superamento della funzione di garanzia rivestita dal capitale nel conflitto tra soci e creditori, la questione della funzione del capitale rispetto alla tutela dei creditori si dipana attraverso l'analisi della funzione informativa assunta dalle regole in tema di riduzione del capitale per perdite. Infatti, l'obbligo di adeguare il valore nominale o reale del capitale sociale nel momento in cui la perdita è tale da valicare una soglia giuridicamente rilevante, stante lo sgretolamento di tale distinzione della fattispecie sul piano sostanziale all'esito dell'introduzione delle s.r.l. a capitale ridotto, non assolve all'obiettivo di dotare la società di valori adeguati per il proseguimento dell'attività d'impresa, bensì di garantire la corretta rappresentazione della situazione economica e patrimoniale della società e, dunque, la trasparenza del traffico giuridico, al fine di consentire agli *stakeholders* di operare un contesto di asimmetrie informative il più possibile ridotto.

⁴² Mi riferisco a quelle vicende normative che, fra il 2012 e 2013, hanno portato: a) all'introduzione delle s.r.l. a capitale ridotto (artt. 2463, co. 4, e 2463-*bis*, co. 2 n.3, c.c., così come modificato dal decreto legge 28 giugno 2013, n. 76, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 16); b) alla riduzione del capitale minimo di s.p.a. (art. 2327 c.c., così come modificato dal decreto legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 116); c) all'introduzione del c.d. ombrello protettivo nel concordato preventivo, che inibisce la normativa in tema di riduzione di capitale fino all'omologa (art. 182-*sexies* L.F. introdotto dal decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge 7 agosto 2012, n. 134); d) alle regole in tema di *start up* e PMI innovative, consistenti nella possibilità di moratoria dell'obbligo di ricapitalizzazione *ex* art. 2447 e 2482-*ter* c.c. (art. 26, co. 1, decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221, e art. 4, co. 9, decreto legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito in legge 24 marzo 2015, n. 33).

⁴³ Si pensi all'idea, per lo meno anacronistica, del capitale come «cassaforte» dell'impresa, quale risorsa destinata a rimanere inutilizzata nel patrimonio aziendale. Cfr., in tempi più recenti, L. Salamone, *Funzione del capitale e funzionamento del netto nella società a responsabilità limitata*, in *Banca Borsa e tit. di cred.*, 2016, I, p. 22.

È proprio, dunque, sul piano informativo che si sostanzia l'ultimo baluardo di quella che comunemente viene definita la funzione tutela indiretta dei creditori sociali⁴⁴.

Nella prospettiva finalistica della legislazione emergenziale, l'inibizione dell'obbligo di adeguamento del valore nominale del capitale sociale di cui all'art. 2446 c.c. si ritiene non realizzi alcun interesse concreto: considerata l'assenza di alcun obbligo di ricapitalizzazione, l'inoperatività dalla norma *de qua* sarebbe idonea esclusivamente ad acuire il grado di opacità dell'informativa contabile, sacrificando inutilmente gli interessi informativi degli *stakeholders* più deboli.

Se dunque, l'inibizione emergenziale non produrrebbe astrattamente effetti rilevanti sui terzi in termini di asimmetrie informative in caso di patrimonio netto positivo e capitale sotto il minimo legale, non si può dire lo stesso quando la perdita è tale da rendere il patrimonio netto negativo. Quest'ultima ipotesi, sebbene foriera di effetti sia sulla capacità reddituale che su quella finanziaria molto più incisivi rispetto ad una situazione di sottocapitalizzazione con netto positivo, viene trattata in una prospettiva societaria con i medesimi rimedi.

Se nel corso del 2020 la perdita è stata tale da rendere il patrimonio netto negativo, le ipotesi sono principalmente due: a) si è in presenza di una società sottocapitalizzata *ab origine*, che opera congenitamente con un elevato grado di indebitamento che la espone fisiologicamente ad un elevato rischio di squilibrio; b) si tratta di una società senza la capacità di generare flussi sufficienti da accrescere la consistenza del patrimonio netto, che opera in condizioni di economicità ovvero con pregressi squilibri che hanno eroso la consistenza patrimoniale. Considerando i prevedibili effetti recessivi sul medio-lungo termine della crisi economica legata alla pandemia⁴⁵, entrambi i casi sono caratterizzati da un elevato rischio di perdita della continuità aziendale, valutabile con ragionevolezza già dal primo anno in cui sono maturate le perdite, in forza al valore negativo del patrimonio netto dovuto all'incapacità prospettica di colmare le perdite al punto tale da riportare entro i cinque anni di inibizione il capitale entro le soglie.

Ne deriva dunque che l'intervento emergenziale si presti facilmente ad un utilizzo distorto, anche considerata la mancata razionalizzazione dei destinatari delle misure emergenziali in materia societaria, operante indiscriminatamente sia per le società

⁴⁴ «Ne deriva allora da un lato che la tutela dei creditori è, a voler tutto concedere solo indiretta; dall'altro che la loro tutela è attuata attraverso la disciplina del capitale reale e cioè del patrimonio netto, piuttosto del capitale nominale e comunque non può essere costruita in termini meramente patrimoniali e soddisfattivi, e cioè in termini di capienza del patrimonio a soddisfare creditori, ma se mai in termini di solvibilità della società, che è un concetto ancora diverso.». Così G. Giannelli, *Funzione normativa del capitale sociale, tutela dei creditori e corretto finanziamento dell'impresa societaria*, in *Il ruolo del capitale tra regole bancarie e disciplina societaria*, cit., p. 14.

⁴⁵ Gli effetti della crisi pandemica ancora in atto si protrarranno per un arco temporale allo stato attuale nemmeno pronosticabile, anche considerando che gli strascichi della crisi dei mutui *sub prime* del 2008, meno aggressiva di quella corrente, si riverberano tutt'oggi sull'economia di alcuni paesi europei a distanza di più di un decennio.

operanti nei settori economici colpiti dalla pandemia, sia per quelle che operano in settori privi di ripercussioni.

9. Stante la straordinarietà del momento storico, diviene cruciale interpretare in chiave critica il rinnovato ruolo sistematico della continuità aziendale nel diritto d'impresa rispetto ad un contesto socioeconomico significativamente mutato all'esito di un evento epocale quale quello della pandemia da Covid-19.

In primo luogo, occorre domandarsi se e in quale maniera la presunzione di continuità aziendale nella valutazione di bilancio introdotta dalle misure emergenziali possa riverberarsi sul dovere di predisposizione di adeguati modelli organizzativi, amministrativi e contabili.

Sin dalla lettura del «Decreto liquidità» e della Relazione illustrativa di accompagnamento, la *ratio* delle misure straordinarie in materia di continuità traspariva in maniera evidente: congelare la prospettiva di continuità aziendale in attesa dell'assestamento del quadro normativo ed economico, al fine di evitare che gli effetti della crisi pandemica deflagrino sul tessuto economico comportando l'attivazione di quei meccanismi societari volti ad arginare il fenomeno di crisi. L'inibizione delle norme in materia riduzione del capitale per perdite, di scioglimento e di redazione del bilancio⁴⁶ neutralizza solo temporaneamente gli effetti "esterni" del fenomeno di crisi, operando come palliativo per evitare (*rectius* posticipare) una moria di operatori di mercato. Si badi, è fuori discussione la necessità di ammortizzatori normativi in grado assorbire a livello societario i fattori di rischio della condizione gestionale derivanti dallo *shock* esogeno; tuttavia, la strategia di intervento deve mirare a contemperare gli interessi coinvolti, senza generare effetti distorsivi idonei a generare eccessive asimmetrie informative. La straordinarietà e la dinamicità del conteso socioeconomico, dunque, imporrebbe la necessità di implementare l'efficacia informativa annuale espressa dal bilancio d'esercizio; soprattutto nel caso di PMI e microimprese, dove l'eccessiva semplificazione non consente l'efficace realizzazione della funzione interna ed esterna del bilancio. Infatti, in attesa di ulteriori provvedimenti volti a definire le procedure societarie da adottare una volta terminato il periodo di efficacia, il principio di adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili riveste un ruolo cardine nella gestione del fenomeno in una prospettiva interna. La predisposizione di adeguati assetti di gestione e controllo interno rappresenta l'unico efficace strumento per una gestione monitorata e controllata del fenomeno di crisi che, seppur con sfaccettature e gradazioni distinte, interessa larga parte degli operatori di mercato. In questa prospettiva non può che apprezzarsi la scelta del legislatore di svincolare il dovere di adeguatezza degli assetti da obblighi informativi ed attribuire autonomia sistematica

⁴⁶ Sul tema cfr. S. Ambrosini, G. Giannelli, *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in *Finanziamento e diritto della crisi nell'emergenza*, Giappichelli, Torino 2020, p. 187 ss.

al principio di adeguatezza attraverso l'innesto tra le clausole generali del diritto d'impresa, così imponendo anche a realtà imprenditoriali di minori dimensioni organizzative di dotarsi di sistemi e procedure per il monitoraggio e controllo degli effetti interni della crisi sulla condizione gestionale.

Questa situazione di diffusa incertezza delle dinamiche di mercato si innesta *ex abrupto* in un processo di evoluzione normativa in materia di crisi d'impresa che ha visto l'entrata in vigore di un complesso organico di norme che pone al centro dell'intero sistema concorsuale un meccanismo di allerta e prevenzione del fenomeno di crisi fondato proprio sulla valutazione prospettica di indicatori di *performance* e del presupposto di continuità aziendale.

Infatti, prescindendo dall'incidenza fisiologica del fattore soggettivo delle politiche di bilancio⁴⁷, va rilevato che la natura quantitativa degli indici implica l'incapacità intrinseca di cogliere i mutamenti del contesto economico e normativo, limitandone l'affidabilità nella valutazione di condotte giuridicamente rilevanti⁴⁸.

⁴⁷ L'approccio quantitativo nella valutazione del fenomeno di crisi presenta quale principale limite la sensibilità dei modelli alle politiche di bilancio. Tale limite, riconducibile ad una fisiologica soggettività dell'informativa contabile, si esplica in maniera più incisiva nei momenti in cui l'impresa versa in una situazione critica. Spesso accade, infatti, che in una condizione di tensione gestionale, l'attendibilità dei dati di bilancio venga minata da pratiche contabili mirate a migliorare la condizione apparente dell'impresa e celare una situazione di *distress*. Sul tema M. Cattaneo, *Analisi finanziaria e di bilancio. Teoria e tecnica nella concessione del credito*, Etas, Milano, 1976, pag. 21 ss. osserva che in sede di determinazione delle voci valutative, gli amministratori hanno un certo margine di discrezionalità, che consente loro di realizzare le cosiddette politiche di bilancio, ovvero condotte che si traducono in un uso strumentale delle valutazioni, al fine di esprimere una situazione economica, finanziaria e patrimoniale incongrua, più o meno distante dalla realtà. Per tale ragione, alcuni bilanci, qualora si abusò nell'uso di tale discrezionalità, possono essere manifestamente falsi. Parlano di «contabilità creativa» (*creative accounting*) K. Keasy, R. Watson, *Non-financial information and the prediction of small company failure: a test of the Argenti hypothesis*, in *Journal of Business Finance & Accounting*, 1987, p. 336, rilevando che questa la manipolazione dei dati contabili (*manipulation of the accounts*) è un fenomeno molto frequente soprattutto nelle imprese di dimensioni contenute, in cui la figura soggettiva del socio è maggiormente coinvolta nelle dinamiche di gestione. Nella stessa prospettiva si pone E. Cantoni, *La capacità segnaletica degli indici di bilancio. Ricontri empirici in condizioni di disequilibrio gestionale*, Franco Angeli, Milano, 2007, p. 99, quando evidenzia che «in talune situazioni le perdite rappresentate dai bilanci potrebbero risultare mitigate o gonfiate rispetto alle perdite effettive di competenza del periodo, cioè ragionevolmente attribuibili all'esercizio sulla base di corretti principi contabili. [...] Non è raro, infatti, che le aziende in perdita ricorrano a politiche di bilancio intese, pur nel rispetto delle norme vigenti, al contenimento dei risultati negativi». Sul punto E.I. Altman, A. Danovi and A. Falini, *Z-Score Models' application to Italian companies subject to extraordinary administration*, in *Bancaria*, n. 4, 2013, p. 35, osservano, con riferimento al modello previsionale di Altman - ma la considerazione può essere estesa a tutti gli indicatori che si fondano sull'apprezzamento di dati di bilancio - che «Ovviamente entrambi gli strumenti, essendo basati su dati contabili, non possono identificare situazioni *distressed* in presenza di artifici di bilancio volti a migliorare la condizione apparente dell'impresa».

⁴⁸ La concessione del rinvio alle criticità applicative legate alla pandemia da Covid-19 poteva essere desunta in maniera esplicita anche dalla relazione di accompagnamento al decreto legge 24 agosto 2021, n. 118: «[...] l'imminente entrata in vigore del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 - originariamente fissata al 15.9.2020 e rinviata al 1° settembre 2021 dall'articolo 5, comma 1, del

Orbene, resta da capire in linea di principio se un sistema concorsuale che prevede una estesa legittimazione attiva in capo a soggetti “istituzionali” estranei al mercato per l’apertura della liquidazione giudiziale e che presenta un meccanismo di prevenzione della crisi basato su indicatori delle *performances* di natura endogena sia compatibile con il mutato contesto socio economico, in cui tali indicatori saranno indubbiamente condizionati da una serie di variabili esogene legate non solo agli effetti diretti della pandemia sul tessuto economico, ma anche dalle politiche legislative ed economiche mirate al contenimento⁴⁹.

decreto-legge 8 aprile 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40 – non appare la soluzione più efficace rispetto alle attuali esigenze del sistema economico. La natura fortemente innovativa e la complessità dei meccanismi previsti dal Codice della crisi e dell’insolvenza - che pur prevede istituti per l’emersione precoce della crisi, come l’allerta interna ed esterna, e strumenti di soluzione negoziata della crisi, una disciplina organica dei piani attestati di risanamento, l’estensione della possibilità di ricorrere agli accordi di ristrutturazione dei debiti e il concordato minore per le imprese minori – non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia e rischierebbero di creare incertezze e dubbi applicativi in un momento in cui si invoca, da più parti, la massima stabilità nella individuazione delle regole. Va peraltro sottolineato che il rinvio dell’allerta esterna disposto con l’articolo 5, comma 14, del decreto-legge 22 marzo 2021, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, ha inciso in maniera rilevante sul complessivo impianto delineato del Codice della crisi d’impresa privandolo di una fase sulla quale sono stati pensati e costruiti altri istituti disciplinati dallo stesso Codice, tra i quali il concordato preventivo. 118/2021». Sul tema cfr. S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale: i cambiamenti di cultura sono sempre difficili*, in *www.ilcaso.it*, 2021, p. 5; L. Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione positiva del covid*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 4.

⁴⁹ Sul punto, L. Panzani, *Il D.L. Pagni ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., p. 4 osservava, in ordine alla proroga al 2023 dell’entrata in vigore delle procedure di allerta, che «è dunque chiaro l’obiettivo che ha mosso il legislatore: prendere atto che la pandemia ha reso rapidamente obsoleta l’innovazione più significativa introdotta dal codice della crisi, le misure di allerta».

Dario Dellino

LIBERTÀ, SOCIALITÀ E RESPONSABILITÀ IN EMMANUEL LEVINAS*

ABSTRACT

Il diritto, secondo Emmanuel Levinas, è aporetico in quanto la visione contrattualistica hobbesiana del *homo homini lupus*, va capovolta per intuirne appieno il senso. Viene “prima” la responsabilità assoluta per Altri, il rapporto a due, il sentirsi ostaggi e accusati (della propria giustificazione) e “poi” l’accordo, la consuetudine e la norma. La singolarità di ciascuno viene a trovarsi – nella socialità - con altre singolarità in una relazione generalizzata, si viene considerati “individui di un genere”, “casi di un concetto”. In tale situazione può capitare che l’insofferenza “al genere”, diventi un’insofferenza ad “un genere”, creando le condizioni per la “tolleranza” che è sempre un odio mascherato. Il patto sociale viene ad iscriversi “sulla” responsabilità assoluta, e scrivendola, in un certo senso, la deresponsabilizza un poco della sua “assolutezza”: l’accordo, la mediazione, concedono alla responsabilità qualche alibi, qualche limite.

The law, according to Emmanuel Levinas, is aporetic because the contractual vision of T. Hobbes, *homo homini lupus*, must be turned upside down to fully understand its meaning. "First" comes the absolute responsibility for Others, the relationship between two singularities, the feeling of being hostages and accused and "then" arrives the agreements, the norms. The singularity of each one is linked, in a generalized relationship, with other singularities. Each one of these singularities is considered "individual of a genre", "case of a concept". In such a situation it can happen that intolerance "to gender" becomes intolerance to "a gender". The social pact comes to register "on" absolute responsibility, and by modifying it, in a certain sense, it de-empowers it of its "absoluteness": the agreement, the mediation, grant responsibility some alibi, some limit.

PAROLE CHIAVE

Responsabilità con alibi – libertà e comando – generi e singolarità

Responsibility with alibi – liberty and commandment – genres and singularity

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Del concetto di libertà e comando. – 3. Del concetto di libertà e socialità. – 4. Conclusioni.

La violenza, che sembra essere l’applicazione diretta di una forza a un essere, rifiuta, in realtà, all’essere tutta la sua individualità e lo afferra come elemento del suo calcolo, e come caso particolare di un concetto.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*

1. Il concetto di libertà per Levinas è, appunto, un concetto. Il filosofo indica in tanti suoi scritti (cfr. E. Levinas 1986; 1987; 2004; 2011; 2012; 2017)¹ le ragioni della guerra, della violenza, dell'assassinio: queste ragioni sono da ricercare nella "mediazione", nella presenza di un terzo, nella nominazione di un genere.

Ciò che è Altro, in Levinas, non è riconducibile a nessuna relazione tematizzante. L'Altro, ci sembra di capire da alcune sue affermazioni, è sempre "presenza diacronica". Perché vi sia sopraffazione, prevaricazione, eliminazione, ecc., dell'Altro occorre che questi venga rappresentato. Occorre il tema, il rapporto a tre, la concettualizzazione. Per questo, in quanto concetto, la "libertà" nelle riflessioni di Levinas coincide con la responsabilità assoluta che è "prima di ogni senso", che anticipa il significato e che lo rende possibile.

La libertà è essere ostaggio dell'Altro, la libertà si instaura nel soggetto nel momento in cui questi realizza questa sostituzione senza scambio, senza contropartita: non è abbandono, non è estasi, non è "comprensione".

Il linguaggio stesso nasce da questa prossimità, dalla possibilità di sentire la paura dell'altro, la sua domanda: mi ucciderai? Il linguaggio nasce forse da questa antica, fondamentale domanda?

Anche dal punto di vista di una semiotica materialistica la possibilità che il linguaggio verbale si sviluppi contemporaneamente alla produzione dei segni nonverbalì (cfr. F. Rossi-Landi, 2003; 2005; 2011; 2016)², implica fin dai suoi albori un momento "precedente" alla tregua in cui si è cominciato a scambiarsi significati più o meno elaborati. La possibilità di sospendere il giudizio, di elaborarlo sotto altre forme, di prendere tempo. Del resto, per Levinas, l'ente non si fa ipostasi con la domanda e con l'accusa che lo invocano? Non è l'esistente una continua e incessante "giustificazione" della sua esistenza?

La giustizia della libertà sembra in Levinas somigliare molto a quella poesia di Borges; quella poesia in cui c'è un uomo che accarezza un cane che dorme, e un tipografo che corregge con amore un libro che non gli piacerà. L'impossibilità di fare della "libertà" un concetto definito una volta per tutte pone inoltre, inevitabilmente, la questione delle aporie.

¹ E. Levinas, *Di Dio che viene all'idea*, Jaca Book, Milano 1986. E. Levinas, *Il tempo e l'altro*, Il melangolo, Genova 1987. E. Levinas, *Nell'ora delle nazioni*. Jaca Book, Milano 2000. E. Levinas, *Totalità e Infinito*, Jaca Book, Milano 2004. E. Levinas, *Altrimenti che essere o al di là dell'essenza*, Jaca Book, 2011. E. Levinas, *Parola e silenzio*, Bompiani, Milano, 2012. E. Levinas, *Libertà e comando*, in *Athanor* XXVI/20, pp. 341-350, Mimesis, Sesto San Giovanni 2017.

² F. Rossi-Landi, *Il Linguaggio come lavoro e come mercato*, Bompiani, Milano 2003. F. Rossi-Landi, *Ideologia*, Meltemi, Roma 2005. F. Rossi-Landi, *Metodica filosofica e scienza dei segni*, Bompiani, Milano 2006. F. Rossi-Landi, *Semiotica e Ideologia*, Bompiani, Milano 2011. F. Rossi-Landi, *Linguistica ed Economia*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2016.

Il diritto è aporetico per sostanza e per genesi. La visione contrattualistica hobbesiana del *homo homini lupus*, secondo Levinas, va capovolta per intuirne appieno il senso. Viene “prima” la responsabilità assoluta per Altri, il rapporto a due, il sentirsi ostaggi e accusati (della propria giustificazione) e “poi” l’accordo, la consuetudine e la norma. Il patto sociale viene ad iscriversi “sulla” responsabilità assoluta, e scrivendola, in un certo senso, la deresponsabilizza un poco della sua “assolutezza”: l’accordo, la mediazione, concedono alla responsabilità qualche alibi, qualche limite. L’ambizione di ogni buona legge, infatti, è di potere essere in massimo grado riferibile a tutti i casi, a tutti i soggetti. Il problema allora non sarà «nell’elevare la socialità alla fraternità, ma la fraternità alla società.» (E. Levinas, *Parola e*, cit., p. 184).

2. Il discorso sviluppato sulla libertà parte dal comando e si lega all’idea di Parola, la parola alla quale si obbedisce *volendo* obbedire. La parola giusta, la parola buona. La buona parola.

Secondo Charles S. Peirce «gli uomini e le parole si educano reciprocamente» e ogni aumento di informazioni e valori negli uni condizionano le altre. Che le parole possano educare gli uomini è cosa chiara da comprendere, più particolare è il caso degli uomini che educano le parole. Come possono essere educate le parole? Dicendole? Tacendole? Sussurrandole? Urlandole? Mettendole a stare in buona compagnia? Insieme ad altre buone parole?

Una buona legge, un buon comando, deve avere enunciati brevi, poche subordinate, la frase principale deve sempre precedere le rare subordinate, un buon presente indicativo è da prediligere, rimandi, digressioni ed incisi sono da evitare, congiuntivi e gerundi anche, per quanto possibile.

«Comandare significa fare la volontà di colui che obbedisce. L’apparente eteronomia del comando è, in realtà, autonomia, perché la libertà del comandare non è una forza cieca, ma un pensiero ragionevole» (E. Levinas, *Libertà e*, cit., p. 341.) In questione ci sono due volontà che devono ritrovarsi in quell’ordine. Perché una volontà non può ricevere ordine da altra volontà se in questa non vi si riconosce.

Queste volontà si uniscono in nome di una terza cosa condivisa, che è, sotto sguardo semiotico, fenomeno normale. Infatti, il significato, il valore, risultano sempre da una relazione triadica. Perché vi sia interpretazione occorre, per dirla con Peirce, un oggetto, un interpretante ed un interpretato. L’interpretato, inoltre, se considerato come referente esplicito è a sua volta sempre “terzo” rispetto a ciò che significa, in quanto lo significa solo e soltanto in virtù di tutti gli altri referenti che sono rimasti impliciti: «nessuna esplicitazione, per quanto possa ampliare il campo del significato, riesce ad assorbire del tutto il referente. [...] Non è possibile riferirsi a qualcosa, senza che questo qualcosa venga a far parte di un percorso interpretativo, senza cioè che non sia un interpretato che, nella funzione di referente, fa da interpretante implicito.» (A. Ponzio, *Linguistica generale, scrittura letteraria e traduzione*, Guerra, Perugia 2018, p. 80).

Che due persone si ritrovino in un comando e liberamente lo rispettino è dovuto al fatto che lo fanno in nome di una “terza cosa” che interpreti la loro relazione, che dia significato alle loro azioni, valore alle loro scelte. Può essere una norma, un’idea, un bisogno, ecc., ma si manifesterà sempre come “caso di un concetto”, elemento di un genere, sintesi dialettica.

Anche il pensiero è sempre *rispetto* a qualcosa. L’autorità o l’autorevolezza sono essi stessi necessari alla sua significazione, formazione ed articolazione

Occorre sempre un po’ “credere” nei vari significati, anche solo per un momento, altrimenti il pensiero non va avanti, non si muove, osserva Charles Sanders Peirce:

Non appena la credenza placa l’irritazione del dubbio, che è ciò che muove il nostro pensiero, il pensiero si rilassa: quando si raggiunge la credenza il pensiero viene per un momento a riposo. Ma dato che la credenza è una regola per l’azione, la cui applicazione comporta ulteriori dubbi e ulteriori pensieri, la credenza, nel medesimo tempo in cui è un punto di arrivo, è anche un punto di partenza per il pensiero. È per questo che mi sono permesso di chiamarla pensiero in riposo, benché il pensiero sia essenzialmente un’azione. L’esito *finale* del pensiero è l’esercizio della volizione, e il pensiero non ne fa più parte. Ma la credenza è solo uno stadio dell’azione mentale, un effetto sulla nostra natura dovuto al pensiero, e quest’effetto influenzerà il pensare futuro. (C.S. Peirce, *Opere*, Bompiani, Milano 2003, p. 382)

Oppure, detto da Levinas:

Il volto dell’essere che si rivela nella guerra si fissa nel concetto di totalità che domina la filosofia occidentale. In essa gli individui sono ridotti ad essere i portatori di forze che li comandano a loro insaputa. Gli individui traggono da questa totalità il loro senso (invisibile al di fuori di questa totalità stessa). L’unicità di ogni presente si sacrifica continuamente ad un futuro che è chiamato a rivelarne il senso oggettivo. Poiché solo il senso ultimo conta, solo l’ultimo atto muta gli esseri in sé stessi. Essi sono ciò che appariranno nelle forme, già plastiche dell’epopea. (E. Levinas, *Totalità e infinito*, cit., p. 20.)

Ma si può trarre vantaggio da questo rapporto con il “senso ultimo”, basato su una continua tensione con il “riposo”: questa “terzità” semiotica permette il progetto, il programma, la programmazione (cfr. F. Rossi-Landi 2006) dei rapporti sociali con tutte le loro differenti connotazioni ideologiche. Resta la libertà di poter pensare al futuro, immaginarlo. Perché, dice ancora Levinas (*Libertà e*, cit., p. 343), ciò «che resta tuttavia libero è il potere di prevedere il proprio cedimento e di premunirsi contro di esso. La libertà consiste nell’istituire fuori di sé un ordine di ragione, nel confidare il ragionevole al testo scritto, nel ricorrere a una istituzione.»

La libertà è la causa delle istituzioni, la libertà che vuole proteggersi da una futura tirannia: tutto questo porta ad «un impegno della libertà in nome della libertà» (Id.), nella condivisione di una volontà superiore, in quanto condivisa, creduta, in uno Stato.

La libertà ha un'opera sola da compiere al mondo: preservare sé stessa. La libertà come obbedienza ad una legge è anch'essa aporetica in quanto dipende "dall'universalità della massima" ma allo stesso tempo anche dalla "irrecuperabilità" di tutto ciò che non è compreso da quella stessa massima, la legge non può tener conto dell'eccedenza di visione, del rapporto faccia a faccia, dell'alterità.³

La sua "terzità", infine, la garantisce dai cedimenti e dai sentimenti soggettivi.

Dunque, serve un comando, esterno, in grado di agire in maniera impersonale, tale comando ci proteggerà dal futuro e dev'essere proprio una «legge esterna, una legge scritta, munita di forza contro la tirannia» (Id.). L'aporia si mostra ben presto:

Ma il comando della legge scritta, la ragione impersonale dell'istituzione, malgrado la sua origine nella volontà libera, assume nei riguardi della volontà, in ogni istante rinnovata, una certa estraneità. L'istituzione obbedisce a un ordine razionale in cui la libertà non si riconosce più. La libertà del presente non si riconosce nelle garanzie che essa ha preso contro il proprio cedimento. Il testamento redatto con lucidità non può più imporsi al testatore che è sopravvissuto. La volontà vive come un'altra tirannia le garanzie che essa stessa ha preso contro il proprio cedimento. (Ivi., p. 344.)

La singolarità di ciascuno viene a trovarsi con le altre singolarità in una relazione generalizzata, si viene considerati "individui di un genere", "casi di un concetto". In tale situazione può capitare che l'insofferenza "al genere", diventi un'insofferenza ad "un genere", creando le condizioni per la *tolleranza* che è un "odio mascherato" (cfr. P.P. Pasolini 1976)⁴, ma anche per tutti i potenziali parossismi delle identità e le implicazioni tra generi astratti e corpi concreti, tra identità e singolarità (cfr. Petrilli 2003; 2005; 2011)⁵.

Per mettere in questione un genere, non serve un altro genere, anche di segno opposto. Si tratterebbe solo di un aggiustamento di forze, o regolamento definitivo dei conti, tra due generi.

Mettendo in questione un genere da parte di altri generi, facendolo in nome di un altro genere, dalla sua prospettiva, «è il genere in quanto tale a non essere messo in questione; ma la questione dei rapporti razziali, come la questione dei rapporti sessuali, del "gender", come la questione dei rapporti delle classi sociali, è la questione del genere, richiede la messa in questione del genere.» (A. Ponzio, *Con Emmanuel Levinas. Alterità e Identità*, Mimesis, Sesto San Giovanni 2019, p. 286.).

³ «Quando contemplo nella sua interezza un uomo, che si trova fuori di me e di fronte a me, i nostri concreti orizzonti effettivamente vissuti non coincidono» (M. Bachtin. *L'autore e l'eroe*, Einaudi, Torino 2000, p. 20).

⁴ P.P. Pasolini, *Lettere luterane*, Einaudi, Torino 1976.

⁵ S. Petrilli, *Semioetica*, (con A. Ponzio), Meltemi, Roma 2003. S. Petrilli, *Semiotics Unbounded. Interpretive Routes through the Open Network of Signs*, University Press of Toronto Press, Toronto 2005. S. Petrilli, *Parlando di segni con maestri di segni*, Pref. di Thomas A. Sebeok, Pensa Multimedia, Lecce 2011.

Nell'azione violenta si è sempre soli, secondo Levinas, non c'è nessun rapporto con l'Altro. C'è il rapporto con un elemento del genere ma questa azione non si rivolge all'individualità altrui, ma semmai verso il genere che altrui rappresenta. Questa rappresentazione dei generi si lega, nella sua costituzione, ai rapporti sociali: alla produzione materiale che è intimamente connessa a quella linguistica (cfr. F. Rossi-Landi 2003). Sotto la specie del genere – che serve alla società – si impara però presto l'interscambiabilità, che è una delle tante forme dell'indifferenza. Il sistema lavorativo dominante incoraggia in larga misura questa interscambiabilità, questa indifferenza, fino a incidere in maniera sempre più pervasiva e attenta nelle umane soggettività. Perché il legame è diretto, perché l'azione «sulle cose, il lavoro, consiste nel trovare il punto di applicazione a partire dal quale l'oggetto, in virtù di leggi generali a cui la sua individualità si riduce interamente, subirà la volontà del lavoratore. Il lavoro non trova, e non cerca, nell'oggetto niente di strettamente particolare.» (E. Levinas, *Libertà e*, cit., p. 345).

3. Si fa sempre bene a ricordare che il sistema delle lingue naturali non è di natura “convenzionale”, ma “arbitraria”. Poniamo il caso delle origini di una lingua naturale: in quale lingua si sarebbero “messi d'accordo” i primi due parlanti che hanno inventato quella lingua? (cfr. F. Rossi-Landi 2006).

Naturalmente ci sono sistemi linguistici in cui il valore è tutto convenzionale, ma sono successivi alla lingua naturale: questa deve già esistere come sistema di modellazione per portare poi ad altri sistemi di modellazione. Il sistema di comunicazione della lingua, inoltre, si innesta sul sistema del pensiero, del linguaggio, della capacità cognitiva e combinatoria, in quel fenomeno che può essere definito un processo di exattamento, ovvero di uso di una funzione adattativa diversa e nuova da quella inscritta nell'ordine evolutivo dell'adattamento: «*il linguaggio andò sviluppandosi come un adattamento; laddove il parlare si sviluppò dal linguaggio come un “exattamento”* derivativo per un periodo che dura approssimativamente due milioni di anni. [...] Molti milioni di anni più tardi il linguaggio, tuttavia, cominciò ad essere “exattato” per la comunicazione, prima nella forma del parlare (e dopo dello scritto, e così via). (T.A. Sebeok, *Segni. Introduzione alla semiotica*, Carocci, Roma 2003, p.176).

La proposta è pensare ad un “exattamento” anche della responsabilità. Come avrebbero fatto a “mettersi d'accordo” di non uccidersi (momentaneamente) se non trovando, magari arbitrariamente, che i periodi di pace sembravano essere più ricchi, fertili e degni d'essere vissuti?

Nel testo intitolato “Socialité et argent”, nel paragrafo terzo, Levinas ritorna come in altre sue riflessioni sul “problema del terzo”, dell'altro venuto dopo il *secondo*, e poi dell'altro ancora, e così via.

Il terzo, altro rispetto al prossimo, è anche mio prossimo e prossimo del prossimo. [...] È necessario che tra gli unici ci sia una comparazione, un giudizio. È necessaria una giustizia in nome della loro stessa dignità di unici e di incomparabili (E. Levinas, *Socialité et argent*”, in R. Burggraeve, *Emmanuel Levinas et la socialité de l’argent* Peeters, Lovanio 1997, p. 85).

Levinas, con la «apparizione del terzo, anch’egli mio prossimo» – vede un passaggio dalla singolarità del mio amore e della mia responsabilità per l’altro ad una successiva indistinzione, generalità – necessaria e anche utile: si passa al riconoscimento dell’altro, dell’estraneo, alla sua individuazione (e all’individuazione delle sue responsabilità) in ordine di un numero, di un caso di concetto. Il denaro è numero e rende numerabile il valore delle responsabilità e delle cose ad esse connesse. Il denaro può farsi strumento di giustizia in quanto, essendo presente ovunque, può esserci sempre un accordo su una cosa pensata in relazione agli altri: il valore nasce dal rapporto dei valori sociali che vengono dati alle cose, non c’è un rapporto tra valori di “cose” astratte, non calate nel tessuto sociale. Un umanesimo “dell’altro uomo” ma anche un umanesimo che tenga conto più della concretezza dell’uomo, unico, e singolo, in questione che dell’idea generale di “umanità”, “essere umano”, ecc., (cfr. A. Schaff, 1992; 2000)⁶. L’obiettività del denaro, obbiettività numerabile, anche in questo caso, osserva Levinas, «è anteriore all’universalità che riconosce. È la concretezza».

Occorre sottolineare che questa “numerabilità” agisce potentemente anche sulle categorie di concetti quali “privato” e “pubblico”: e lo fa in relazione sempre ad una totalità più generale, che è quella della socialità, ad un’architettonica dei rapporti interumani. Infatti, perché sussista una condizione in cui c’è qualcosa di “privato”, intimo, raccolto, occorre una relazione con ciò che è pubblico, con l’insieme totale delle relazioni, in quanto «l’esser privato è un caso dell’esser pubblico» argomenta ad esempio Rossi-Landi (*Metodica filosofica e*, cit., p. 106), sostenendo che «la proprietà di beni immateriali può esser privata solo in quanto è pubblica. [...] in altre parole, all’interno di una totalità che è pubblica almeno due parti vengono a distinguersi l’una dall’altra, e a contrapporsi», per avere un riconoscimento di qualcosa che è “mio” e non “tuo” occorrono almeno due individui, che sono il bozzolo della società. In questo modo si può capire che il privato si basa su un’esclusione, ma «anche dopo che questo ha avuto luogo, la totalità rimane pubblica».

La libertà, l’obiettività e la responsabilità sono *anteriori* alle regole, generalità, alle totalità, alle architettoniche che le definiscono. Un momento appena precedente l’accordo, quello della domanda, quando l’altro si rivolge verso di me, con il suo volto. Questo volto non oppone una forza, né un’ostilità. È una opposizione pacifica, ma dove la pace non è affatto una guerra sospesa, una violenza semplicemente trattenuta. La violenza è possibile solo ignorando questo essere faccia-a-faccia, nell’ignorare lo

⁶ A. Schaff, *Umanesimo ecumenico*, a cura di A. Ponzio, Adriatica, Bari 1992. A. Schaff, *Meditazioni*, a cura di A. Ponzio, Edizioni dal Sud, Bari 2000.

sguardo, questa violenza si fa sempre ad un genere, ad una rappresentazione, che, come nel *Petrolio* di Pasolini, è un “uovo senza volto”.⁷

Nel momento del rapporto “faccia a faccia”, secondo il filosofo francese, la parola si manifesta come presentazione dell’alterità, una presentazione che viene prima di ogni forma di tematizzazione e mediazione. Questa presentazione altrui non è rappresentazione, non è “sintetizzata” in alcunché, in un “genere”, in una “categoria”. Potremmo dire che «Levinas chiama *expression* o *visage* questo essere presente dell’altro, questa presentazione nella sua alterità originaria, dove ciò che si manifesta coincide con la manifestazione, non è affatto assimilato». (A. Ponzio, *Il linguaggio e le lingue*, Mimesis, Milano 2015, p. 26).

Quello che chiamiamo volto è proprio questa eccezionale presentazione, da sé, di sé, non rapportabile alla presentazione di realtà semplicemente date, sempre sospette di qualche frode, sempre probabilmente vagheggiate. Per ricercare la verità, ho già avuto un rapporto con un volto che può garantirsi da sé, la cui epifania stessa è, in qualche modo, una parola d’onore. Ogni linguaggio come scambio di segni verbali, si riferisce già a questa originaria parola d’onore. Il segno verbale si situa là dove qualcuno significa qualcosa a qualcun altro. Esso presuppone dunque già un’autenticazione di colui che significa. (E. Levinas, *Totalità e*, cit., p. 207).

Osserva Levinas che nella conoscenza dell’altro come individuo, come elemento «di un genere, di una classe, di una razza – che la pace con lui si inverte in odio; l’approccio di altri in questo caso diventa l’approccio di una specie di questo o di quest’altro» (E. Levinas, *Nell’ora*, cit., p. 29).

Invece la manifestazione della faccia nuda, degli occhi, della vulnerabilità, della debolezza, sono le manifestazioni di ciò che fonda il dialogo, la pace. Ma lo sono solo quando calate in un contesto di unico a unico, di singolarità non iterabili, non ripetibili: sono segni iconici della finitezza di ogni cosa che è vivente.

Avviene anche tra differenti specie del regno animale, come spiega il “Kindchenschema” di Konrad Lorenz, avviene che animali di diverse specie (tranne quelle che predano proprio i cuccioli per contingenze evolutive) non aggrediscano i cuccioli di altre specie (comprese quella umana) e che provino una qualche forma di “cura” per esseri dalla testa grossa e tondeggianti, guance paffute, occhi grandi e tondi, ecc. La gentilezza che si usa ai condannati alla fucilazione, (quella di bendare eventualmente il volto) è una gentilezza verso la vittima o verso il carnefice?

La violenza si compie quando la singolarità di ciascun volto umano e i suoi segni iconici che parlano di una similarità tra differenti, si trasforma in generalità di tale volto, e in una differenza all’interno di una sistematizzazione tra generi, di comunità, di una specializzazione: cioè, nella scelta di “una specie di questo o di quest’altro”.

⁷ P.P. Pasolini, *Petrolio*, Einaudi, Torino 1992.

Un volto è un *evento che “si manifesta ed è manifestazione” allo stesso tempo*. Non sono ammesse *repliche*, non può essere utilizzato come una *occorrenza* interscambiabile e utile ad un certo ordine del discorso

Il volto si comporta anfibolicamente e infatti forse possiamo dire dei volti umani le stesse cose che diciamo delle gocce d’acqua: identiche per concetto, diverse per fenomeno. (Kant, Immanuel: *Critica della ragion pura*. Bompiani: Milano 2004, p. 378)⁸

Infatti, la violenza non sarebbe altro che un modo di agire di “traverso” un modo di agire su ogni essere e ogni libertà prendendoli in tutto ciò che non è il loro volto, ovvero la loro unicità, la loro singolarità, la violenza è sempre in nome di un “terzo”, di un genere, di una particolare declinazione di un concetto. Perché la relazione con le cose, «il dominio sulle cose, questa maniera di essere al di sopra di esse, consiste precisamente nel non abordarle mai nella loro individualità. L’individualità della cosa, il *tode ti*, ciò che è designato, e che, a quanto pare, soltanto esiste, non è in realtà accessibile che a partire dalla generalità, a partire dall’universale, a partire dalle idee, a partire dalla legge. Ci si appropria della cosa a partire dal suo concetto.» (E. Levinas *Libertà e*, cit., p. 346)

La violenza che agisce sulla libertà altrui come se fosse energia e forza da contrastare, da eliminare, nel senso più rappresentativo e universale, è la guerra. Nel saggio che stiamo utilizzando come guida principale per questa lettura, Levinas individua una stretta somiglianza tra il lavoro e la guerra. Le similarità tra lavoro e guerra sono da ricercare nel fatto che trattano allo stesso modo l’oggetto sul quale agiscono e cioè «a partire da leggi in generale a cui può ridurlo per poter trovare in esso il punto di applicazione che lo renda soggiogabile, arrendevole alla volontà di chi vi lavora. Analogamente, la guerra tratta l’Altro non nella sua singolarità ma cercando un punto di applicazione per averne ragione, [...] a partire da una generalità, a partire da una legge. Il lavoro e la guerra sono entrambi modi di appropriarsi di un essere, non a partire dalla singolarità» (A. Ponzio, *Con Emmanuel*, cit., p. 297).

4. La filosofia di Levinas inizia da un’evidenza: l’identità ha sempre bisogno di giustificarsi di fronte all’alterità. È una situazione incontestabile. E l’identità – precisamente l’appartenenza a una identità, l’*essere questo o quello*, il caso di un concetto – è la migliore e più utilizzata giustificazione identitaria.

Questo è tema centrale nella sua opera. Il primo caso dell’io, osserva, non è il nominativo ma l’accusativo. Cioè: perché io qui, in questa situazione, in questo luogo, e l’altro no?

Una buona giustificazione, una buona risposta all’altro già prima che venga fuori una domanda di qualche tipo, qualche possibile richiesta, una giustificazione di tal

⁸ Riprendo un ragionamento sulle qualità segniche del volto approfondito in D. Dellino, *Il viso e la sua ambivalenza segnica: Tra idolo e icona*, in *Lexia* 37-38, 2021, pp. 521-540.

genere si trova nella difesa della propria appartenenza: «tale identità può essere affermata in termini di appartenenza: appartenenza concernente la nazione, l'etnia, la razza, il colore della pelle, la religione, la lingua, il territorio, il sesso, la professione, lo stato sociale. In ogni caso, la ragione dell'identità è ragione *dell'io* e non ragione *dell'altro*; semmai, come generalmente avviene, *ragione sull'altro*. Tutta la cultura occidentale, dice Levinas, è una giustificazione dell'identità di fronte all'altro.» (A. Ponzio, con D. Dellino, *Libriamoci. Conversazioni su alcune parole e sui loro concetti*, Ed. Così&Così, Bari 2020, p. 47). L'identità è astrazione concreta, e come tale è costitutiva della realtà. L'identità è un essenziale aspetto dell'essere. La violenza, in tutte le forme è sempre una delle sue conseguenze.

Partenza di questo discorso, in Levinas, è quella espressa nel *Autrement qu'être*, insieme a *Totalité et Infini* (1961). Si tratta della possibilità di trascendenza, di “evasione” dall'essere, dalla totalità, del ritrovamento dell'infinito (proprio come *in-finito*) nel finito. Si tratta, esattamente, della possibilità di scoprire l'alterità “*au coeur même de l'identité*.”.

Levinas pensa che l'identità Europea non trovi fondamento solo nella filosofia greca.

La filosofia greca promuove l'atto del conoscere come l'atto spirituale per eccellenza. L'uomo è colui che cerca la verità. La *Bibbia* ci insegna che l'uomo è colui che ama il suo prossimo e che l'amare il prossimo è una modalità della vita sensata o pensata altrettanto fondamentale – direi anzi più fondamentale – della conoscenza dell'oggetto e della verità in quanto conoscenza di oggetti. In questo senso, se si ritiene che questa seconda maniera di intendere il pensiero sia religiosa, io sono un pensatore religioso! Io penso che l'Europa sia la Bibbia e i Greci (E. Levinas, *Nell'ora*, cit., p.178)

La logica, il dialogo, l'argomentazione dei greci rendono possibile l'accordo, ma ciò chiede una condizione: che l'interlocutore ascolti e risponda. Nessuna logica può obbligare a entrare nel discorso: il principio di non contraddizione non funziona con uno che non vuole ascoltare o non vuole parlare.

Osserva ancora Levinas che l'esistere nella tranquillità, nella “pace”, nella quiete della buona coscienza significa, in un certo senso a “lasciar morire” l'altro nel suo destino. La partecipazione all'universale, al generale, comporta una fuga nel concetto, nell'astrazione concreta, un'indifferenza, cioè, alla concretezza e alle singolarità. La “cattiva coscienza”, questo doversi giustificare di fronte all'altro, questo “essere all'accusativo” darebbe origine a quel sentimento di responsabilità assoluta, che non è ancora legge: ne è però la sua condizione di possibilità. La morte dell'Altro mi espone alla responsabilità, è un'esposizione assoluta, e l'indifferenza verso questa morte, verso questa potenziale morte, mi rende “complice” Ed è proprio attraverso questa esposizione assoluta, alla luce di questa esposizione assoluta che Levinas è convinto di poter affermare «che il volto dell'altro uomo è, nello stesso tempo, la mia tentazione di

uccidere e il “tu non ucciderai” che già mi accusa o mi sospetta e mi turba, ma insieme già mi interroga e mi reclama.» (E. Levinas, *Di Dio che viene*, cit., p. 189).

L'io è la crisi stessa dell'essere dell'ente, non perché il senso di questo verbo dovrebbe essere compreso nel suo contenuto semantico e implicherebbe l'antologia, ma perché io, io mi chiedo già se il mio essere è giustificato. Cattiva coscienza che non si riferisce ancora a una legge. Concretamente cioè pensata a partire dalla sua indefinibile «messa in scena» nel fenomeno (o nella rottura dei fenomeni) questa cattiva coscienza, questa messa in questione mi giunge dal volto d'altri che, nella sua mortalità, mi strappa dal suolo solido dove, semplice individuo, io mi poso e permango ingenuamente-naturalmente-nella mia posizione. Questione che non attende risposta teorica a guisa di “informazione”. Questione precedente quella che tende alla risposta ed a forse, nuove domande; precedente le famose domande che, dopo Wittgenstein, hanno senso solo là dove le risposte sono possibili e come se la morte dell'altro uomo non ponesse alcuna questione. Questione che richiama alla responsabilità la quale non è un ripiego pratico che consolerebbe un sapere che si arena nel suo adeguamento all'essere; responsabilità che non è la privazione del sapere, della comprensione, dell'intendere e del capire, ma prossimità etica nella sua irriducibilità al sapere, nella sua socialità. (Ivi., p. 191).

Marco Edgardo Florio

CIVILE E PENALE A CONFRONTO: UN CHIASMO FUNZIONALE CHE PUÒ RESTITUIRE RAZIONALITÀ AL SISTEMA?*

ABSTRACT

Spesso in dottrina e giurisprudenza, come pure in televisione e nei comizi politici, si sente parlare a sproposito di “vuoti di tutela”, di settori in cui il diritto penale dovrebbe necessariamente intervenire a tutela di vittime spesso immaginifiche di condotte realizzate da soggetti “malvagi”. Nel far ciò, però, sovente si dimentica che il diritto penale dovrebbe sempre rispondere a precisi caratteri che impongono di ridurre al minimo l’invocazione di pretesi vuoti di tutela. Per dire che vi sia un “vuoto” da colmare, ricorrendo alle sanzioni di cui questo ramo del diritto si avvale, bisognerebbe infatti dimostrare in positivo che il ricorso agli strumenti messi in campo dagli altri rami del diritto si rivelerebbe del tutto inefficace. Un vaglio che, ove effettuato, alla luce delle più recenti evoluzioni registratesi in materia di responsabilità civile, potrebbe confutare una volta per tutte, almeno in numerosi casi, che vi sia necessità di ricorrere al diritto penale.

Often, in doctrine and jurisprudence, as well as on television and in political rallies, one hears people speak out of turn of ‘protection gaps’, of areas in which criminal law should necessarily intervene to protect the often-imaginary victims of conduct carried out by ‘evil’ subjects. In doing so, however, it is often forgotten that criminal law should always respond to precise characteristics that make it necessary to minimise the invocation of alleged protection gaps. To say that there is a ‘gap’ to be filled, by resorting to the sanctions that this branch of law avails itself of, it would in fact be necessary to positively demonstrate that recourse to the instruments deployed by the other branches of law would prove to be wholly ineffective. A test which, if carried out in the light of the most recent developments in the field of civil liability, could disprove once and for all, at least in numerous cases, that there is a need to resort to criminal law.

PAROLE CHIAVE

Responsabilità civile – Diritto penale – *Extrema ratio* – *Civil liability* – *Criminal law* – *Extrema ratio*.

SOMMARIO: 1. Il diritto penale moderno e i suoi perduti caratteri di frammentarietà, sussidiarietà ed *extrema ratio*. – 2. Vuoti di tutela in materia penale: per una doverosa delimitazione del concetto nel segno del principio di *ultima ratio*. – 3. Sulla pretesa insufficienza del diritto civile: se non è penale si può davvero commettere? – 4. Il mito della responsabilità civile compensativa. – 5. Le nuove frontiere della responsabilità civile: verso il superamento del dogma della mera “compensazione”. – 6. Un chiasmo funzionale che può restituire razionalità al sistema?

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Spesso in dottrina e giurisprudenza, come pure in televisione e nei comizi politici, si sente parlare di “vuoti di tutela”, di settori in cui il diritto penale dovrebbe necessariamente intervenire a tutela di vittime, sovente del tutto immaginifiche, di condotte realizzate da soggetti “malvagi”, individui degni delle più severe punizioni. L’invocazione di pretesi “vuoti”, però, avviene fin troppo spesso a sproposito, giacché i caratteri di frammentarietà, sussidiarietà ed *extrema ratio*, che devono contrassegnare il diritto penale, dovrebbero altresì portare a ridurre al minimo la possibilità d’invocare autentiche “lacune”.

Per dire che vi sia un “vuoto” da colmare, ricorrendo alle sanzioni di cui questo ramo del diritto si avvale (come pure del meccanismo di esclusione e riprovazione sociale che la sottoposizione a processo penale inevitabilmente comporta)¹ – secondo un risalente e condivisibile insegnamento – bisognerebbe infatti dimostrare in positivo che il ricorso agli strumenti messi in campo dagli altri rami del diritto si rivelerebbe del tutto inutile o inefficace nel perseguire un’adeguata e sensata strategia preventiva.

Un vaglio che sempre più raramente viene affrontato con la dovuta puntigliosità (e talvolta neppure si effettua) e che, alla luce delle più recenti evoluzioni registratesi in materia di responsabilità civile (d’ora in poi semplicemente R.C.), potrebbe in realtà condurre a sconfessare una volta per tutte il senso della criminalizzazione di numerosi fatti della vita quotidiana rispetto ai quali incessantemente si continua a prospettare il ricorso al diritto penale quale unica possibile alternativa di tutela.

D’altro canto, si sa, il principio di *ultima ratio* non è mai stato preso troppo sul serio dal legislatore², né in Italia né in molti altri sistemi giuridici che ben conoscono analoghe forme d’inflazione penalistica (*overcriminalization*)³. Quasi sempre, negli

¹ Il processo penale «lascia» sempre «dietro di sé profonde ingiustizie, sofferenze e talora persino la morte di qualcuno» (cfr. G. Pecorella, *Utopie. Scritti di Politica penale*, Giappichelli, Torino, 2022, p. 98). È poi ben nota la «devastazione della personalità» che «interviene» in chi si trovi ad essere raggiunto «da una imputazione di reato»: «chiunque abbia avuto contatto con chi è sottoposto a un processo penale (a maggior ragione se la persona è detenuta) sa bene che la sua sofferenza ha inizio già nella primissima fase, quando ha notizia dell’accusa a suo carico, e poi aumenta via via fino all’esecuzione della sanzione» (Id., *Utopie*, cit., pp. 114 ss.). Il processo penale è a tal punto fonte di sofferenza che spesso la sofferenza si tramuta in malattia (cfr. P. Cendon, *Il prezzo della follia. Lesione della salute mentale e responsabilità civile*, Key, Milano, 2021, pp. 86-87, spec. nt. 102-105). Ciò accade, evidentemente, anche a causa del meccanismo di riprovazione ed emarginazione sociale che il processo penale sottende.

² Cfr. M. Donini, *Populismo e ragione pubblica*, Mucchi, Modena, 2019, pp. 56 ss.

³ R. Frank, *Die Überspannung der staatlichen Gewalt*, in *ZStW*, 18, 1898, pp. 733 ss.; D. Husak, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, Oxford UP, Oxford, 2009; T. Vormbaum, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Prima lezione*, in Id., *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Esi, Napoli, 2018, pp. 20 ss.; F. Sgubbi, *Il diritto penale totale. Punire senza legge, senza verità, senza colpa. Venti tesi*, il Mulino, Bologna, 2019, pp. 23 ss.; P.H. Van Kempen, M. Jendly, *Overuse in the Criminal Justice System. On Criminalization, Prosecution and Imprisonment*, Intersentia, Cambridge-Brussels, 2019, pp. 253 ss.

ultimi anni, al diritto penale si è finito per guardare come ad uno strumento privilegiato d'intervento, quando non addirittura esclusivo. E ciò in assenza di ogni fondata dimostrazione circa l'effettiva incapacità degli altri mezzi giuridici d'*enforcement* teoricamente impiegabili dall'ordinamento nel raggiungere i medesimi risultati che di regola ci si prefigge di ottenere facendo ricorso all'arma della pena.

Ci si rapporta, all'evidenza, con una di quelle contraddizioni insanabili che si ravvisano nello studio della nostra materia: non v'è chi non veda in qualche modo il valore e l'importanza dei principi di *ultima ratio* e frammentarietà del diritto penale, ma essi vengono quasi sempre surrettiziamente traditi o violati, mai presi davvero sul serio. In questo modo si finisce per tramutare delle imprescindibili direttrici di contenimento del penalmente rilevante in delle favolette raccontate a veglia sin dai primi del Novecento per sedare gli animi di quei pochi che ancora hanno le energie per battersi in difesa di un diritto penale autenticamente frammentario, sussidiario o "nucleare".

Il clima di disincanto ha ormai permeato persino alcune delle frange dottrinali da sempre più restie ad arrendersi ad un diritto penale "totale" e "totalizzante". Tant'è vero che al giorno d'oggi non è infrequente, anche negli ambienti universitari (da sempre roccaforti di una visione più *liberal*, orientata ad una doverosa contrazione dell'area del rimprovero, secondo i variegati ideali del "diritto penale minimo", del *Kernstrafrecht*, dell'*Intervención minima* e del *Criminal Law as Last Resort*), imbattersi in prese di posizione che sbandierano l'esistenza di vuoti da colmare, di vittime (spesso più "immaginifiche" che reali) da proteggere, ricorrendo ad un inventario sanzionatorio che, pur con encomiabili tentativi di "rabbonimento" e ammodernamento, continua a connotarsi per pene di rara crudeltà e inusitata durezza.

2. Sentir parlare di vuoti di tutela, quando ci si muove nel campo del diritto penale, specie se si è ricevuta un'educazione improntata ai valori della frammentarietà e della sussidiarietà, può apparire un autentico ossimoro. La frammentarietà – quale carattere necessario del diritto penale – dovrebbe impedire, anche solo in astratto, di concepire che vi possano essere vere e proprie lacune da colmare ricorrendo all'armamentario sanzionatorio di cui questo ramo del diritto si avvale⁴.

In una logica di *extrema ratio*, poi, si dovrebbe certo riconoscere che la possibilità di venir a considerare un settore come degno di esser presidiato con sanzioni di carattere penale si dia soltanto laddove le risposte già approntate dagli altri rami del diritto (o eventualmente approntabili, giacché se mancano queste la strada del "penale" dovrebbe rimanere pur sempre l'ultima percorribile) risultino, possibilmente alla

⁴ Cfr. T. Vormbaum, *Il diritto penale frammentario nella storia della dogmatica* (trad. it. a cura di M. Donini), in *Dir. pen. cont.*, 1, 2015, pp. 51 ss. e spec. 56 ss.; C.E. Paliero, *Pragmatica e paradigmatica della clausola di "extrema ratio"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 3, 2018, pp. 1448 ss.

stregua di puntuali verifiche empiriche⁵, davvero inidonee a tutelare i beni che si vogliono proteggere e a prevenire adeguatamente gli “attacchi” che potrebbero essere mossi agli stessi.

Un vaglio che, oggi, quando si reclama l'intervento del diritto penale per colmare asseriti “vuoti di tutela”, purtroppo, fin troppo spesso, non ha luogo. A falsare l'ottica, portando a credere che il diritto penale possa automaticamente considerarsi l'illusoria panacea in cui rifugiarsi ogniqualvolta s'intraveda un fenomeno astrattamente ritenuto meritevole di una (sia pur blanda) forma di dissuasione e riprovazione da parte dell'ordinamento⁶, hanno di certo contribuito diversi fattori. Tra questi, una particolare menzione merita il diritto di matrice sovranazionale, che irrompendo sulla scena ha finito col portare con sé un esteso e inatteso bagaglio di vittimocentrismo e rigore punitivo.

Generalmente, infatti, si è portati a credere che sia stato soltanto un bene il fatto di esser finalmente venuti ad accordare convenzionalmente un'estesa tutela a taluni diritti fondamentali dell'individuo, rafforzando e implementando a livello sovranazionale strumenti procedurali e sostanziali di tutela dei singoli dall'arbitrario uso che ogni Stato

⁵ Il ricorso a verifiche empiriche è ormai ritenuto fondamentale nell'attuazione del principio di *ultima ratio* da molti interpreti: W. Wohlers, *Derecho penal como ultima ratio ¿Principio fundamental del Derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio?* (trad. a cura di N. Pastor Muñoz), in R. Robles Planas (a cura di), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Buenos Aires, 2012, p. 117; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise und Neuaufbau eines strafverfassungsrechtlichen Ultima Ratio-Prinzips*, in *JZ*, 20, 2016, p. 975 ss.; D. Benito Sánchez, *Evidencia empírica y populismo punitivo. El diseño de la política criminal*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 2020, *passim*; I. Berdugo Gómez de la Torre, *Prólogo*, *ivi*, pp. 17 ss.; T. Aguado Correa, *El principio de proporcionalidad en derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, p. 240; J.M. Silva Sánchez, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, J.M. Bosch Editor, Barcellona, 1992, p. 246. Un ricorso all'empiria che, se in passato aveva finito per suscitare anche qualche perplessità [L. Gardocki, *Das Problem des Umfangs der Straflarkeit in der polnischen Gesetzgebung, Rechtsprechung und Strafrechtslehre*, in K. Lüderssen, C. Nestler-Tremel, E. Weigend (a cura di), *Modernes Strafrecht und ultima-ratio Prinzip*, Peter Lang, Frankfurt-Bern-New York-Paris, 1990, p. 18; N. Jareborg, *Criminalization as Last Resort (Ultima Ratio)*, in *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2, 2004, pp. 526 ss.], appare oggi, nel quadro dell'Europa post Trattato di Lisbona, di assai difficile contestazione. L'esperienza europea recente nell'applicazione del controllo di sussidiarietà ha invero dimostrato come l'idea di poter venire a subordinare la validità di un intervento legislativo a puntuali verifiche empiriche non sia né irrealistica né tantomeno irrealizzabile. Anzi, è proprio grazie all'individuazione di questi controlli empirici, che sono stati imposti al legislatore europeo e che egli è ormai tenuto a svolgere per poter giustificare il proprio intervento nei confronti degli Stati membri e andare immune da censure da parte degli stessi e della CGUE, che la sussidiarietà sovranazionale ha potuto negli anni “sublimarsi” in un principio dimostrativo inequivocabilmente giustiziabile. Pertanto, sarebbe sostanzialmente ipocrita ritenere che altrettanto giustiziabile non possa divenire pure il plurisecolare principio penalistico di *ultima ratio* (o sussidiarietà, se si preferisce), qualora lo stesso venisse finalmente riempito di un'analogia cultura fatta di verifiche empiriche pregnanti che il legislatore sarebbe chiamato ad effettuare e di cui la Corte costituzionale potrebbe verificare l'effettiva esecuzione.

⁶ Che questa sia la tendenza in atto è osservato ad es. da S. Moccia, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1093; L. Goodmark, *Decriminalizing Domestic Violence. A Balanced Policy Approach to Intimate Partner Violence*, University of California Press, Oakland, 2018, p. 32

potrebbe sempre venire a fare della forza pubblica e del diritto penale (come la storia ci ha insegnato). Un'idea non sbagliata, ma di certo parziale. È indubbio, invero, che la tutela accordata ai singoli, lungi dall'aver portato solo "buoni frutti", abbia finito anche per dar vita a risvolti negativi che forse apparivano non facilmente preventivabili quando si decise di mettere "nero su bianco" un inventario di diritti umani necessariamente bisognosi di tutela. La Corte EDU, in effetti, nei non molti anni che ci separano dalla sua istituzione, ha progressivamente sviluppato una massiccia giurisprudenza avente quale unico scopo quello di demandare ai singoli Stati il compito di criminalizzare, perseguire e punire con sempre maggior nitore e ampiezza le violazioni dei diritti umani ritenute più rilevanti, evitando il più possibile d'indulgere in atti di "clemenza" (come leggi di depenalizzazione e amnistie). Il risultato è sotto gli occhi di tutti: «l'emergere di una giurisprudenza votata ad una "disciplina coercitiva sui diritti umani", in cui diritti e libertà umanizzano e rafforzano allo stesso tempo le pratiche penali dello Stato»⁷.

A livello europeo e convenzionale, in effetti, spesso si tende a rappresentare la mobilitazione del diritto penale come un imprescindibile presidio da approntare a tutela dei diritti umani. Un approccio, questo, che ha finito inevitabilmente per promuovere nei singoli Stati membri: a) da un lato una "cultura della condanna", dove la sottoposizione a pena dell'agente viene sovente vista come un fine che lo Stato dovrebbe perseguire "costi quel che costi"⁸; b) dall'altro, una visione del diritto penale in cui il vittimocentrismo (di marca populistica) è ormai divenuto imperante; in cui quasi sempre si sceglie di portare sul proscenio la sola vittima, distorcendo le sue necessità e declassando gli altri attori del conflitto aperto dall'illecito ad anime prave che sarebbe lecito venire a punire sempre e comunque, potenzialmente anche in maniera del tutto arbitraria e sproporzionata⁹.

Una lettura che non si sa se sia più rozza o miope: da un lato si colpiscono con i «guanti di legno del diritto penale»¹⁰ molte azioni che «i veri caratteri di delitto non avrebbero e avverso le quali i padri nostri si appagarono di altri modi di prevenzione»¹¹;

⁷ Così M. Pinto, *Sowing a 'Culture of Conviction'. What Shall Domestic Criminal Justice Systems Reap from Coercive Human Rights?*, in L. Lavrysen, N. Mavronicola (a cura di), *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Hart Publishing, Oxford-New York, 2020, p. 162.

⁸ Per l'idea che la tutela accordata ai "diritti umani" possa incoraggiare una "Culture of Conviction", cfr., nel quadro della Corte interamericana, F. Mégret, J.P. Calderón, *The Move towards a Victim-Centred Concept of Criminal Law and the "Criminalization" of Inter-American Human Rights Law: A Case of Human Rights Law Devouring itself*, in Y. Haeck, O. Ruiz-Chiriboga, C. Burbano-Herrera (a cura di), *The Inter-American Court of Human Rights Theory and Practice, Present and Future*, Intersentia, Cambridge-Brussels, 2015, pp. 438 ss.

⁹ Cfr. C. Bernasconi, *Dalla vittimologia al vittimocentrismo*, in *disCrimen*, 12 marzo 2022, pp. 5 ss. e 17 ss.; D. Benito Sánchez, *Evidencia*, cit., p. 165.

¹⁰ Così R. Maurach, *Deutsches Strafrecht. BT*, I ed., Darmstadt, Hannover, 1952, p. 100

¹¹ Si v. F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale dettato nella R. Università di Pisa. Parte*

dall'altro si oblitera (o si finge in ogni caso di non voler vedere) che il diritto penale ci coinvolge davvero tutti, ancor prima che come vittime, come suoi autori potenziali¹².

Il fatto che assai spesso il principio di *ultima ratio* (per le più svariate ragioni) non sia stato rispettato dal legislatore, però, non dovrebbe certo portare a credere che sia giunto ormai il momento di arrendersi alle frequenti “prassi devianti” degli organi politici o all’atteggiamento deferente che la giurisprudenza costituzionale dei singoli Stati ha sempre adottato in materia, rendendo l’*ultima ratio* un principio alquanto sterile, di cui difficilmente si sarebbe potuta validamente lamentare la violazione¹³. Al contrario, proprio l’“endemico” mancato ossequio prestato al principio di *ultima ratio* dovrebbe spingere ad interrogarsi sempre più in merito alla possibilità e opportunità di venir a rileggere finalmente le sue garanzie e i suoi limiti in un’ottica di “diritto penale costituzionale”, rendendo lo stesso un principio dimostrativo realmente giustiziabile, e non già di mera “etica legislativa” (l’orientamento del diritto penale alla Costituzione, in effetti, pur non potendo in questo caso rappresentare una “formula magica”, in grado di far scomparire automaticamente ogni problema, sembra perlomeno offrire il vantaggio, rispetto alla classica formulazione delle tesi riguardanti l’*ultima ratio* sotto i postulati del diritto naturale, di avere la capacità politica di vincolare in modo più intenso sia il giudice che il legislatore)¹⁴.

3. Da noi – come in molti altri ordinamenti – la scelta più frequentemente percorsa dal legislatore nelle ultime decadi, come detto, è stata quella dell’introduzione di nuovi reati, scartando a priori la possibilità di tutelare validamente beni giuridici tramite le sanzioni approntate dagli altri rami del diritto, e in particolar modo dal diritto civile.

Ciò è accaduto verosimilmente nella convinzione che il *quisque de populo* pensi che ogni fatto non criminalizzato si possa liberamente commettere (magari «pagando un qualche prezzo»)¹⁵ e che, laddove manchi la tutela penale, gli strumenti approntati

*generale*⁵, vol. I, Giusti, Lucca, 1877, p. 46.

¹² Cfr. M. Donini, *Chi è senza reato scagli la prima pietra*, in *Il Riformista*, 30 dicembre 2021.

¹³ Cfr. M. Donini, *Principios constitucionales y sistema penal*, in *Revista General de Derecho penal*, 13, 2010, p. 13; I. Appel, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, pp. 99, 100, 142, 143, 178, 182, 407, 409, 415, 416, 540; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise*, cit., p. 969; J.A. Lascaraín Sánchez, *¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, in *InDret*, 3, 2012, *passim*.

¹⁴ Cfr. J.M. Silva Sánchez, *Malum passionis. Mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Buenos Aires, 2018, p. 42; M. Jahn, D. Brodowski, *Krise*, cit., p. 970; L. Greco, *Verfassungskonformes oder legitimer Strafrecht? Zu den Grenzen einer verfassungsrechtlichen Orientierung der Strafrechtswissenschaft*, in B. Brunhöber, K. Höffler, J. Kaspar, T. Reinbacher, M. Vormbaum (a cura di), *Strafrecht und Verfassung*, Nomos, Baden-Baden, 2013, pp. 17, 18 e 20; F. García de la Torre García, *Crisis del principio penal de ultima ratio. ¿Debemos retomar la orientación constitucional del Derecho penal?*, in *Anales de la cátedra Francisco Suárez*, 1, 2021, pp. 139 ss.

¹⁵ Cfr. M. Donini, *Il diritto penale come etica pubblica: considerazioni sul politico quale “tipo d’autore”*, Mucchi, Modena, 2014, p. 29.

dagli altri rami del diritto – in special modo se parliamo del diritto civile – dovrebbero per ciò solo, già in via di principio, ritenersi insufficienti.

Si tratta di un giudizio sintetico che esprime un comune modo di sentire nel nostro Paese (e anche fuori dall'Italia, per quanto con diverse declinazioni). Un giudizio che deve verosimilmente molto alle riflessioni sviluppate anni or sono da J.C. Coffee, il quale, davanti all'inusitata espansione della legislazione penale nordamericana, nel tentativo di tracciare un'ideale linea di demarcazione tra penale "vero" e diritto sanzionatorio extrapenale, giunse alla conclusione che la distinzione stesse sostanzialmente nel fatto che il diritto penale fissa sempre divieti assoluti, proibizioni, mentre gli altri rami (tra cui ovviamente anche quello civile) dettano precetti che hanno più che altro il valore di oneri, sicché si può sempre pagare il "prezzo" di una sanzione e violarli liberamente, mettendo in conto il costo della loro inosservanza¹⁶. Un giudizio che risulta inoltre centrato su una non «esaltante» visione cinico-utilitarista della società odierna, in cui ogni individuo, «per capire che cosa è il diritto», guarderebbe sempre e solo a «quali conseguenze comporti la sua violazione, dato che "in coscienza" il diritto non» lo obbligherebbe affatto¹⁷; in breve, sulla classica lettura data dal giudice O.W. Holmes dell'essere umano, ossia quella del "*bad man*" abituato a non distinguere tra sanzione e tassa, nel suo realismo utilitarista che guarda alle sole conseguenze delle proprie azioni¹⁸.

Sarà forse l'ottimismo speranzoso della gioventù, ma crediamo che questa visione disillusa possa in realtà rivelarsi oggi meno precisa di quanto potrebbe a prima vista apparire. Non perché si creda, secondo l'insegnamento Leibniziano, che quello in cui viviamo sia "il migliore dei mondi possibili". Non siamo di certo il Candido di Voltaire e sappiamo bene quanto di vero ci sia nella risalente constatazione che «dal legno storto dell'umanità non si è mai cavata una cosa dritta»¹⁹. Quel che crediamo, più semplicemente, è che a far apparire il diritto civile un'inadeguata alternativa di tutela, in realtà, abbia più di ogni altra cosa contribuito (giacché tutte le precedenti considerazioni sembrano potersi ricondurre a ciò) lo statuto meramente compensativo assegnato alla R.C., che è intervenuto a depurare la stessa da ogni funzione diversa da quella più strettamente riparatoria, votando le sue sanzioni al mero ripristino dello *status quo ante*.

Infatti, è proprio da questa funzione attribuita alla R.C. che si è potuta ricavare la vera argomentazione della ritenuta insufficienza del diritto civile a tutelare le vittime

¹⁶ J.C. Coffee, *Paradigms Lost: The Blurring of the Criminal and Civil Law Models - And What Can Be Done About It*, 101, *Yale Law Journal*, 1991-1992, pp. 1875 ss. e 1882 ss.

¹⁷ Cfr. M. Donini, *Il diritto penale come etica*, cit., p. 28.

¹⁸ Cfr. O.W. Holmes, *La via del diritto*, in Id., *Opinioni dissenzienti (trad. it. a cura di C. Geraci)*, Giuffrè, Milano, 1975, pp. 255 ss.

¹⁹ Si tratta della famosa frase di Kant, ampiamente commentata da I. Berlin, *Il legno storto dell'umanità. Capitoli della storia delle idee (trad. it. a cura di H. Hardy)*, Adelphi, Milano, 1994, pp. 38 ss., 77 ss.

attuali e future dei fatti illeciti (quella che, perlomeno, sembra dotata di una consistenza più giuridica), ossia l'asseritamente limitata coerenza e capacità punitivo-deterrente delle sue sanzioni. Quale potere insidioso e terribile dello Stato, da limitare ai soli casi di "stretta necessità", il diritto penale, invero, non avrebbe di certo – qualora i rimedi civilistici fossero stati considerati altrettanto efficienti nella prevenzione degli illeciti – potuto essere "sbandierato" come un "valido" spauracchio, come uno strumento di tutela vieppiù promozionale di beni-valori che ben avrebbero invece potuto salvaguardarsi altrimenti.

4. Alla R.C., come si sa, è sempre stato – almeno a partire da un certo momento storico – affibbiato il compito preminente di ristorare la vittima dal danno patito. È stata in particolare la Seconda Scolastica ad aver per prima ricostruito organicamente la R.C. sulle fondamenta aristoteliche della giustizia commutativa, ovvero sul principio che impone a chi abbia cagionato un danno di ristabilire lo *status quo ante*, rimediando alle conseguenze pregiudizievoli della propria condotta²⁰. Una lettura che ha attraversato indenne i secoli, portando progressivamente a fare della reintegrazione (o compensazione) la finalità centrale (se non addirittura esclusiva) dell'istituto, con conseguente emarginazione di tutte le altre possibili funzioni allo stesso assegnabili.

Dalla natura preminentemente compensativa accordata al rimedio aquiliano è stata poi ricavata, quale precipitato diretto, la regola della c.d. riparazione integrale, in virtù della quale il danneggiato dovrebbe in linea di massima ricevere dal responsabile dell'illecito nulla di meno e nulla di più di ciò di cui l'illecito lo ha privato²¹. A questa regola si associano poi, come suoi portati: a) l'impossibilità di venire a obbligare il convenuto – quali che siano la crudeltà delle sue azioni o i profitti ritratti dall'illecito – al pagamento di una somma eccedente l'entità del pregiudizio arrecato; b) l'irrelevanza, nei giudizi fondati sulla colpa dell'agente, dell'eventuale divario ravvisabile fra la lievità delle mancanze addebitabili al medesimo e la gravità degli effetti prodotti²².

Ora, è evidente che se scopo ultimo del diritto civile fosse realmente solo quello di ripristinare la situazione preesistente, come la prevalente dottrina civilistica non ha mancato di predicare per oltre tredici secoli, ben difficilmente tale ramo del diritto potrebbe assolvere appieno a quelle funzioni che sono state tradizionalmente assegnate al diritto penale: punire il reo per il male commesso, prevenire la commissione di

²⁰ Cfr. H. Thieme, *Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la seconde scolastique espagnole?*, in P. Grossi (a cura di), *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 7 ss. e 14-21; J. Gordley, *Tort Law in the Aristotelian Tradition*, in G. Owen (a cura di), *Philosophical Foundation of Tort Law*, Oxford UP, New York, 1995, 131 ss.

²¹ Cfr. G.P. Chironi, *La colpa nel diritto civile odierno*, vol. II, *Colpa extra-contrattuale*, II ed., F.lli Bocca, Torino, 1906, p. 362; C. Castronovo, *Responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 2019, p. 30.

²² In proposito si v., per tutti, M. Bussani, *L'illecito civile*, in P. Perlingieri (diretto da), *Trattato di diritto civile del Consiglio nazionale del notariato*, V.1, Esi, Napoli, 2020, p. 126.

ulteriori condotte analoghe da parte della collettività, rieducare l'autore del reato e/o indurlo, comunque, ad un comportamento più osservante in futuro.

Sotto gli occhi di tutti, in effetti, sono i *deficit* in termini di effettività che uno statuto della R.C. realmente incentrato sulla mera compensazione può presentare, e che senz'altro potrebbero rendere lo stesso un invalido strumento di prevenzione degli illeciti. Si pensi, solo per citarne alcuni, ai casi in cui la condotta leda in modo significativo un bene giuridico di speciale rilievo (ad es. un diritto inviolabile della persona), senza però innescare alcuna vicenda produttiva di danno²³. Si pensi, poi, a quelle fattispecie in cui ci si confronta con violazioni non produttive di depauperamenti patrimoniali²⁴ o con illeciti dolosi e lucrativi che consentono all'autore dell'illecito di trattenere per sé una parte del profitto ingiustamente ottenuto all'esito del risarcimento integrale del danno causato alla vittima²⁵. In tutti questi casi il rimedio approntato dal diritto civile risulterebbe a dir poco ineffettivo²⁶. Aderendo a una simile riduttiva visione della R.C., l'inutilizzabilità degli strumenti messi in campo dal diritto civile per colmare i "vuoti di tutela" eventualmente lasciati dal doveroso ritrarsi del diritto penale in una logica di *extrema ratio* ne uscirebbe automaticamente confermata²⁷.

5. Senonché, il mito della "R.C. compensativa", sopravvissuto sino ai giorni nostri, come molti di quei concetti che hanno sedimentato troppo a lungo nella storia delle idee, sembrerebbe ormai esser divenuto soltanto l'ennesimo *idòla theatri*. Affermato come un dogma, ma ripetutamente sconfessato nella prassi, ad una più attenta considerazione esso rivela ormai tutte le sue inevitabili criticità.

Al di là delle molte ragioni pratiche che potrebbero giustificare la necessità di

²³ Ad es. si potrebbe citare la vicenda decisa dalla Corte d'Appello dell'Ontario, sent. *Jones v. Tsige*, 2012 ONCA 32, 108 O.R. (3d) 241, in cui Winnie Tsige, dipendente di banca, approfittando della propria posizione lavorativa, effettuò ben 174 accessi sul conto corrente della collega Sandra Jones, raccogliendo, in tal modo, dati personali ed economici riguardanti la stessa, senza peraltro mai far uso o diffondere le informazioni illecitamente acquisite.

²⁴ Cfr. C. De Menech, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Cedam, Padova, 2019, p. 36.

²⁵ Cfr. R. Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Utet, Torino, 1959, p. 114; G. Spoto, *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e dir. priv.*, 2, 2018, pp. 489 ss.; A. Pisani Tedesco, *Il problema della responsabilità civile compensativa. Studio per un rimedio risarcitorio effettivo*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 60 ss.

²⁶ D'altro canto, anche tra gli autori contrari ad approntare forme di risarcimento ultra-compensative si riconosce che «vi sono campi, come quelli della disciplina *antitrust* o della difesa dei consumatori nelle relazioni di mercato [...] nei quali gli illeciti sono frequenti ma la» R.C. «non sempre appare in grado di porvi rimedio o [...] di spingere ad evitarli» [M. Barcellona, *La responsabilità civile*, in S. Mazzamuto (diretto da), *Trattato del Diritto Privato*, vol. VI, tomo I, Giappichelli, Torino, 2021, p. 435].

²⁷ Cfr. B. Schünemann, *Rechtgüterschutz, ultima ratio und Viktimodogmatik – von den unverrückbaren Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstat*, in von A. von Hirsch, K. Seelmann, W. Wohlers (a cura di) *Mediating principles. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 25 ss.

risarcimenti ultra-compensativi e che hanno già spinto una parte significativa della più recente dottrina civilistica (come pure della giurisprudenza) a patrocinare visioni polifunzionali della R.C., guardando con attrattiva anche alla funzione deterrente di quest'ultima e al modello anglosassone dei *punitive damages*²⁸, è infatti certo che «la tensione riparatoria, a dispetto della proclamata centralità della funzione compensativa e della saldezza dei suoi corollari, non» sembri, «da sé sola», più in grado di «spiegare la totalità dei fenomeni raccolti» oggigiorno «sotto l'ombrello» della R.C.²⁹.

Le ragioni sono molteplici e ovviamente non è qui possibile esaminarle tutte. Volendo provare ad elencarne almeno alcune, potremmo *in primis* menzionare il fatto che se tale finalità fosse veramente il motore unico del processo aquiliano, essa dovrebbe attivarsi ogniquale volta si verifici un danno ingiusto, mentre ciò sovente non accade, essendovi numerose limitazioni legislative che fissano la riparazione ad un livello più basso rispetto all'effettivo pregiudizio subito dalla vittima³⁰.

Inoltre, è anche certo che far ruotare i rimedi extracontrattuali soltanto attorno alla reintegrazione della posizione della vittima aprirebbe insanabili contraddizioni con tutta l'area attuale della R.C. per colpa, giacché se la R.C. fosse davvero solo finalizzata alla “compensazione” sarebbe assai più opportuno per la stessa prescindere sempre e comunque dalla valutazione di qualsiasi profilo di carattere soggettivo attinente alla condotta del danneggiante³¹.

Infine, bisogna necessariamente tener conto del fatto che già esistono numerose figure sanzionatorie tipizzate in cui la quantificazione della prestazione pecuniaria dovuta dall'autore dell'illecito – ora rimessa completamente all'equità giudiziaria (ad es. art. 96, co. 3, c.p.c., e più in generale la liquidazione del danno non patrimoniale), ora forfettizzata *ex ante* dalla legge (ad es. art. 129-bis c.c.; art. 3, co. 3, l. n. 198/1992; art. 3, l. m. 386/1990; art. 7 Reg. 261/2004/Ce), ora legata a parametri che comunque

²⁸ A favore dell'accentuazione delle potenzialità sanzionatorie della R.C., oltre a Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Foro it.*, 1, 2018, c. 2054 ss. (con nota di C. Salvi, *Le funzioni della responsabilità civile e il volto italiano dei danni punitivi*), v. E. del Prato, *Conclusioni. Spigolature sul risarcimento punitivo*, in U. Perfetti (a cura di), *Il punto sui così detti danni punitivi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2019, p. 297 e gli autori citati da M. Bussani, *L'illecito*, cit., p. 141, nt. 483. Per l'osservazione che «l'antica scelta “positiva”» di assegnare alla R.C. una funzione meramente riparatoria del danno sofferto «non sembra compatibile con l'attuale quadro assiologico dell'ordinamento civile» e, «anzi, essa rappresenta un freno – da rimuovere – per l'enforcement dei diritti», cfr. poi le riflessioni di A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., p. 75; F. Quarta, *Risarcimento e sanzione nell'illecito civile*, Esi, Napoli, 2013, p. 49, nt. 95.

²⁹ Come avverte M. Bussani, *L'illecito*, cit., pp. 130 ss.

³⁰ Cfr. G. Ponzanelli, *I danni punitivi*, in P. Sirena (a cura di), *La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei Principles of European Tort Law*, Giuffrè, Milano, 2011, pp. 319 e 326; C. Salvi, *Il paradosso della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 12, 1983, pp. 129 ss.; M. Bussani, *L'illecito*, cit., pp. 128.

³¹ Per tutti si v. C. Maiorca, voce *Colpa civile (teoria gen.)*, in *Enc. dir.*, vol. VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 557.

nulla hanno a che vedere con l'entità della compromissione dei beni del leso (ad es. art. 12 l. 47/1948, art. 4 d.l. n. 259/2006) – non risulta perfettamente parametrata all'entità del nocumento arrecato con l'illecito, finendo così per non riflettere affatto l'asserita vocazione meramente “riparatoria” e “compensativa” della R.C.³².

Certo, la dottrina ha spesso mostrato una decisa riluttanza ad ammettere la natura punitiva di queste figure, come pure la loro capacità d'imprimere un mutamento genetico-funzionale al complessivo sistema della R.C. Alle stesse, in effetti, si è spesso attribuita la consistenza di misure: a) non punitive³³; b) sanzionatorie e deterrenti, ma non risarcitorie ed estranee, quindi, all'area della R.C.³⁴. Un atteggiamento derivante dall'errato metodo d'indagine seguito, che in maniera non del tutto condivisibile ha spinto o a trincerarsi dietro preconcepite convinzioni in merito a cosa debba intendersi per “risarcimento”, oppure, ancor peggio, ad esplorare «l'area posta al di là dei confini del sistema della» R.C. «avvalendosi» quasi soltanto «della lente» d'ingrandimento del diritto penale», ossia compiendo «un aprioristico» e «arbitrario richiamo a concetti validi» all'interno di quest'ultimo ramo del diritto soltanto quali unici termini di paragone per valutare la finalità punitiva di una data conseguenza giuridica³⁵, conseguentemente escludendola tutte le volte in cui non si fosse data la presenza di tutti i contrassegni tipici della pena criminale.

Senonché, l'estremo tentativo dottrinale di spingere fuori dall'area della R.C. queste varieguate ipotesi di “risarcimenti” punitivi e deterrenti, in quanto ritenuti non perfettamente sovrapponibili al risarcimento vero e proprio, non risulta particolarmente convincente: a) in primo luogo, perché ritenere che il risarcimento e la R.C. in genere debbano necessariamente compensare e basta sembra una conclusione aprioristica e non strettamente necessitata (si vorrebbe dire, cadendo verosimilmente in un circolo ermeneutico vizioso, che la R.C. compensa perché il risarcimento non può che essere compensativo e che il risarcimento è meramente compensativo perché la R.C. non può che compensare, ma entrambe le premesse sembrano indimostrate e risultano il frutto di una libera scelta, non di qualità immanenti a questi istituti, dal momento che né il concetto di risarcimento né la R.C. sono entità fisse e precostituite *in rerum natura*); b) in secondo luogo, poiché dalla premessa che tutte le prestazioni sanzionatorie ravvisabili in diritto civile non potrebbero comunque considerarsi risarcimenti (perché

³² Per un inventario di fattispecie non votate alla mera “compensazione”, cfr. C. De Menech, *Le prestazioni*, cit., pp. 144 ss.; A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 52 e 191 ss.; M. Bussani, *L'illecito*, cit., §§ 60-61.2, 65-67, 83.3, 87-91; P. Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Giappichelli, Torino, 1974, pp. 21-29.

³³ Così, ad es., S. Mazzamuto, *La comminatoria di cui all'art. 614-bis c.p.c. e il concetto di infungibilità processuale*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, pp. 968 ss., arriva a negare la natura punitiva della disposizione da lui commentata in ragione del fatto che la fattispecie non rispetta l'art. 25, co. 2, Cost., e non prevede neppure il «dolo o [...] un fatto psicologico equipollente» come elemento costitutivo.

³⁴ Cfr. C. Granelli, *In tema di «danni punitivi»*, in *Resp. civ. prev.*, 6, 2014, pp. 1760.

³⁵ Critico su tale metodica d'indagine, anche A. Marini, *La clausola penale*, Jovene, Napoli, 1984, p. 23.

il risarcimento sarebbe ontologicamente privo di componenti afflittive), non sembra possa automaticamente ricavarsi come conseguenza necessaria l'estraneità di queste figure all'area della R.C.³⁶.

Relativamente invece all'affermata natura non punitiva di molte ipotesi sanzionatorie ravvisabili nel sistema della R.C., essa sembra rappresentare soltanto il frutto di un'errata metodica d'analisi, giacché è alla teoria generale – e non al diritto penale – che spetta «lo studio concettuale del diritto, volto ad individuare i concetti puri»³⁷ di cui il giurista si avvale, volta per volta, nello studio della propria branca di interesse. Partire dalla premessa per cui avrebbero funzione punitiva solo le sanzioni in grado di ripetere integralmente le caratteristiche della sanzione penale (come si è talora opinato), porterebbe inevitabilmente a dover negare la possibilità stessa di assegnare una qualsivoglia dimensione punitiva al diritto privato (o ad altro ramo del diritto), con un risultato che verrebbe ricavato ancora una volta aprioristicamente, e non già in via interpretativa, desumendolo dalla struttura realmente recata dalle fattispecie ravvisabili all'interno del sistema della R.C.

Ragion per cui, di fronte alla difficoltà di rinvenire in via diretta nel sistema del diritto privato gli schemi concettuali idonei a spiegare agevolmente la *ratio* di alcune sanzioni in esso riscontrabili, di certo preferibile sarebbe avvalersi del sapere neutro della teoria generale, anziché prendere in prestito gli schemi concettuali che sono propri di altri specifici settori disciplinari. Ci si potrebbe così convincere del fatto che almeno alcune delle reazioni approntate dal diritto civile, anche se non sono vere e proprie “pene” (o si ritengono non riportabili pienamente alla nozione classica di “risarcimento”), senz'altro hanno l'attitudine di punire l'agente e appartengono di diritto al sistema della R.C., contribuendo ad annettere a quest'ultimo anche funzioni diverse dalla mera “compensazione”.

Anche perché continuare a professare l'estraneità del meccanismo tipico della “punizione” al sistema della R.C. (sol perché le figure ivi ravvisabili non rispondono del tutto ai requisiti della pena criminale o si ritengono estranee alla tradizionale concezione che si ha del “risarcimento”) non sembra avere molto senso, quando, guardando al diritto applicato, alla *law in action*, ci si avvede immediatamente del fatto che la giurisprudenza, al di là delle declamazioni formali ancora oggi (in parte) orientate a favore dell'asserita impossibilità di venir ad imprimere una curvatura sanzionatoria alla stessa (quantomeno al di fuori delle “speciali” fattispecie ultra-compensative menzionate), frequentemente finisce per punire eccome il danneggiante, occultando tale esito dietro massime mentitorie o percorsi argomentativi volutamente

³⁶ Cfr. M. Dellacasa, *Punitive damages, risarcimento del danno, sanzioni civili; un punto di vista sulla funzione deterrente della responsabilità aquiliana*, in *Contr. e impr.*, 4, 2017, pp. 1142 ss. e 1150-1151.

³⁷ Così G. Tarello, *Filosofia del diritto*, in S. Cassese (a cura di), *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, Il Mulino, Bologna, 1978, p. 58.

involuti e contorti³⁸.

Si tratta di una tendenza volta a «nascondere o criptare il vero statuto della R.C., e in particolare gli scopi e la *policy* sottesi al giudizio risarcitorio» realmente ritenuti prevalenti dai giudici, che reca con sé il pericolo d'incrinare «fortemente l'esigenza di certezza del diritto, nonché quella di controllo, anche democratico, sulla razionalità delle decisioni». Affidando «la sanzione delle condotte più odiose e delle sfumature di dolo più sfacciate e deplorevoli alla sensibilità del singolo magistrato, e alla di lui capacità argomentativa di rendere tale punizione coerente con gli antichi dogmi», invero, «si rischia di rendere al sistema – e alla sua coerenza – un ufficio peggiore di quello che pur, in tesi, si vorrebbe evitare, ove si ammettesse esplicitamente una componente sanzionatoria (di *default*) nel giudizio risarcitorio».

La giurisprudenza è palesemente già convinta della necessità di dover accordare al diritto civile funzioni sanzionatorie e deterrenti, ma nella ritenuta esigenza di dover far passare tale convincimento in un sistema complessivamente animato da opinioni contrarie, essa si trova costretta ad “agire nell'ombra”, redigendo massime “ingannevoli” e rendendo impossibile al convenuto e ai consociati quel controllo sulla razionalità delle decisioni, pur nel ridotto spazio operativo ad oggi concesso dall'art. 360, n. 5, c.p.c., che sarebbe invece doveroso garantire³⁹.

Stando così le cose, perciò, vien naturale di chiedersi se non sia arrivato il momento di abbandonare del tutto il tralatizio dogma della natura meramente compensativa della R.C., giacché esso sembra non avere più un effettivo riscontro nel mondo reale e non si vede quale sia l'utilità – anche sistematica e dogmatica – di conservare una simile narrazione giuridica del rimedio risarcitorio, oramai a tal punto scollata dalla realtà da poter risultare finanche un po' ipocrita⁴⁰.

6. In virtù del permanente ossequio prestato da una parte considerevole della dottrina e giurisprudenza (almeno formalmente) all'immaginifica visione della “R.C. compensativa” e della situazione di panpenalizzazione in cui versa, al contrario, l'attiguo sistema penale, ci troviamo in una realtà in cui ormai nessuno dei due plessi ordinamentali sembra più in grado di assolvere alle sue funzioni elettive: a) il diritto civile in quanto “nemmeno ci vuole provare”, ancorandosi a riduzionistiche e inefficaci

³⁸ Già P. Cendon, *Il profilo della sanzione nella responsabilità civile*, in *Contr. e impr.*, 1989, p. 890, aveva avuto modo di far emergere alcuni «inganni» della giurisprudenza.

³⁹ Cfr. per le citazioni A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 62 e 78-88 (anche per ulteriori riferimenti giurisprudenziali).

⁴⁰ Cfr. il pensiero di Calabresi riportato da N. Brutti, *Una conversazione con Guido Calabresi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1, 2015, p. 34: «bisogna sempre rapportarsi al mondo reale, non si può pensare, se le condizioni reali differiscono rispetto alla teoria, che sia il mondo ad essere folle»; v. anche G. Iorio, *Corso di diritto privato*, IV ed., Giappichelli, Torino, 2020, pp. 403 ss., 603 ss., 786 ss., che insegna alla *cupidae legum iuventuti* che la R.C. assolve una pluralità di funzioni e che molte grandi narrazioni civilistiche oggi non sono più idonee a descrivere compiutamente la realtà.

concezioni della R.C.⁴¹; b) il diritto penale, invece, perché “ci vuole provare troppo”, ma penalizzando a dismisura anche fattispecie che non abbisognerebbero di “entrare nelle sue grazie”, fallisce miseramente nel compito di accordare una tutela davvero effettiva pure a quelle poche ipotesi che realmente avrebbero bisogno di ricadere sotto i suoi rigori. Non a caso, se la letteratura penalistica, tradizionalmente, ad ogni piè sospinto, non ha mancato di denunciare l’irragionevolezza dell’uso smodato che è stato fatto del diritto penale, non stupisce che anche la dottrina civilistica abbia ormai iniziato a mettere in discussione la tenuta costituzionale del sistema aquiliano, in quanto anch’esso, ove letto attraverso le lenti della sola “compensazione”, sembra fornire risposte sproporzionate (soprattutto per difetto) ai fatti illeciti di sua pertinenza⁴².

A fronte di questa situazione di “cortocircuito” sistematico, v’è da chiedersi se non sia perciò arrivato il momento di operare un doveroso *rearrangement* tra “penale” e “civile”, sfruttando magari il ravvisato «chiasmo funzionale»⁴³ che va delineandosi negli ultimi anni (a livello teorico e legislativo) tra le sanzioni approntate da questi due rami del diritto (anche nel penale, infatti, inizia ad emergere la “riparazione”)⁴⁴, per restituire finalmente efficienza, equità e giustizia a un sistema che, considerato unitariamente⁴⁵, negli ultimi anni ha faticato non poco nell’assolvere ai propri compiti

⁴¹ Come osserva G. Calabresi, *The Complexity of Torts – The Case of Punitive Damages*, in M. Stuart Madden (a cura di), *Exploring Tort Law*, Cambridge UP, Cambridge, 2005, p. 334, il “riduzionismo” è un veleno per il diritto civile, e più in particolare per la *tort law* (non così, ovviamente, per il penale).

⁴² Si v. A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., pp. 76-77.

⁴³ Di cui parla F. Giunta, *Ghiribizzi penalistici per colpevoli. Legalità, “malalegalità”, dintorni*, ETS, Firenze, 2019, p. 189.

⁴⁴ Come osserva G. Martiello, “Civile” e “penale”: una dicotomia sanzionatoria davvero superata? *Overrosia, quando il risarcimento del danno vuole “punire” il reo*, in *Criminalia*, 2017, p. 355, «se la riparazione del danno si pone come condotta antagonista che effettivamente è in grado di compensare il disvalore espresso da una certa fattispecie criminosa [...] allora non si dovrebbe avvertire alcuna difficoltà a ritenere appropriata quale sanzione del comportamento illecito direttamente la riparazione privatistica dell’offesa o poco più».

⁴⁵ Come ammonisce A. Lasso, *Riparazione e punizione nella responsabilità civile*, Jovene, Napoli, 2018, pp. 28-30, la dicotomia tra “pubblico” e “privato” andrebbe «rimeditata, alla luce dei bisogni nuovi di una realtà» che spinge sempre più verso il «superamento di distinzioni rigide e inadeguate rispetto alla preminente esigenza di unitarietà dell’ordinamento». Sul punto v. poi P. Perlingieri, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, 1, pp. 455 ss.; Id., *Complessità e unitarietà dell’ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 20 ss. e 188 ss. Di quest’ultimo vanno in particolar modo ricordate le considerazioni sviluppate in merito alla necessità di superare visioni atomistiche del diritto pubblico e privato e di cercare di affrancarsi il più possibile dall’idea che la tutela della persona umana debba per forza di cose passare per la disciplina penale, essendo invece l’ordinamento giuridico nel suo complesso, alla luce dei valori sui quali si fonda, a dover approntare gli opportuni presidi [Id., *La personalità umana nell’ordinamento giuridico*, Esi, Napoli, 1972, pp. 10-12]. Come lo stesso ha osservato [Id., *Rapporti costruttivi fra diritto penale e diritto civile*, in Id., *L’ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Esi, Napoli, 2006, pp. 167 ss. e spec. 179], invero, dalla «considerazione della Carta costituzionale come struttura portante del vigente ordinamento» sembra discendere un sistema «caratterizzato da prospettive assiologiche unitarie per il diritto civile e penale».

istituzionali.

Anche perché le evoluzioni registratesi in materia di R.C. potrebbero rendere il diritto civile uno strumento di prevenzione e orientamento assai meno insoddisfacente di quanto è stato sinora ritenuto⁴⁶, nonché uno strumento in grado di favorire lo sviluppo di un'identità socioculturale attorno a valori minimi condivisi, senza per questo dover drammatizzare il rapporto tra Stato e società civile a favore delle leggi più autoritarie dell'ordinamento⁴⁷, che è ciò che accade, invece, quando s'identifica l'etica pubblica con il diritto penale, facendo di quest'ultimo uno strumento anomalo di pedagogia coatta, nonché la prima e unica *ratio* di tutela dell'ordinamento.

Venendo a “potenziare” funzionalmente la R.C., così da restituire finalmente al diritto penale i suoi imprescindibili caratteri di frammentarietà e *ultima ratio*, si potrebbe in effetti raggiungere un più equo sistema di reazione ai torti (penali e civili), dove il diritto penale non reprima più del dovuto e il diritto civile appronti misure efficaci e dissuasive a tutela dei fatti ritenuti non bisognosi di pena, come da sempre auspicato da parte di alcuni interpreti⁴⁸.

Bisognerà verificare strada facendo la fattibilità di una simile operazione, ma di certo i tempi sembrano maturi per poter svolgere riflessioni non più fuorviate dal preconconcetto di dover prestare necessariamente ossequio al dogma della natura meramente compensativa della R.C. Ed è questo un presupposto a dir poco essenziale

⁴⁶Alcune recenti indagini empiriche – effettuate in ordinamenti in cui la disponibilità di danni punitivi ha incentivato all'azione molti cittadini – hanno consentito di porre in evidenza la netta prevalenza, in termini di efficacia deterrente, che l'*enforcement* privato può presentare, specie se riletto in senso più “punitivo”, rispetto al tradizionale *enforcement* penale e amministrativo [R.H. Lande, J.P. Davis, *Comparative Deterrence from Private Enforcement and Criminal Enforcement of the U.S. Antitrusts Laws*, in *Brigham Young University Law Review*, 2011, pp. 315 ss.; S.J. Choi, A.C. Pritchard, *SEC Investigations and Securities Class Actions: An empirical Comparison*, in *J. Empirical Legal Stud.*, 13, 2016, pp. 27-49; C.R. Albiston, L. Nielsen, *The Procedural Attack on Civil Rights: The Empirical Reality of Buckhannon for the Private Attorney General*, in *UCLA L. Rev.*, 54, 2007, pp. 1087 ss.].

⁴⁷La «responsabilità civile può» infatti assumere su di sé anche compiti organizzativi e «di “controllo” delle dinamiche sociali, soprattutto quando si propone di disincentivare comportamenti difformi rispetto ai canoni posti alla base della civile convivenza» [A. Lasso, *Riparazione*, cit., p. 28], inducendo i consociati a «strutturarsi da sé, così da evitare di trovarsi a pagare dei danni in conseguenza del loro comportamento» [sulla R.C. come strumento di organizzazione e controllo cfr. già P.G. Monateri, *Alle soglie di una nuova categoria risarcitoria: il danno esistenziale*, in *Danno resp.*, 1999, p. 9; R. Di Raimo, *Note minime su responsabilità civile e funzione di “costruzione del sistema”*, in *Riv. dir. impr.*, 2012, pp. 111 ss.; F. Quarta, *Risarcimento*, cit., pp. 17 ss.]. Da un «punto di vista di politica del diritto» è poi certo che anche «il risarcimento dei singoli beni giuridici integra un messaggio simbolico-educativo e di denuncia»; «un chiaro monito ai trasgressori potenziali circa il reale valore» di talune «prerogative» [A. Pisani Tedesco, *Il problema*, cit., p. 100].

⁴⁸Cfr. F. Bricola, *Carattere “sussidiario” del diritto penale e oggetto della tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1984; Id., *La riscoperta delle “pene private” nell'ottica del penalista*, in F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, Giuffrè, Milano, 1985, pp. 27 ss. (ove si proponeva di risolvere i problemi legati all'inflazione penalistica proprio tramite un *revival* della pena privata); C. Masieri, *Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione civile pecuniaria”*, in *Dir. pen. cont.*, 1° aprile 2015, pp. 8 ss.

se si spera di perfezionare in futuro efficaci strategie di contrasto a problemi che col tempo sembrano esser divenuti pressoché insormontabili.

Piero Marra

“OLTRE LA MISURA”. CONSIDERAZIONI BREVI SU RAGIONAMENTO E
CALCOLABILITÀ GIURIDICA * **

ABSTRACT

Il diritto somiglia molto ad una impresa (umana) soggetta a differenti gradi di insuccesso, non circoscrivibile entro confini ben precisi. Il che svela le sue molte facce: un insieme, non ordinato, di elementi espliciti [*explicit law*] e di elementi impliciti [*implicit law*] radicati nell'ordine sociale. Entrambi hanno il loro peso per la comprensione della giuridicità, poiché il diritto non può essere ricondotto alla sola “volontà esplicita” [*fiat*] o alla “pura ragione implicita” [*reason*], ma servono entrambe. Lo si può vedere, in particolare, con alcune figure significative della dogmatica giuridica come è quella dell'abuso del diritto. Su tale figura si concentreranno le pagine che seguono per evidenziare che ci sono campi dell'esperienza giuridica ove la costruzione della fattispecie sembra essere di difficile misurazione in base a calcoli computazionali.

The law is very similar to a (human) enterprise subject to different degrees of failure, not circumscribed within precise boundaries. It reveals its many faces: an unordered set of explicit [*explicit law*] and implicit elements [*implicit law*] rooted in the social order. Both have their weight for the understanding of legality, since law cannot be traced back to “explicit will” [*fiat*] or “pure implicit reason” [*reason*] alone, but both are needed. This can be seen, particularly, with some significant figures of legal dogmatics such as that of the abuse of law. The following pages will specifically focus on this figure, aiming to highlight that there are fields of legal experience where the construction of the legal case seems to be difficult to measure through computational calculations.

PAROLE CHIAVE

Abuso del diritto – calcolo algoritmico –

Abuse of law– algorithmic calculation – legal reasoning

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dovere di rispettare il diritto altrui nella definizione dell'abuso del diritto. – 3. (Segue:) una prima fisionomia. – 4. (Segue:) dovere e antigiuridicità. – 5. (Segue:) la costruzione della fattispecie completa. – 6. (Segue:) il ruolo dell'interprete. – 7. Profili problematici della

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

** Parte degli argomenti di questo saggio sono stati esposti in occasione del XXXII Congresso della Società italiana di Filosofia del diritto “Il lato oscuro del diritto”, Palermo 22–24 settembre 2022.

calcolabilità giuridica nell'abuso del diritto. – 8. Dimensioni implicite al diritto. – 9. Il carattere costitutivo della intenzionalità nel diritto.

1. In *The Merchant of Venice* [1596–1598], William Shakespeare racconta del ricco e potente Shylock il quale, non avendo ottenuto i tremila ducati dati in prestito, esige il pagamento della penale pattuita: una libbra di carne presa dal corpo del proprio debitore, Antonio; non anche «una sola goccia di sangue cristiano»¹. È quanto stabilisce il contratto. Si tratta del noto artificio retorico usato da Porzia nei panni di difensore del malcapitato mercante.

L'argomento mette soprattutto in discussione il valore stesso della legge, nel suo garantire la vincolatività delle clausole contrattuali. Si tratta di una vuota pretesa che, invero, rimane icasticamente inesigibile perché minaccia la vita altrui. A determinarne l'inapplicabilità vi è, d'altro canto, l'equità a cui il diritto sempre è riconducibile e che è persino capace di invalidare ogni condotta irragionevolmente antiggiuridica².

Il mercante è così salvo!

Un esito, questo, probabilmente meno scontato se si volesse affidare il giudizio ad una “Macchina” che si «abbandona alle acrobazie della più alta analisi matematica con disinvoltura, ma anche che non deve preoccuparsi di verificare i risultati»³.

Al centro vi è il tema centrale dello stretto legame tra la virtù e la pratica del diritto⁴. La scienza giuridica, infatti, suppone anche il giudizio estetico alla ricerca della giustizia del caso particolare (la greca *epieikeia*) sino a discostarsi dalla legge scritta⁵. E finanche dalla potenza del calcolo. Non è certo il ragionamento rigoroso proprio della logica sillogistica “per determinazione [*determinatio*] e per conclusione [*conclusio*]”. Lo è semmai della “logica della percezione” alla base del sentimento comune del valore giuridico nella costruzione di una regola.

¹ W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*, Penguin, London 1995, pp. 299–311; traduzione italiana di A. Lombardo: *Il Mercante di Venezia*, Feltrinelli, Milano 2006, pp. 156–159.

² La tesi è di Antonio Incampo che, nel commentare l'episodio, discute il valore stesso della legge. Le circostanze fanno subito intuire lo sgomento per il vuoto formalismo della legge e delle clausole contrattuali che non hanno nulla a che fare con la vita. Sono senza senso. E se ci sono, sono pure inapplicabili. Cfr. A. Incampo, *Metafisica del processo*, Cacucci, Bari 2016², pp. 89–91. Sull'argomento di Porzia, v. T. Ascarelli, *Antigone e Porzia*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1955, pp. 756–766, poi Id., *Antigone e Porzia*, in Aa. Vv., *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, vol. 2, Utet, Torino 1960, pp. 107 ss.

³ È il tema affrontato nel racconto filosofico-antropologico di Octave Mannoni che narra l'arrivo di una Macchina per l'amministrazione matematica della giustizia, smascherandone limiti e contraddizioni. V. O. Mannoni, *Lettere personali*, Spirali, Milano 2006, pp. 74–75.

⁴ Su tale indirizzo di ricerca, ancora poco coltivato in Italia, si rinvia allo *special issue* a cura di I. Trujillo, *Virtù e pratica del diritto*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2022.

⁵ Il riferimento è alla riflessione sull'equità di Aristotele, *Ars Rhetorica*, Oxonii e Thypographeo Clarendoniano, Oxford 1959, 1374a; traduzione italiana di M. Dorati, *Retorica*, Mondadori, Milano 1996, p. 111.

Si può intravedere la dimensione equitativa del diritto⁶ e l'apertura "etica" del caso alla norma soprattutto in alcune figure come, ad esempio, l'abuso del diritto e la buona fede o, in generale, in tema di clausole generali⁷. Figure che ben mettono in luce i limiti della calcolabilità, soprattutto dinanzi al contenuto axiotico e valoriale di alcuni istituti della dogmatica giuridica.

Resta da questo punto di vista la domanda di fondo: l'applicazione o la costruzione della fattispecie giuridica può essere "misurata" su base computazionale nei casi in cui è invece richiesto un intervento valutativo e integrativo di tipo intenzionale?

Alcune considerazioni fenomenologiche possono essere tracciate, seppure brevemente, guardando all'ipotesi di esercizio "oltre misura" di un diritto.

2. Nella richiesta di Shylock la dottrina tedesca del XIX secolo aveva intravisto un esempio di abuso del diritto (di credito), ma senza troppo preoccuparsi del corrispondente "dovere" di rispettare il diritto altrui⁸. E la figura dell'"abuso del diritto" può considerarsi paradigmatica perché presuppone e consolida l'idea secondo cui nell'esperienza giuridica coesistono anime tra loro complementari ed interdipendenti, tutte connotate in qualche modo dal legame polare tra "essere" [*Sein*] e "dover essere" [*Sollen*]⁹.

Si tratta di uno "strumento" che, anche nel campo del diritto civile, «ha consentito una progressiva erosione [...] della assoluta discrezionalità e della immunità di ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e dell'autonomia privata»¹⁰. Non ha mancato di coglierne la rilevanza il "diritto giurisprudenziale" [*Richterrecht*]

⁶ Il lessico è quello di L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova 1981, p. 36–38 il quale, nell'introdurre il tema della «dimensione dell'individuale» per illustrare quello delle lacune intrasistemiche, si riferisce alla dimensione equitativa del diritto come l'area in cui il singolo si apre alla norma alimentando una vera e propria «etica della situazione».

⁷ K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano 1970, p. 196 ss. sostiene che i concetti-valvola, costituiti essenzialmente dalle clausole generali (ma anche dai c.d. standards e dai c.d. concetti indeterminati), seppur in ambiti limitati, autorizzerebbero una relativa apertura del sistema giuridico a principi e valori direttamente mutuati dall'idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale.

⁸ V. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui. Una figura formale di qualificazione giuridica*, Giappichelli, Torino 2020, p. 9. Cfr. anche V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Giuffrè, Milano 1963, p. 195, nt. che qualifica il comportamento di Shylock «come abuso del diritto di credito per mezzo del diritto stesso».

⁹ È questa l'idea di A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 13–19. Al centro vi è il pensiero di Lon L. Fuller. In base al principio di polarità del diritto, tutte le cose sembrano opposte, ma in realtà sono tra loro complementari ed interdipendenti; esso rappresenta non tanto un tentativo per riconciliare gli opposti, quanto quello di costruire una visione integrata. Ciò implica che l'analisi del diritto, e il metodo usato per comprenderlo, devono essere necessariamente problematici. L.L. Fuller, *Reason and Fiat in Case Law*, in *Harv. Law Rev.*, 59, 1946, pp. 381 e 392. Fuller, tra l'altro, rimanda al «principio di polarità» di Morris Cohen. Questo aspetto è discusso in P.R. Teachout, *The Soul and the Fugue: An Essay on Reading Fuller*, in *Minn. Law Rev.*, 70, 1986, pp. 1105–1110.

¹⁰ S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia Giuridica Il Diritto*, vol. 1, Il Sole 24 Ore, Milano 2008, p. 10. Cfr. anche C. Scognamiglio, *L'abuso del diritto nella disciplina dei contratti*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma 2013, p. 33 ss.

secondo cui il “principio” dell’abuso del diritto mette in correlazione ogni potere agli scopi previsti dall’ordinamento, sicché «il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio»¹¹.

Ancora oggi le indagini attorno alla figura dell’abuso del diritto ripiegano, in particolare, sull’esercizio del diritto soggettivo, ma ignorano il ruolo fondamentale ricoperto dal “dovere di rispettare il diritto altrui”¹². Invero, nel primo caso si tende a rimanere nella fattispecie esplicita ricavabile dal dato normativo e l’abuso tende a verificarsi con il superamento dei limiti interni e non anche per la violazione dell’interesse dell’altro o di un bene giuridico finale.

Lo studio, tuttavia, non può fermarsi alla sola “logica monistica” tutta concentrata sulla fattispecie. L’abuso del diritto ne delinea, d’altronde, la “crisi” perché costringe lo studioso a guardare oltre, alle dinamiche proprie del potere che è effettivo solo se pensato a partire dagli interessi dell’altro che restano per gran parte impliciti¹³.

In questo senso «l’abuso del diritto non è altro che l’uso abnorme di un potere privato diretto a recare nocimento al diritto degli altri, in violazione di un dovere giuridico che ha origine nel diritto altrui e viene specificato solo durante il rapporto giuridico in cui vive»¹⁴.

Vediamone i tratti salienti per caratterizzare un primo fenotipo in cui si può registrare una relativa apertura del sistema giuridico a principî e valori direttamente mutuati dall’idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale; il che richiede un intervento valutativo differente del soggetto-interprete.

3. L’abuso del diritto è innanzitutto pensabile per la presenza della legge, e non per la sua assenza. Il tema trova importanti antecedenti nell’Europa illuminista e lo si può già cogliere negli articoli 6 e 7 della “Dichiarazione dei diritti e dei doveri dell’Uomo

¹¹ Così Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106, in cui si legge: «Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell’abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l’interpretazione dell’atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l’abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall’ordinamento, si avrà abuso. In questo caso il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determinerà il suo abusivo esercizio». Dal canto suo, già la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (2000/C 364/01), stabilisce che nessuna disposizione deve essere interpretata nel senso di imporre ai diritti o alle libertà riconosciute limitazioni più ampie di quelle previste nella stessa Carta (il riferimento è all’art. 54 della Carta).

¹² È questa la tesi centrale del testo di D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit. il quale conduce un interessante studio partendo dalla «figura formale di qualificazione giuridica» come strumento di analisi.

¹³ Al riguardo, N. Irti, *La crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2014, p. 41. Ed ancora, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino 2016, pp. 19 ss.

¹⁴ Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 9–10.

e del Cittadino” recepita dalla Costituzione della Repubblica Francese del 1795¹⁵. Si tratta di testi, espressamente sanciti dinanzi al dominio della legge nella produzione del diritto, che stabiliscono una sorta di “clausola salvatoria” per tutti i casi in cui la legge non è apertamente violata, eppure si dà vita ad una grande iniquità¹⁶.

Non deve dunque stupire che la categoria dell’abuso del diritto è per gran parte ricavata dal “diritto in azione”. Nell’ordinamento italiano l’unica norma codicistica contenente l’esplicita menzione dell’abuso del diritto è nell’articolo 1015 del codice civile che prescrive la cessazione del diritto di usufrutto qualora l’usufruttuario abusi del suo diritto, alienando beni o deteriorandoli o lasciandoli andare in perimento per mancanza di ordinarie riparazioni. La categoria è, invece, generalmente pensata a partire dalle disposizioni in materia di diritti di proprietà. Sempre per il diritto italiano, è l’articolo 833 del codice civile nel divieto di atti emulativi che alcuno mai ha inteso limitare al solo diritto di proprietà senza estenderlo ad altri diritti reali (enfiteusi, servitù o usufrutto) e, in generale, alle dinamiche proprie del rapporto giuridico¹⁷. Basti pensare al diritto di colui che eserciti in maniera ingiustificata il passaggio «con modalità tali da manifestare soltanto un intento nocivo» verso il proprietario del fondo oppure alla circolazione stradale nel caso di deliberati atti emulativi volti ad interferire nella condotta di guida altrui, magari per vendetta o per diverbio¹⁸.

4. L’abuso del diritto si delinea in termini di doverosità, prima che di liceità.

La nostra è l’“età diritti”¹⁹, ma anche di interessi contrapposti. Si è persino iniziato a parlare di «interessi legittimi di diritto privato»²⁰ nonché di strumenti di controllo dell’esercizio del diritto soggettivo e di forme indirette di tutela di interessi privi di altra protezione di diritto sostanziale.

¹⁵ L’articolo 7 è particolarmente interessante perché chi elude la legge con *astuzia e destrezza* non merita protezione. Cfr. A. Saitta, *Costituendi e Costituzione della Francia Rivoluzionaria e Liberale, (1789-1975)*, Giuffrè, Milano 1975, p. 467.

¹⁶ Tali disposizioni sono collocate nella parte prima della Costituzione dedicata, non a caso, ai “doveri”. E all’art. 8, sotto la esplicita rubrica «dei doveri» è collocato anche il diritto di proprietà che era anche un diritto fondamentale dell’uomo, anzi l’emblema dei diritti riconosciuti per ogni individuo.

¹⁷ S. Pugliatti, voce *Beni* (teoria gen.), in *Enc. dir.*, vol. 5, Giuffrè, Milano 1959, p. 173.

¹⁸ Non è neppure un caso che il termine “abuso del diritto” compare nella giurisprudenza francese dell’800 proprio in tema di proprietà per limitare gli eccessi dell’andamento proprietario, senza lasciare passare l’idea che debba considerarsi lecito ogni esercizio di tale diritto. Il tema è ricco di spunti di riflessione storicistici e comparativi e sul punto si rinvia a D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 26–27. Cfr. anche S. Patti, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv.*, vol. 1, Utet, Torino 1987, pp. 2 ss.

¹⁹ Il richiamo è a N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino 1990.

²⁰ Cfr. L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Giuffrè, Milano 1964. Cfr. anche Cass. civ., Sez. Un., 2 novembre 1979, n. 5688, sul sindacato del giudice di merito alla legittimità dell’esercizio di un potere privato. E una importante apertura sull’esistenza di una categoria di interessi legittimi nell’ambito del diritto privato è riconducibile alla dottrina del “motivo” del licenziamento, che ha lo scopo di rendere compatibile il potere datoriale con l’attuazione del diritto al lavoro sancito dall’art. 4 Cost.: al riguardo <http://www.comparazioneDirittocivile.it>, *Appunti per uno studio sistematico dell’interesse legittimo nel diritto privato* di Carlo Mazzù. O ancora con riferimento all’istituto della patria potestà, v. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 16–18.

Se un tempo gli abusi avevano origine dalla assenza di riferimenti normativi certi, oggi l'abuso si verifica in presenza di comportamenti conformi alla legge, ma non per questo giusti. Né si può escludere che si possa avere un abuso dinanzi alla predeterminazione statistica di procedimenti automatizzati ove sono nascosti o non facilmente conoscibili i processi di selezione e formazione dei modelli o protocolli matematici utilizzati. Procedimenti che, d'altro canto, non riescono a prevedere ogni accadimento nel cangiante mondo dei fatti ognuno dei quali è segnato inevitabilmente da *haecceitas*.

In questo modo il tema dell'abuso del diritto conduce ad una prima considerazione. Se si guarda al soggetto che agisce secondo le regole, la condotta non sarebbe mai abusiva perché l'esercizio del diritto o è conforme ai poteri riconosciuti dalla norma o non lo è. Dall'altro lato, la prospettiva muta se si guarda alla "reciprocità" come elemento costitutivo del diritto e dei rapporti giuridici, poiché l'abuso altro non è che la lesione dell'interesse del soggetto "altro" da colui che agisce.

Per aversi abuso occorre, in definitiva, uscire dalla regola.

L'abuso del diritto, dunque, si declina in termini di "dovere": concetto, questo, che risente del carattere "bilaterale-attributivo" proprio delle relazioni giuridiche. La fenomenologia è, in questo senso, molto ricca. Si pensi alla vecchia patria potestà, alla tutela degli incapaci, agli uffici pubblici di cui si può essere investiti. Sono esempi di istituti in cui il potere attribuito dalla legge si accompagna al dovere di conformare la propria azione alla tutela degli interessi di terzi. La norma giuridica non riguarda l'azione di un singolo soggetto, ma la stessa azione rispetto a quella di uno o più individui²¹.

Esistono, d'altronde, poteri in cui i soggetti attivi non hanno di fronte veri e propri soggetti passivi, ma solo individui che risentono o possono risentire gli effetti di una certa azione. Chi subisce tali effetti, persino vantaggiosi come nella tutela degli incapaci, non ha alcun obbligo verso il soggetto agente. Per tale motivo l'esercizio del diritto non è riducibile alla sola "liceità", ma si estende a ciò che è propriamente "doveroso". Ed una condotta opposta al "dovere" è antiggiuridica. Elemento, questo, che, seppure riferibile al soggetto agente, va accertato nei confronti della comunità a cui appartiene.

5. L'abuso del diritto si costruisce partendo dalla fattispecie semplice presente nella norma, per giungere alla fattispecie completa che includa un limite esterno o un valore giuridico finale.

Se l'abuso del diritto è riconducibile alla doverosità, ciò vuol dire che non vi è soltanto la fattispecie strettamente prevista dalla legge a porre i limiti oltre i quali una condotta è considerata abusiva. Ed infatti, non ci si potrebbe riferire al solo contenuto

²¹ W. Cesarini Sforza, *Lezioni di teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1929, pp. 47-48.

della disposizione che consacra il diritto perché non si avrebbe ab-uso, ma osservanza della stessa disposizione. Il limite, pertanto, non può essere espresso dalla norma.

Ci si muove nel campo dei doveri *praeter legem*.

Si può parlare, in questo senso, di “limite esterno”²². Si tratta cioè di un limite non previsto, che riguarda le modalità di esercizio del diritto quando si confronta con i terzi e che si ricava implicitamente dal sistema giuridico e da un valore giuridico protetto.

Nella costruzione della fattispecie completa, tale limite viene reso esplicito dalla intenzionalità del soggetto. Non a caso, il principio di uguaglianza ed il dovere di solidarietà hanno bisogno di specificazione; così come non sono specificate le modalità di concretizzazione del dovere di correttezza e buona fede previsti dagli articoli 1175 e 1375 del codice civile italiano²³.

Il limite esterno si relaziona al contenuto statico del diritto espresso nelle norme e pesa sulle modalità di esercizio del diritto che non sono tipizzate o tipizzabili nella norma (perché se lo fossero, anche le modalità di esercizio diventerebbero condizioni interne alla norma stessa).

Ad esempio, nel caso del divieto di atti emulativi si è portati a ritenere che la fattispecie preveda un limite negativo interno. In realtà mantiene sempre il carattere di limite esterno perché guarda pur sempre alla direzione concreta degli atti e all’interesse perseguito dall’agente (che, come tale, è esterno) e chiede di valutare gli interessi del terzo (anch’essi esterni al profilo causale) potenzialmente confliggenti con l’azione posta in essere *secundum legem*.

La norma di partenza, dunque, non incide sul profilo causale dell’atto che resta sempre “esercizio del diritto”. Gli interessi esterni, invece, contribuiscono a determinare la seconda qualificazione giuridica come “abuso del diritto altrui”. E quando vengono considerate le modalità di esercizio del diritto da parte dell’interprete oltre la lettera o lo *standard* normativo, la fattispecie semplice diventa completa.

6. La costruzione dell’abuso del diritto avviene necessariamente *ex novo* con una attività pratica intenzionale volta alla tutela di un bene finale, in relazione all’interesse confligente.

La costruzione della fattispecie completa richiede l’intervento attivo dell’interprete e del giudice. Tale intervento non può che avvenire solo a seguito dell’esercizio del diritto perché è in tale fase che si può cogliere l’abuso del diritto. Prima dell’esercizio concreto del diritto, invece, non sono ancora individuate le posizioni giuridiche di tutti

²² L. Bigliazzi Geri, voce *Buona Fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, vol. 2, Utet, Torino 1988, p. 187: «Di Vero e proprio abuso si può parlare quando un comportamento, pur esattamente corrispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto si sia determinato, in concreto, prescindendo dalla considerazione di un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite esterno, perché incidente non già sul quantum (cioè sull’estensione), bensì sul come (e perciò sulle modalità di esercizio) del diritto stesso».

²³ Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso del diritto altrui*, cit., pp. 40–44.

i soggetti coinvolti nei cui confronti l'abuso del diritto può manifestarsi. Né tali fatti sono sempre predeterminati o prevedibili *ex ante* vista l'unicità di ogni azione umana.

Si parte dunque dalla fattispecie attributiva della prerogativa, passando alla situazione reale, nella quale giocano un ruolo decisivo gli interessi dei terzi, inclusi i diritti soggettivi e della personalità che, anche potenzialmente, possono subire l'esercizio del potere.

Il movimento è dunque il seguente: dalla norma di tutela del diritto altrui scaturisce un elemento che può concorrere a costruire tale fattispecie, perché l'abuso dà vita ad una vicenda complessa che non può trascurare il valore giuridico tutelato dall'ordinamento.

La valutazione del giudice in ordine all'abuso del diritto è sempre *ex post facto*. Occorre che vi sia il fatto per dare vita ad un obbligo e tale fatto va interpretato nell'ottica della tutela di un valore e cioè del bene giuridico finale. Ciò accade perché il fatto non è mai perfettamente corrispondente a quello previsto dalla norma. Ogni interpretazione del fatto è unica e guarda all'interesse pratico perseguito partendo dall'esame di tutti gli elementi della fattispecie normativa.

In sintesi, chi guarda ha davanti a sé due fattispecie (una astratta e una concreta), due soggetti (agente e terzo), due qualificazioni (parziale e completa). Il che rende l'abuso del diritto categoria intrinsecamente polare e non deducibile da regole generali e astratte. E solo quando è possibile svolgere un giudizio sull'interesse pratico dell'agente e sulla causa genetica e funzionale dell'atto considerato nel fatto concreto, si può elaborare la fattispecie completa.

Il giudizio *ex post* sulla valutazione della modalità del fatto (anche di quelle non tipizzate), il rapporto tra fatto e valore tutelati, l'incidenza di tale impianto sugli interessi dei terzi, culmina in una qualificazione unitaria valutata in relazione al soggetto-agente e al terzo in soggezione o in contrapposizione²⁴.

7. La figura dell'abuso del diritto è avvertita come «l'ossatura stessa del diritto classico»²⁵. Essa riconduce l'esperienza giuridica alla sua dimensione intrinsecamente

²⁴ In tal senso la giurisprudenza è chiara nel delineare il rapporto giuridico tra creditore e debitore in termini di dovere di correttezza ai sensi degli artt. 1175, 1375 e 1366 del codice civile, ove l'abuso è radicato. Si veda la citata Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106.

²⁵ Il dibattito riguarda l'esistenza della figura dell'abuso nel diritto romano. Secondo G. Grosso, voce *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, Vol. 1, Giuffrè, Milano 1958, p. 161, «non trova nell'opera della giurisprudenza romana né un termine proprio, né una enunciazione». Per C.L. Appleton, *Les exercices pratiques dans l'enseignement du droit romain et plan d'un cours sur l'abus des droits*, in *Revue Internationale de l'enseignement*, Vol. 78, 1924, p. 142 ss. «la teoria dell'abuso del diritto» sarebbe «vecchia quanto il diritto romano». R. Quadrato, *L'abuso del diritto nel linguaggio romano: la regola di Gai Inst. 1.53*, in Aa. Vv., *Il linguaggio dei giuristi romani, Atti del Convegno internazionale di studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994, Studi di filologia e letteratura, Lecce 1999*, p. 76 ss., ora in *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Cacucci, Bari 2010, p. 128 aveva rintracciato la figura nella frase «*male enim nostro iure uti non debemus*», utilizzata dal giurista per commentare favorevolmente (*recte fit*) l'intervento dell'imperatore Antonino Pio volto ad arginare la smisurata, insopportabile

morale, fondata sulla regola giuridica della “reciprocità”: il potere dipende strutturalmente dall’alterità; esso non si fonda solo su chi lo possiede. È una *regula*, questa, presupposta alla teoria dell’abuso del diritto. In questo senso, il superamento dei limiti incide sulla stessa capacità del potere giuridico di rendersi effettivo²⁶. Non si fonda solo su chi lo possiede, ma ha bisogno della partecipazione dialettica di ogni “agente responsabile”. Non è mai cioè *ab-solutus*²⁷.

Il diritto, quale manifestazione di interazione e “propositività” umana, tende alla realizzazione della *civitas maxima*, preservando la convivenza tra gli uomini in base a regole di correttezza ed equità. E quale *purposive activity*, “essere” e “dover essere” appaiono sovrapposti²⁸.

La nozione di bene e, quindi, di doverosità sono, tuttavia, molto incerti. Ecco che nella scala dell’*aspiration* (e cioè delle finalità a cui aspira il diritto), soccorre il concetto aristotelico di “giusto mezzo” che consente di vedere l’esperienza umana e, quella giuridica, come una questione di grado, e di rivalutare la nozione di “equilibrio” [*balance*]. In questo modo, il fenomeno giuridico non può essere un fatto semplice, ma estremamente complesso e multiforme.

Di contro, non sembra essere questo il fondamento del «pensiero calcolante» alla base delle tecnologie emergenti, veicoli di una società detta informazionale o digitale ove espressioni come “senso”, “libertà”, “uguaglianza”, “giusto” e “dignità” perdono la loro centralità²⁹. La massa di informazioni e di dati non appartiene a tutti gli internauti (che pure contribuiscono ad alimentarle), ma solo a quanti sono in grado di acquisirla e gestirla sempre su base computazionale, fino a usarla a proprio piacere. I

crudeltà («*maior asperitas*» ... «*intolerabilis saevitia*») dei padroni nei confronti dei propri schiavi. Qui vi si afferma una regola, «quasi una massima», con cui il maestro antonino «incita a evitare un uso cattivo del diritto», esortando «al rispetto del *modus*, dell’*aequitas*». Il riferimento è in A. Arnese, *Recensione* a Franciszek Longchamps de Bérier, *L’abuso del diritto nell’esperienza del diritto privato romano*, Torino, Giappichelli, 2013, in *Legal Roots – ‘Osservatorio critico’ della letteratura*, 4, 2015, pp. 404–410.

²⁶ Sul tema della fragilità del potere, una interessante analisi è in B. Montanari, *La fragilità del potere. L’uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano 2013, oggetto peraltro di una ulteriore riflessione di A. Incampo, *Credenza e potere nei fatti istituzionali*, in *Rivista di filosofia del diritto*, 2, 2014, pp. 347–360.

²⁷ Emblematica è l’espressione di G. Ledig, *Zur Logik des Sollens*, in *Der Gerichtssaal*, 100, 1931, pp. 368–385, traducibile come «validità esistenziale dalla parte del destinatario» («*Existentialgeltung auf Seiten der Sollensadressaten*»).

²⁸ La prospettiva è quella espressa dalla idea che il diritto costituisca un fatto dell’esperienza umana oscillante tra due estremi, la «morale del dovere» [*morality of duty*], da un lato, e la «morale dell’intenzionalità» [*morality of aspiration*], dall’altro. Due facce della stessa medaglia: la «morale del dovere» indica la strada verso la «morale dell’intenzionalità», laddove quest’ultima sembra spiegare la finalità e la direzione della prima per fare un uso eccellente della vita. Sullo sfondo vi è la questione della *Grande Divisione* tra fatto e valore, tra “essere” [*is*] e “dover essere” [*ought to be*] e, più in generale, la questione del nesso mezzo-fine. Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano 1986, pp. 11, 20, 28, 39, 60 e 220.

²⁹ Cfr. B. Romano, *Tecnica e giustizia nel pensiero di Martin Heidegger*, Giuffrè, Milano 1969. Qui l’autore distingue il «pensiero calcolante» dal «pensiero meditante»; differenza vitale per quanti ricercano il giusto nel diritto.

dati non sono sempre intelligibili e, anzi, il più delle volte possono essere decifrati solo da altra tecnologia (si provi, ad esempio, a tradurre una vecchia scheda perforata; oggi, invece, un codice a barre bidimensionale o le negoziazioni finanziarie ad alta frequenza).

Ma vi è altro. Il calcolo dà priorità al principio della “ragione sufficiente”, mentre il diritto è costruito anche su quello di “adeguatezza” nei tanti nessi causali tra fatti ed effetti. Ciò accade perché ogni fatto è singolo ed imprevedibile, ed il diritto gli attribuisce un senso e significato secondo proprie categorie. Diversamente, la logica del calcolo assolutizza la deduzione partendo dalla norma e trascura l’aspetto applicativo che è unico ed altrettanto centrale. Così, però, non vede il “caso” (e cioè la stessa correlazione norma-fatto che è di per sé problematica e problematizzata) da cui ha origine il diritto stesso³⁰. *Da mihi factum, dabo tibi ius*.

Non tutto è, dunque, calcolabile. Non lo sono tutte quelle fattispecie che necessitano della concretezza e dell’originalità delle singole controversie. Piuttosto, la logica dell’algoritmo dissolve le specificità della giustizia, dall’equità alla legalità: la prima riguarda il singolo caso, la seconda la generalità delle norme vigenti. L’algoritmo fonde particolarità e generalità in un insieme indistinto³¹. E lo fa sacrificando la regola della pubblicità, costitutiva della stessa normatività³².

Unico è altresì lo stesso pensiero umano che non è riconducibile *sic et simpliciter* ad attività deduttive. Esso si basa anche sul ragionamento induttivo per cui riusciamo a giungere a conclusioni pur solo probabili, proiettando informazioni originali che non sono completamente contenute nelle premesse. Non va nemmeno dimenticato che ci

³⁰ Nell’“uso giudiziario” del diritto, infatti, l’applicazione è in funzione dell’interpretazione e l’interpretazione è in funzione dell’applicazione. Eppure, nelle concezioni correnti dell’uso giudiziario (sia nella visione cognitivista, sia in quella volontaristica), l’applicazione è assorbita dall’interpretazione e finisce per coincidere con una semplice operazione di «logica meccanica consequenziale». Queste ultime, tuttavia, riducono il diritto alla unidirezionalità, senza considerare il suo legame con la realtà della vita da regolare. Così, l’interpretazione del diritto diviene funzionale al solo diritto e l’applicazione null’altro che il suo “calare” sul fatto. Sul punto G. Zagrebelsky, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna 2008, p. 163 ss.

³¹ B. Romano, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Giappichelli, Torino 2018, p. 27 ss.

³² Non sono pochi ad aver riletto il diritto positivo alla luce delle implicite aspettative dei destinatari, al di là del diritto esplicito. Basti pensare, solo per fare un esempio, all’inammissibilità dell’errore sul divieto in molte sentenze dei tribunali penali internazionali. Ci si riferisce alla cogenza del diritto sovralegale oltre le leggi scritte: esso vige in forza della sua necessità e di un grado massimo di approvazione da parte di tutti. Le implicazioni, pratiche oltre che teoriche, sono state colte anche dalla giurisprudenza costituzionale sul terreno del rapporto fondamentale tra conoscenza legale e legge penale. È questo il tema della nota sentenza della Corte costituzionale italiana, 24 marzo 1988, n. 364 che esclude dall’ignoranza inescusabile della legge penale l’ignoranza inevitabile. Cfr. Corte costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 1988, p. 1522, redatta da Renato Dell’Andro secondo cui: «Un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è, ma per quello che appare ai consociati. E la conformità dell’apparenza all’effettivo contenuto della norma penale deve essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell’effettivo contenuto precettivo delle norme». La sentenza è, tra l’altro, ripresa in A. Incampo, *Metafisica del processo*, cit., pp. 331–332.

sono sfere del linguaggio umano che non si lasciano ridurre in forma algoritmica e tra questi vi è il linguaggio normativo (quello concernente situazioni di “potere”, “divieto”, “permesso”). Neanche l’utilizzo della statistica con i “*big data*” e lo sviluppo delle reti neurali e di altre forme di apprendimento automatico sembrano superare tale ostacolo. L’introduzione della statistica nell’intelligenza artificiale ha certo permesso di “imitare” il pensiero umano in un modo diverso rispetto a quello utilizzato negli algoritmi basati sulla logica deduttiva. E però gli automi su base statistica non riescono a riprodurre interamente il nostro modo di pensare che non è solo descrittivo, come quello costruito sulla statistica, ma è essenzialmente normativo, critico ed innovativo (e cioè prescinde dal rilievo che certi fatti hanno avuto nel passato). Così pure le reti neurali, strutturate in modo che diano risultati attesi in casi noti e imparino così a dare risultati attendibili anche in casi ignoti. Tali reti sono progettate da individui che non sanno come e cosa decideranno in caso di fatti sopravvenuti ed imprevedibili. Anche perché, la soluzione dei casi nuovi non consiste sempre e solo nella applicazione di procedimenti consolidati (come fanno i sistemi neurali) in quanto alcune situazioni richiedono la ridiscussione degli stessi procedimenti di soluzione. E il problema si sposta alle origini del sistema di calcolo algoritmico, ove tutto è predisposto, ma potrebbe risultare fallace.

Infine, non si può nemmeno tacere che negli enti non-umani incidono “forze” che, diversamente dal potere delle persone, non sono oggetto di giudizio; non sono né giuste, né ingiuste³³. L’algoritmo è un po’ a metà strada perché si comporta come una forza della natura, ma alle spalle ha il potere impostato da coloro che scelgono le premesse e gli *standard* di operatività del calcolo. E questo potere risulta oscuro e come tale non giudicabile perché non conoscibile³⁴. Parla per enigmi, come una sfinge o un oracolo. In tale veste, l’algoritmo stesso va al potere: nasconde il diritto, ma non lascia da parte l’abuso.

La preoccupazione è che il diritto venga archiviato nel suo essere diritto umano, sostituito da tecniche che veicolano il vuoto legalismo, ove solo alcuni tecnocrati possono accedere al loro dominio nascondendo il reale detentore del potere. E ciò è nella natura stessa del calcolo che tratta una quantità di dati (nell’ordine dello *zettabyte*) e ad una certa velocità, inaccessibili alla capacità di comprensione ed elaborazione del singolo utente. Sull’altare della certezza a-spaziale dell’aritmetica viene dunque sacrificata la rappresentazione dialogica e simbolica della giustizia nel processo, la cui

³³ Si rinvia a P. Tillich, *La filosofia del potere*, Glossa, Milano 2018, pp. 53 ss.

³⁴ È questa una condizione di moralità intrinseca del diritto per Lon I. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., p. 39 che per certi versi richiama la «formula trascendentale del diritto pubblico» [*transzendente Formel des öffentlichken*] di Kant in *Per la pace perpetua* (1796) I. Kant, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1913. Al tema della natura al contempo etica e giuridica dell’*Öffentlichkeit* e delle sue implicazioni per l’ideazione di una *Grundwert* si veda A. Incampo, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari 2019³, pp. 303–335.

genesi si rinviene nelle condotte personali e libere di entità biologiche³⁵. Lo si vede, come detto, nelle dinamiche segnate dall'abuso.

8. L'abuso del diritto fa leva più su forme implicite che esplicite. È il mondo soprattutto della "morale dell'intenzionalità" e cioè l'ideale adempimento del dovere secondo gradi diversi di adesione da parte del soggetto alla norma. Non a caso è difficile distinguere l'abuso dall'esercizio del diritto e finanche dall'eccesso di potere. Lo dimostra anche la complessa ricostruzione della fattispecie da parte dell'interprete³⁶.

La linea sottile che separa uso dall'abuso è il *modus*, e cioè la misura. Risale al pensiero greco la massima «la misura è la cosa migliore» attribuibile a molti autori, da Cicerone a Plauto, e così Plinio il Giovane e fino a Sant'Agostino. E la "giusta misura", così come il "giusto mezzo", non si possono ridurre ad una attività meccanica da parte dell'interprete.

Il superamento della "misura" si manifesta essenzialmente all'interno di una relazione tra una parte forte, che fa valere il suo diritto, e una parte debole, che ne subisce l'esercizio. Ma un abuso può verificarsi anche nel caso di un diritto apparentemente illimitato, qual è quello di disporre del proprio patrimonio³⁷. Ed è in tale contesto che si afferma il divieto degli atti *ad aemulationem*³⁸.

Il limite però non ha soltanto un carattere ostativo nei confronti delle azioni altrui, ma costituisce un interesse o una aspirazione da parte di tutti coloro che si trovano con la propria condotta "pericolosa" ad interferire con esso. Persino il diritto di proprietà, che è diritto assoluto per eccellenza perché stabilisce un dominio indeterminato sulla cosa, non è immune da tale dinamica. Lo si capisce leggendo l'art. 41 della Costituzione italiana che oltre a stabilire una signoria piena sul patrimonio, indica anche il limite,

³⁵ Cfr. B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. 122 ed è questa la linea di fondo che muove il lavoro di A. Garapon, *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis, Milano 2021.

³⁶ L'antigiuridicità come distinta figura di qualificazione giuridica della condotta è un tema proprio del diritto penale. Cfr. D. Fiordalisi, *Abuso di facoltà legittime ed impedibilità degli atti antigiuridici*, Giappichelli, Torino 2008. L'attenzione passa dal danno all'azione lesiva, sicché la tutela si sposta già alle situazioni di pericolo di lesione. È questo, ad esempio, il *core cordis* della disciplina della tutela della privacy di cui al D.Lgs. 296/2003 improntata sul canone di buona fede e correttezza nella raccolta e nel trattamento che delimita anche l'interesse oltre il quale si ha abuso del diritto che non può danneggiare l'interesse effettivo altrui.

³⁷ È eloquente, al riguardo, l'ipotesi della prodigalità, che incide sull'esercizio del diritto di proprietà da parte di chi ne sia affetto, e costituisce l'emblema stesso dell'abuso del diritto. Come tale è citato da Gaio (*Inst.* 1.53). Il prodigo, infatti, è colui che sperpera e dissipa senza criterio il proprio patrimonio e quindi, pur avendo il potere di gestirlo in quanto proprietario, lo amministra male. Un rimedio concesso a fronte di un "abuso del diritto" è dato dal ricorso all'*exceptio doli generalis seu praesentis*, strumento di reazione offerto a chi subisca il non corretto esercizio della facoltà di cui un soggetto è titolare, e che è un mezzo inteso come rimedio generale diretto a precludere e paralizzare l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti attribuiti dall'ordinamento (si veda la recente sentenza della Cass. civ., Sez. Un. 4 novembre 2019, n. 28314). Cfr. R. Quadrato, *Gaius dixit*, cit., p. 372 ss. e A. Arnese, *Recensione*, cit., p. 407.

³⁸ Cfr. D. Fiordalisi, *L'abuso del diritto altrui*, cit., pp. 29–30 e nt.

ma soprattutto il dovere di realizzare e proteggere diritti e libertà di terzi e della comunità.

Ebbene, a manifestare la natura composita dell'abuso del diritto altrui vi è, in particolare, la dimensione tacita dell'esperienza giuridica. Essa ha un ruolo decisivo sia nella costruzione dei modelli di vita sociale, sia nel loro mantenimento effettivo. E l'abuso del diritto, da questa prospettiva, dimostra il fondamento assiologico dell'esperienza giuridica più che una sua patologia.

Il cuore del problema sta proprio nel *modus* e cioè nella “misura ragionevole”, il punto oltre il quale l'esercizio di un diritto lede la sfera giuridica altrui e l'uso si fa abuso. Di qui il richiamo all'*aequitas* che è, pur essa, misura, proporzione, equilibrio. Lo si è detto, non è semplice cogliere la linea di confine che separa l'uso dall'ab-uso.

Ad afferrare il ruolo di tale aspetto, che è per gran parte implicito all'esperienza giuridica, vi è l'euristica della morale dell'intenzionalità³⁹: la sola adatta ad accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre ed applicare le norme giuridiche. Impresa che, in questo senso, non può che essere umana, poiché solo il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico dell'attività giuridica.

Ad essere chiamati in causa sono le azioni radicate sia nei «nuclei stessi essenziali dell'esperienza e della natura dell'uomo»⁴⁰, sia nella “natura delle cose” [*Natur der Sache*]⁴¹. Il diritto implicito non è separato dal *made law*. Semmai, il diritto esplicito dà forma ai bisogni interni degli uomini (singoli e associati) e alle relative aspettative⁴². Il *made law* è il prodotto soprattutto di cause implicite.

Se ne comprende ancor di più la portata osservando il *judge made law*. Alla base del diritto formato nelle Corti vi è fondamentalmente il ragionamento giuridico che, attraverso lo studio e la comprensione dei casi, passando per un'attività collaborativa in cui sono persino condivisi diacronicamente i fini con i predecessori (nella logica del precedente), scopre e descrive tutto il “materiale vivente”⁴³. Si tratta di un'attività creativa, seppure vincolata alla responsabilità del giudice, di un nuovo diritto non solo dal diritto che c'è, ma anche da quello che non c'è⁴⁴. Ebbene, solo un approccio propositivo e intenzionale da parte del giudice è in grado di comprendere il carattere

³⁹ Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., pp. 16–17. Parzialmente in questo senso, ma nella prospettiva di leggere l'intera teoria della eunomia, cfr. W. Van de Burg, *The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality*, in *Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies*, 3, 2009, pp. 169–192.

⁴⁰ Sul punto A. Dal Brollo, *Moralità del diritto*, cit., pp. 79–80.

⁴¹ G. Radbruch, *La natura delle cose come forma giuridica del pensiero*, in *Riv.int. fil. dir.*, 21, 1941, p. 145

⁴² Come osserva Gerald Postema, «l'esistenza e i contenuti del diritto esplicito dipendono da una rete di tacite intese e accordi non scritti, radicati sul terreno delle interazioni sociali». Cfr. G.J. Postema, *Implicit Law*, in *Law Philos.*, 3, 1994, p. 361 (trad. mia).

⁴³ L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University Press, Evanston 1940, p. 132.

⁴⁴ L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York 1968, p. 96; L.L. Fuller, *Reason and Fiat*, cit., p. 378; L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford 1967, p. 113.

finalistico dell'esperienza umana e di quella giuridica in quanto tale. In altre parole, la logica della intenzionalità è la logica dei casi complessi [*hard cases*]⁴⁵. Come intrinsecamente complesso è l'abuso del diritto.

Si prenda l'interpretazione. L'esigenza di leggere le disposizioni normative “tra le righe” porta a sovrapporre necessariamente il piano fattuale a quello valoriale fino a renderli in parte indistinguibili⁴⁶. L'interpretazione va sempre rapportata allo scopo proprio di ogni forma relazionale considerata. C'è di più. La ricerca degli *standard* di decisione è frutto del confronto tra la struttura del sistema e la “comprensione” empatica del contesto sociale⁴⁷. Quest'ultimo aspetto dà conto della rilevanza della “cultura” per il processo ermeneutico, anche nella valutazione di condotte abusive.

Casi interessanti si rinvencono nel campo dei contratti ad obbligazioni imperfette in cui c'è da tutelare il legittimo affidamento (*reliance cases*)⁴⁸. Non basta cioè dire che il contratto sia valido o meno (e cioè la “fase logica”); occorre anche considerare la “fase politica” degli interessi sociali ed etici coinvolti nell'esecuzione del programma negoziale⁴⁹. Fase logica e fase politica non sono che il rovescio del rapporto tra *made law* e *implicit law*⁵⁰.

⁴⁵ Cfr. W. Powers Jr., *Lon L. Fuller*, by Robert Summers, *Book Review*, in *Duke L.J.*, 34, 1985, p. 221.

⁴⁶ La necessità di leggere il diritto “tra le righe” è affrontata in *The Case of Speluncean Explorers*, in *Harv. Law Rev.*, 4, 1949, pp. 616–645. Lo scritto è stato tradotto da Andrea Porciello in un contributo interessante con saggio introduttivo, pareri conclusivi ed epilogo dello stesso Porciello: si veda L.L. Fuller, A. Porciello, *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012.

⁴⁷ *Ivi*, p. 379

⁴⁸ Si tratta di un'idea opposta alla concezione ortodossa o classica non interessata allo *status* giuridico delle parti contraenti o agli interessi oggetto dell'accordo. In particolare, la critica è rivolta a Samuel Williston autore della celebre *A Treatise on the Law of Contracts*, volumi 1-8, Woerhis&Co., New York 1938 il quale avrebbe portato la riflessione giuridica sul tema della dicotomia contratto-non contratto senza considerare tutte quelle fattispecie che richiedono diversi rimedi come quelli della *restitution*, dell'*expectation damages* o dei *reliance damages*. Si deve evidenziare che Fuller, nella sua battaglia contro tale dicotomia, aveva proposto di aprire il suo corso parlando dei “rimedi” e non della stipulazione del contratto. La riflessione sul contratto è condotta da L.L. Fuller, *Williston on Contracts*, in *N.C. L. Rev.*, 18, 1939, pp. 1–15.

⁴⁹ *Ivi*, pp. 8–9.

⁵⁰ *Ivi*, p. 12. Occorre ricordare che insieme a William Perdue, Fuller aveva condotto la sua battaglia contro la rigida applicazione della *consideration* e del *bargain principles* al fine di elaborare alcuni rimedi per i casi di ingiustizia contrattuale tutte le volte in cui si fosse violato il legittimo affidamento delle parti contrattuali. Cfr. L.L. Fuller, W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, I, in *Yale L.J.*, 46, 1936, pp. 52–96; L.L. Fuller, W.R. Perdue, *The Reliance Interest in Contract Damages*, 2, in *Yale L.J.*, 46, n. 3, 1937, pp. 373–420. Secondo Fuller e Perdue, i rimedi dei contratti devono considerare gli interessi delle parti individuando tre categorie: *restitution*, *reliance* e *expectation*. La regola rimediale tipica, la *expectation*, è la più debole perché non compenserebbe la perdita subita dal promissario con l'arricchimento ingiusto del promittente che, quindi, è incentivato all'inadempimento. Il *reliance interest* invece fa recuperare al promissario quanto avrebbe ottenuto in caso di adempimento. Tale battaglia ha portato alla redazione, nel 1979, di una nuova section 90 del *Restatement Second of Contract*. Si veda anche L.L. Fuller, *Consideration and Form*, in *Colum. L. Rev.*, 41, 1941, pp. 799–824 e L.L. Fuller, *Basic Contract Law*, West Publishing Company, St. Paul. Minn. 1947.

E in questo senso, com'è noto, in un contesto di pluralità di fonti “codificate”, anche il diritto dell'Unione Europea si apre alla casistica e ai valori condivisi⁵¹. Ed è qui che, non a caso, si è affermato l'intervento integrativo del giudice in materia di clausole abusive, o di contratti di durata o ad esecuzione prolungata, specialmente quando, con il trascorrere del tempo e il mutare delle condizioni socio-economiche, le clausole contrattuali hanno portato a risultati iniqui⁵². La forma per fattispecie si dissolve per richiedere un intervento che non trascuri gli interessi delle parti coinvolte chiamate a partecipare alla individuazione del rimedio e delle tutele adeguate. Appare dunque inevitabile il ricorso alla ragionevole via di mezzo mossa dall'aspirazione a ricercare, fuori dal dominio della fattispecie o delle logiche di calcolo

percorsi e/o strategie [...] che possano consentire [...] di perseguire obiettivi [...] che più avvicinano il contratto e l'obbligazione a livelli e/o soglie di carattere 'più sostanziale', perché connessi ad interessi materiali, che sono propri, nel fondo, delle condizioni 'soggettive' di ciascun contraente e/o debitore o creditore⁵³.

9. L'abuso del diritto è una figura affascinante per chi vuole ricondurre l'esperienza giuridica alla dimensione valoriale ed equitativa, così come lo ritrae la nota definizione di Celso⁵⁴. Mostra come l'oggetto del diritto, che è propriamente “azione” (*praxis*), non resta indipendente dal soggetto. Con la crescente rilevanza della fattualità del diritto fa capolino la sua intenzionalità e la sua dimensione relazionale⁵⁵.

⁵¹ Solo per citare un fenomeno particolarmente significativo, si pensi al ruolo ricoperto dall'indeterminatezza delle clausole generali (come quella di “buona fede”) nel processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale. Percorso, questo, che non manca di considerare il ruolo fondamentale del “diritto giurisdizionale” (il cosiddetto *Richterrecht*) derivante dalle corti soprattutto nazionali. Il carattere equitativo delle clausole generali sta proprio nella loro vaghezza o indeterminatezza per l'impossibilità di determinare *a priori* tutti gli elementi valutativi impliciti nelle situazioni concrete. Non è un caso, tra l'altro, che il legislatore utilizzi concetti-valvola e clausole generali per consentire all'interprete maggiore libertà di valutazione dei fatti particolari. Con le clausole generali – in cui si può registrare un'eccedenza “assiologica” rispetto ai contenuti normativi abituali, per citare Emilio Betti –, al giudice è demandato il compito di integrare il dettato normativo con un apporto valutativo quantitativamente e qualitativamente diverso dall'applicazione *standard* delle disposizioni ordinarie. All'ideologia illuminista dell'automatismo dell'attività giurisdizionale, corollario della pretesa funzione dichiarativa della giurisprudenza come mera “bocca della legge”, si contrappone la funzione dialettica o retorica del discorso giudiziale chiamato costantemente a superare il divario tra diritto e società.

⁵² È il campo della buona fede che corregge “intenzionalmente” il contratto sino a fissare un vero e proprio obbligo legale di rinegoziare il rapporto: si tratta della disciplina dell'*hardship*, richiamata sempre più frequentemente nei rapporti internazionali.

⁵³ A. di Majo, *Giustizia e 'materializzazione' nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 831.

⁵⁴ Anche Celso Servio Sulpicio Rufo riconduce il diritto all'equità «*nec enim ille magis iusris consultus quam iustitiae fuit: ita ea quae proficiscebantur a legibus et ab iure civili semper a facilitatem aequitatemque referabat [...]*» Cic., *Philipp.* 9.5.10-11.

⁵⁵ Al riguardo cfr. L. Avitabile, *Presentazione*, in B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. XVII: «In un mondo in cui si pensa che gli algoritmi possano sostituire l'essere umano, si osserva che il dominio del pensiero calcolante rimane pur sempre estraneo all'intenzionalità».

Andando “verso le cose stesse” [*zu den Sachen selbst*] si scopre che l’impresa di produrre diritto è “fondamentalmente” umana, poiché il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico e propositivo dell’attività giuridica, senza ridurla a strumento di controllo sociale o a tecnica di regolazione.

Il pensiero calcolante, nel tentativo di oggettivare l’esperienza umana processando i dati, resta estraneo ad ogni forma di imputazione di atti e condotte al soggetto responsabile e rende così inconcepibile ogni attività di *ius dicere* che implichi un intervento integrativo del giudice, in particolare nei casi in cui il sistema giuridico si apre a principî e valori direttamente mutuati dall’idea di giustizia o attinti nella coscienza sociale. Non si negano certo gli aspetti positivi dell’impiego delle nuove tecnologie. Vanno tuttavia individuati i limiti di un eccesso di semplificazione e le conseguenze della riduzione della vita umana e giuridica al calcolo. Le reti funzionano mediante gli algoritmi in grado di dare benefici alle persone, ma ciò non esaurisce la peculiarità della condizione umana che eccede la massa dei dati, da considerare sempre come mezzi e non come scopi⁵⁶. Ecco perché si rende necessario armonizzare l’agire umano con le speranze di razionalizzazione affidate a sistemi di calcolo algoritmico⁵⁷.

Is that the law? È la domanda che Shylock rivolge al Doge e che funge da monito: la scienza giuridica non può ridursi solo a ciò che astrattamente il legislatore o la “macchina” hanno previsto. Né a ciò che è predeterminato da un opaco processo computazionale. Il testo e i criteri di calcolo non sono mai autosufficienti. Questi sono, semmai, punti di partenza per costruire la fattispecie del caso concreto⁵⁸. Nella sfera dell’*aspiration* emergono strategie e procedimenti inventivi che non poggiano semplicemente su inferenze e relazioni logiche di tipo algoritmico.

È la vita stessa del diritto a chiederlo, senza ombre, né oscurità.

⁵⁶ B. Romano, *Algoritmi al potere*, cit., p. 116.

⁵⁷ In tal senso L. Franzese, *Il giudice algoritmico: a partire dal pensiero di Daniel Kahneman sulla difettosità del ragionamento umano*, in E. Bettini, D Tondini (a cura di), *Atti del IV Forum internazionale Gran Sasso. Allargare gli orizzonti della carità per una nuova progettualità sociale*, vol. 4, Collana Forum del Gran Sasso Teramo 2022, pp. 304–305 che dà rilievo alla tutela apprestata dal Regolamento europeo in materia di privacy (Reg. 679/219). Qui, infatti, si prevede che le decisioni giudiziarie possano essere adiuuate da sistemi automatizzati, ma non possano essere interamente demandate a sistemi di quel tipo, richiedendo la giustificazione propria dei processi razionali umani. Con le parole dell’autore: «l’algoritmo che conforma la procedura, infatti, deve essere conoscibile e prima ancora comprensibile dai soggetti interessati, e anche dall’amministrazione che ha commissionato l’elaborazione e l’implementazione dell’algoritmo utilizzato». Ivi, p. 306. È questo il *trend* degli studi sul tema come quelli riguardanti in generale la gestione dei dati ai fini di aumentare la trasparenza, la sicurezza e la responsabilità: cfr. Pozzolo S., Cabitza F., Rossetti A. (a cura di), *Governare l’intelligenza artificiale*, in *Ragion pratica*, 2, 2021.

⁵⁸ È il tratto nodale della scienza giuridica come “scienza pratica”; cfr. S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffré, Milano 1978, pp. 103 ss. e G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, Genova 2017, pp. 230–233.

Concetta Maria Nanna

DALLO *STATUS* AL CONTRATTO: LA DISPONIBILITÀ DEI DIRITTI
PATRIMONIALI NEI RAPPORTI DI FAMIGLIA*

ABSTRACT

L'a. analizza l'evoluzione, nell'ambito del diritto di famiglia, della nozione di *status*, tradizionalmente «collegato» alla concezione istituzionale e pubblicistica della famiglia, da cui deriverebbe l'indisponibilità dei diritti – anche patrimoniali – dei suoi componenti, in nome di un presunto interesse «superiore» della compagine familiare. Si assiste così ad una progressiva «erosione» del concetto di *status*, alla luce di un'interpretazione costituzionalmente e comunitariamente orientata, che consente di superare la (presunta) dicotomia tra mercato e famiglia, individuando un percorso, ormai compiuto, «dallo status al contratto» anche nel diritto di famiglia.

The author analyzes the evolution, in the context of family law, of the notion of status, traditionally «connected» to the institutional and publicistic conception of the family, from which the unavailability of the rights - including patrimonial - of its members would derive, in name of an alleged «superior» interest of the family structure. Thus we are witnessing a progressive «erosion» of the concept of status, in the light of a constitutionally and community-oriented interpretation, which allows us to overcome the (presumed) dichotomy between market and family, identifying a path, now completed, «from status to contract» also in family law.

PAROLE CHIAVE

Status – famiglia – contratto

Status – family – contract

SOMMARIO: 1. Dallo *status* al contratto: la disponibilità dei diritti patrimoniali nel diritto di famiglia. Status e presunta funzione «pubblicistica» del diritto di famiglia. 2. Famiglia e mercato: un contrasto solo apparente, ormai superato. – 3. Progressiva «erosione» del concetto di *status* ed effettività di tutela dei componenti della famiglia. Conseguente piena «contrattualizzazione» del diritto di famiglia.

1. Il diritto di famiglia è tradizionalmente ed intrinsecamente legato al concetto di *status*: quest'ultimo deriva dal diritto romano¹, che – nell'ambito familiare -

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

¹ F. Milone, *Istituzioni di diritto romano*, D'auria, Napoli, 1905, p. 33 ss.; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*, Jovene, Napoli, 1946, p. 45 ss.; A. Guarino, *Diritto privato romano*, Jovene, Napoli, 1984, p. 255 ss.

distingueva *status libertatis, familiae e civitatis*². L'organizzazione della Civitas romana si basava infatti sulla distinzione tra gruppi sociali (come la *familia* e la *gens*), caratterizzati da rapporti di tipo gerarchico e strutturale, connessi ed interdipendenti tra loro relativamente ai rapporti esterni, oltre che dotati di una propria autonomia, che consentiva di disciplinare i rapporti interni. Vi erano pertanto strutture comunitarie³ caratterizzate da un gruppo a se stante, diverso e distinto dai suoi singoli componenti.

Conseguentemente, si è affermata la nozione, tramandata fino ai giorni nostri, di *status* come «posizione del soggetto in seno ad una determinata comunità», in primo luogo quella familiare, quale cellula «primaria» e «pregiuridica» rispetto allo Stato. Da questa idea della famiglia come istituto basato sullo *status* deriva, evidentemente, il carattere «pubblicistico» ed indisponibile dei suoi diritti, irrinunciabili oltre che intrasmissibili e non transigibili, soprattutto perché diretti a realizzare un «fine superiore di carattere generale».

Come ulteriore conseguenza, il diritto familiare si è nel tempo delineato come caratterizzato ed ispirato a «solidarietà» (ovviamente non intesa in senso «costituzionale») ed «altruismo»; la famiglia è stata rappresentata come una struttura «chiusa» ed autosufficiente⁴, in cui gli interessi dei singoli erano destinati al «sacrificio» per perseguire il bene comune. Questa visione della famiglia è, ancor oggi, una conseguenza della cd. teoria istituzionale⁵; quest'ultima – com'è noto – pur «ufficialmente» superata da tempo, costituisce, ancor oggi, una delle motivazioni dogmatiche che rende talvolta difficoltoso, se non arduo, il riconoscimento di «progressi» ed evoluzioni interpretative nel diritto di famiglia, specialmente in relazione al problema della presunta indisponibilità dei diritti (si pensi, ad esempio, alle questioni relative all'assegno di divorzio o al mancato riconoscimento, da parte della giurisprudenza di legittimità, dei cd. patti prematrimoniali).

Pertanto, lo *status* si è delineato nel tempo come tradizionalmente «contrapposto» al mercato⁶, quale luogo delle istanze individualistiche e privatistiche. La famiglia

² Ha messo in discussione la tradizionale tripartizione romanistica dello status, M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 71 ss., secondo cui i giuristi romani non avrebbero mai teorizzato nemmeno la stessa figura istituzionale dello *status*.

³ P. Bonfante, *La gens e la famiglia*, in Id., *Scritti giuridici vari, I, Famiglia e successione*, Utet, Torino, 1926, p. 23 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947, p. 52; F. De Martino, *Famiglia (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, VII, Utet, Torino, 1961, p. 43; E. Volterra, *Famiglia*, in *Enc. dir.*, XVI, Giuffrè, Milano, 1967, p. 728 ss. e bibliografia ivi citata.

⁴ Deriva, quindi, dal diritto romano la concezione della famiglia come struttura sociale «pregiuridica» ed autonoma, che tanto ha influenzato la teoria istituzionale e ha comportato l'«assimilazione» del diritto di famiglia al diritto pubblico: cfr. P. Bonfante, *La gens*, cit., p. 26; Id., *La progressiva diversificazione del diritto pubblico e privato*, in *Riv. it. sociol.*, 1902, p. VI; Id., *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1915, LV, p. 259 ss.

⁵ La nota teoria è stata elaborata da A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Ed. vari, Roma, 1914, *passim*; la tesi è ripresa successivamente da Id., *Principii generali del diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 1 ss.

⁶ Cfr. il fondamentale lavoro di Sir H.S. Maine, *Ancient Law. Its connection with the early history of Society and its relation to modern Ideas*, London, 1861; V. Ferrari (a cura di), *Diritto antico*, Giuffrè,

quale «luogo dell'altruismo» si è quindi nettamente differenziata dal mercato, quale «luogo del libero scambio» basato su logiche «egoistiche». Ne è derivata una concezione pubblicistica della famiglia, intimamente connessa alla teoria dello *status*, che ha portato a vederla come disciplinata, o quantomeno ispirata, da logiche pubblicistiche, con esclusione di principi quali quello dell'autonomia privata e della libertà contrattuale⁷.

2. Pare pertanto opportuno superare tali categorie dogmatiche, rilevando anzitutto che tali contrapposizioni sembrano ormai relegate al passato: tuttavia, almeno *prima facie*, ancor oggi, è presente e vivo il problema di una pretesa «dicotomia» tra famiglia e mercato, tra solidarismo ed individualismo. Da tale contrasto, intimamente connesso alla logica dello *status*, conseguirebbero i presunti ostacoli al riconoscimento ed ammissibilità dell'autonomia coniugale in materia di assegno di divorzio e di contratti in vista del divorzio stesso⁸. Infatti, è ancora fortemente presente un'idea, pur formalmente e legislativamente superata, di insanabile inconciliabilità tra la famiglia e le logiche «mercantilistiche», quasi come se fosse inaccettabile ritenere «mercificabili» i diritti familiari.

Tali considerazioni nascono da un palese equivoco di fondo: non è lo *status* ad essere oggetto di libera disposizione familiare, ma esclusivamente i rapporti patrimoniali che dal rapporto di *status* discendono. Né si può affermare – e ciò è stato correttamente sostenuto da lungo tempo da quell'autorevole dottrina che ha avuto il pregio di riconoscere il negozio familiare prima ancora che entrasse in vigore la Costituzione⁹ - che dall'intangibilità dello *status* deriverebbe inevitabilmente anche l'indisponibilità dei diritti da esso discendenti¹⁰. È vero invece che il diritto di famiglia, come qualsiasi altra branca del diritto privato, si è «aperto» al mercato, che non è semplice luogo della patrimonialità degli interessi, ma è anche indice di «libertà, di

Milano, 1998, p. 91 ss.: secondo l'illustre giurista, la famiglia costituiva originariamente il fondamento stesso dell'ordinamento, mentre successivamente, con la «crisi dello *status*», il suo ruolo venne preso dal contratto. In merito, cfr. M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Giuffrè, Milano, 2003, *passim*.

⁷ Sul problema, v. le acute osservazioni di M.R. Marella, *La contrattualizzazione delle relazioni di coppia. Appunti per una rilettura*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 76 ss.

⁸ Rileva correttamente che la teoria del Maine si mostra tuttora idonea ad «esprimere il lungo e travagliato percorso compiuto dalla negozialità» anche nell'ambito del diritto di famiglia, G. Oberto, *Contratto e famiglia, II, Diritto di famiglia e autonomia privata*, in V. Roppo (a cura di), *Tratt. contr.*, VI, *Interferenze*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 131. Per alcune critiche alla teoria del Maine, v. però, A. Zoppini, *Contratto, autonomia contrattuale, ordine pubblico familiare nella separazione personale dei coniugi*, in *Giur. it.*, c. 1322, nota n. 16.

⁹ Il riferimento è a F. Santoro Passarelli, *L'autonomia privata nel diritto di famiglia*, in *Dir. e giur.*, 1945, p. 3 ss.

¹⁰ G. Doria, *Autonomia privata e «causa» familiare. Gli accordi traslativi tra i coniugi in occasione della separazione consensuale e del divorzio*, cit., p. 60 ss., il quale correttamente sottolinea quanto sia stata determinante l'influenza della teoria di Santoro Passarelli, per superare questo tipo di problematiche.

modernità, forse di democraticità, sicuramente di autodeterminazione della persona»¹¹, tutti valori costituzionalmente riconosciuti, che rappresentano il massimo approdo vocazionale della persona, al fine di realizzare appieno la propria personalità. D'altronde, come correttamente rilevato da una parte della dottrina, solo apparentemente mercato e famiglia sono stati contrapposti, essendo invece categorie concettuali oggetto di interdipendenza e cooperazione¹². Ne consegue che la famiglia non può più essere intesa come un'isola che il diritto potrebbe soltanto lambire, anche volendo ammettere che lo sia stata in passato; peraltro, perfino l'Autore che propose questa fortunata immagine, interrogandosi (nel 1967!) sulla legittimità ed ammissibilità degli accordi in vista dell'annullamento del matrimonio, lungi dal negarne la configurabilità, li riteneva al contrario validi ex art. 1322 c.c., «essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare ed avere» e «pretese reciproche»¹³.

Tanto è vero che – come è stato correttamente sottolineato dalla dottrina – il mercato e la famiglia hanno seguito un percorso simile¹⁴: in una prima fase, nel XIX secolo, caratterizzata dal *laisser faire* e basata sull'uguaglianza formale, valori tipici del mercato quale luogo dell'ideale parità contrattuale dei suoi protagonisti, la famiglia è stata vista come comunità in autogestione, non soggetta perciò a «giuridificazione», se non con predeterminazione legislativa dei suoi obiettivi. Successivamente, quando si è constatato che l'ideale del pari potere contrattuale tra parti contrapposte nel mercato era in concreto irraggiungibile, il valore preminente è diventato quello dell'uguaglianza sostanziale, al fine di rimuovere inique disparità e di correggere le distorsioni contrattuali, derivanti dall'abuso della forza negoziale. Ne è derivata la riforma del 1975 e la «costituzionalizzazione» del diritto di famiglia, con l'affermazione della «logica privatistico-mercantilistica» quale massima evoluzione della famiglia stessa,

¹¹ Così, testualmente, M.R. Marella, *La contrattualizzazione*, cit., p. 76.

¹² Cfr., A. Somma, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in tema di autonomia contrattuale*, in *Riv. dir. trim. proc. civ.*, 2001, p. 263 ss., richiamato opportunamente da M. R. Marella, *op. loc. cit.*, p. 76, nota n. 43.

¹³ A.C. Jemolo, *Convenzioni in vista di annullamento del matrimonio*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, II, p. 530, del quale sembra di massima importanza riportare l'esatto pensiero. L'a., fin dal 1967, quindi prima ancora delle modifiche al codice civile, derivanti dalla riforma del diritto di famiglia del 1975, ha sottolineato opportunamente che, relativamente agli accordi in vista di un annullamento del matrimonio, bisognerebbe fare «perno sull'art. 1322 c.c.», in quanto «siamo in un caso in cui è palese l'interesse tipico del regolamento di rapporti, se pure non si abbia una disposizione esplicita del codice (...), essendo quasi impensabile che al termine della convivenza non ci siano ragioni di dare e avere, pretese reciproche. (...) Circa il quantum dell'obbligazione e l'addossarla all'uno o all'altro dei coniugi, è materia in cui l'autonomia delle parti agisce in pieno, dandosi l'insindacabilità del giudice».

¹⁴ M. R. Marella, *La contrattualizzazione*, cit., pp. 78-79; le interessanti argomentazioni di tale dottrina sono riprese da P. Corder, *Accordi tra i coniugi coevi o successivi alla separazione personale*, in I. Mariani – G. Passagnoli (a cura di), *Diritti e tutele nella crisi familiare*, Cedam, Padova, 2007, p. 497, nota n. 31. Sul problema del rapporto tra famiglia e mercato, cfr. F. Olsen, *The family and the market: a study of Ideology and Legal Reform*, in *Harv. Leg. Rev.*, 1983, p. 1947 ss.

nella quale le aspirazioni del singolo devono essere garantite e rese effettive, non soggiacendo più a logiche «superiori» di carattere generale.

3. In questo percorso evolutivo, che ha visto prevalere la primaria istanza di tutela della persona, in tutte le proprie esigenze e diritti fondamentali, attraverso l'uguaglianza sostanziale, il ruolo dello *status* è profondamente mutato¹⁵: anzi, come è stato correttamente rilevato da attenta e raffinata dottrina, è man mano venuto meno, tanto da potersi ormai dubitare dell'utilità della sua figura¹⁶. Originariamente gli *status* avevano il preciso scopo di «dare veste legale alle disparità sociali»¹⁷, in modo da creare «zone di diritto singolare» dirette a giustificare disuguaglianze, per le più diverse finalità; venuto però meno, con l'entrata in vigore della Costituzione e l'affermarsi dei valori da Essa protetti, la dicotomia tra pubblico e privato e la funzione istituzionale della famiglia, come gruppo diretto a realizzare interessi superiori, la stessa nozione di *status* ha perso i connotati pubblicistici e la propria originaria funzione di «presupposto e misura della capacità giuridica»¹⁸. Se ogni persona è titolare di diritti e libertà fondamentali, lo scopo primario dell'ordinamento giuridico è quello di garantirne l'effettività, eliminando le distorsioni del mercato e riequilibrando il potere contrattuale delle parti contrapposte; sicché lo *status*, lungi dal dare veste e senso alle disuguaglianze, acquista l'opposta finalità di eliminare qualsiasi disparità¹⁹. Non vi sarebbe perciò più alcun bisogno di ricorrere alla figura dello *status*, per giustificare trattamenti «differenziati» e «deroghe sempre più frequentemente poste al principio di uguaglianza formale»²⁰, derivando invece tale esigenza dall'art. 3 Cost. e dalla necessità di garantire l'effettiva rimozione di quegli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana.

¹⁵ Tanto che perfino la suesposta teoria del Maine, il quale ha parlato del «movimento dallo *status* al contratto», dovrebbe oggi dar vita ad un «progressivo affermarsi del contratto nello *status*», essendo rimessa all'autonomia privata la disciplina dei rapporti patrimoniali familiari, ovviamente nei limiti previsti dalla legge: cfr. A. Zoppini, *Contratto*, cit., p. 1323.

¹⁶ Il riferimento è al bel saggio di F. Prospero, *Rilevanza della persona e nozione di status*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 810 ss., ora in *civilistica.com*, 2013, p. 1 ss. (di qui le prossime citazioni).

¹⁷ Ivi, p. 28.

¹⁸ Ivi, p. 26.

¹⁹ Una «nuova stagione dello *status*» ha avuto luogo soprattutto a partire dagli anni '90, a seguito della necessità di ricondurre ad equità posizioni contrattuali squilibrate, al fine di correggere abusi della parte più forte su quella più debole sul mercato: si è parlato, così, di *status* del consumatore (contrapposto al professionista), o di *status* del piccolo imprenditore e, più in generale, di *status* della parte dotata di minore potere contrattuale: in materia di *status* del consumatore, cfr. spec. G. Alpa, *Status e capacità giuridica. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Laterza, Bari, 1993, p. 24 ss.; Id., *La rinascita dello status*, in *Mat. storia cult. giur.*, 1992, p. 435 ss.; Id., *La legge sui diritti dei consumatori*, in *Corr. giur.*, 1998, p. 999; Id., *La nuova disciplina dei diritti dei consumatori*, in *Studium iuris*, 1998, p. 1315; v., inoltre, N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2004, p. 49 ss.; P. Rescigno, *Status (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 93; Id., *Situazione e status, nell'esperienza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 209 ss.; M. Rehbinder, *Status, Contract, and the Welfare State*, in *Stan. L. Rev.*, 23, 1971, p. 941 ss.

²⁰ F. Prospero, *Rilevanza della persona*, cit., p. 32.

Com'è chiaro e come è stato correttamente sottolineato, anche nel diritto di famiglia vi è stato un passaggio «dallo status al contratto»²¹, tanto che – anzi - si potrebbe ormai parlare di «contratto nello status»: la conseguenza è la piena disponibilità dei rapporti patrimoniali familiari, al fine di consentire la realizzazione dei diritti e libertà fondamentali di ogni singolo componente della famiglia.

In questo processo, di fondamentale rilievo è stato anche il diritto europeo che, con i suoi Trattati e con la CEDU, ha riconosciuto diritti e libertà fondamentali che hanno consentito l'ingresso di nuovi modelli familiari, contribuendo ulteriormente al fenomeno della progressiva «erosione» del concetto tradizionale di *status*²². Basti pensare all'evoluzione in materia di filiazione: se è vero che la riforma del 2012 ha, da un lato, esteso lo *status filiationis* a tutti i figli, tanto che è stato creato uno «stato unico di figlio» (art. 1, l. 219/2012), essa ha, dall'altro, reso «inutile» l'esistenza stessa di tale *status*²³, al di là di una mera esigenza descrittiva. Lo *status filiationis*, infatti, non ha più lo scopo di «differenziare» una tutela, appartenente a determinati soggetti e negata invece ad altri, ma – al contrario – acquista l'opposta finalità di garantire pari trattamento anche ai «figli naturali», eliminando così del tutto la «funzione» giuridica ed il rilievo della procreazione all'interno della famiglia «tradizionale».

Basti, inoltre, solo accennare a quanto questo processo sia giunto alle estreme conseguenze, laddove si pensi alla *stepchild adoption* di coppie omosessuali, ammessa oggi con il tramite dell'istituto dell'adozione in casi particolari²⁴ (art. 44 l. 184/83) ed

²¹ A. Zoppini, *Contratto*, cit., c. 1322. Sul problema, cfr., A. Bruns, *Die Vertragsfreiheit und ihre Grenzen in Europa und den USA-Movement from Contract to Status?*, in *Juristenzeitung*, 2007, p. 385 ss.

²² C. Camardi, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 7 ss.

²³ C. Camardi, *op. loc. cit.*, p. 21.

²⁴ App. Milano, 22 aprile 2017, in *Foro it.*, 2017, I, c. 2061 ss.; in *Corr. giur.*, 2017, c. 798 ss., con nota di C. Cirio, *Certezza e stabilità delle relazioni familiari del minore. La stepchild adoption: nel caso di specie, la Corte ha accolto le domande proposte da due donne, legate da una relazione affettiva e successivamente da unione civile, ciascuna di adozione della figlia dell'altra, nate entrambe nell'ambito di un progetto di genitorialità condivisa, da procreazione medicalmente assistita, con gameti maschili provenienti dallo stesso donatore; ciò riprendendo l'orientamento espresso da Cass., 22 giugno 2016, n. 12962, in *Foro it.*, 2016, I, c. 2342, con nota di G. Casaburi, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*; in *Corr. giur.*, 2016, p. 1217 ss., con nota di P. Morozzo della Rocca, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption* e di L. Attademo, *La stepchild adoption omoparentale nel dettato dell'art. 44, 1° comma, lett. d) l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1999*; in *Fam e dir.*, 2016, p. 1034 ss., con nota di S. Veronesi, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*. V., più di recente, anche se in senso parzialmente diverso, pur ribadendo la possibilità di «impiegare» l'istituto dell'adozione in casi particolari, Cass., Sez. Un., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2019, I, c. 1951 ss., con nota di G. Casaburi, *Le alterne vicende delle nuove forme di genitorialità nella giurisprudenza più recente*; in *Fam. e dir.*, 2019, p. 653 ss., con nota di M. Dogliotti, *Le Sezioni Unite condannano i due padri e assolvono le due madri*, e di G. Ferrando, *Maternità per sostituzione all'estero: le Sezioni Unite dichiarano inammissibile la trascrizione dell'atto di nascita. Un primo commento*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, p. 741 ss., con nota di U. Salanitro, *Ordine pubblico internazionale, filiazione omosessuale e surrogazione di maternità*; in *Rass. dir. civ.* 2019, p. 1373 ss., con nota di S. Serravalle, *Divieto di maternità surrogata e contrarietà all'ordine pubblico del giudicato**

in considerazione del *best interest of the child*, ovvero all'ammissibilità del riconoscimento della registrazione, effettuata anagraficamente da uno Stato estero, dei figli di una coppia *same sex*²⁵. Si pensi, ancora, a quanto lo stato di figlio sia ulteriormente «messo in discussione» dalla tecnica della procreazione medicalmente assistita, che ha oggi consentito di «nascere per contratto»²⁶. In tale ambito, infatti, ad esempio, lo *status* di figlio di una coppia di conviventi, che si sia avvalsa di tecniche di procreazione assistita, deriva non già dal riconoscimento da parte dei genitori, come avviene per qualsiasi figlio nato fuori dal matrimonio, ma direttamente dall'atto procreativo²⁷, ex art. 8 l. 40/2004. Allo stesso tempo, com'è noto ed espressamente previsto dalla legge, il donatore anonimo, nella fecondazione di tipo eterologo, non acquista alcun diritto (né assume doveri) di tipo «genitoriale». Peraltro, il partner di sesso maschile (marito o convivente), dopo un determinato periodo di tempo fissato tassativamente dalla legge, non può revocare il consenso all'impianto dell'embrione: conseguentemente il nato acquisirà definitivamente lo *status filiationis*, senza più alcuna possibilità per il «padre» di esperire azione di disconoscimento della paternità²⁸. Si evidenzia perciò in modo evidentissimo quanto sia drasticamente mutato il ruolo dello *status*, in funzione di interessi e scopi tutelati dal legislatore, ben distanti da quelli originariamente garantiti dalla *ratio* dell'istituto.

Gli esempi potrebbero continuare a lungo e sono destinati ulteriormente ad aumentare ampliando l'area di indagine al contesto europeo, a cui sempre deve farsi riferimento per una corretta e completa indagine ermeneutica: basti pensare che la libera circolazione delle persone, all'interno dei Paesi dell'Unione europea, favorisce la conseguente circolazione di «nuovi *status*», inevitabilmente destinati ad incidere e

straniero attestante la duplice paternità; in *Dir. fam.*, 2019, p. 1062 ss., con nota di A. Spadafora, *Procreare semper licet?*.

²⁵ Cfr. Cass., 31 maggio 2018, n. 14007, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2717 ss.; in *Riv. dir. fam.*, 2018, p. 348 ss.; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2019, p. 168 ss.: nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che il superiore interesse del minore, inteso come diritto del minore stesso a vivere stabilmente in un ambiente domestico armonioso e ad essere educato e assistito nella crescita con equilibrio e rispetto dei suoi diritti fondamentali, costituisca un «limite all'ordine pubblico», sicché il giudice di merito può dichiarare efficaci le sentenze straniere che abbiano pronunciato l'adozione di due minori, ciascuno dalla partner della rispettiva madre biologica, disponendo contestualmente la trascrizione nei registri di stato civile.

²⁶ C. Shalev, *Nascere per contratto*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 105 ss.

²⁷ Cfr. C. Campagna, *Paternità senza relazione biologica*, in *rivistafamiglia.it*, 28 ottobre 2020, p. 4; A. Gorgoni, *Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita*, in *www.personaemercato.it*, 2021, fasc. 2, *passim*; Cass., 29 aprile 2020, n. 8325, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 1109 ss., con nota di V. Calderai, *La tela strappata di Ercole. A proposito dello stato dei nati da maternità surrogata*; V. Caredda, *Stato dei figli e violazione dei divieti nella legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in *Famiglia*, 2005, p. 265 ss.; M. C. Venuti, *Procreazione medicalmente assistita: il consenso alle tecniche di pma e la responsabilità genitoriale di single, conviventi e parti unite civilmente*, in *Genius*, 2018, fasc. 1, p. 85 ss.

²⁸ Giurisprudenza costante: cfr., tra le più recenti, Cass., 23 agosto 2021, in *Foro it.*, 2022, I, c. 293 ss.

ad influenzare il moderno diritto di famiglia²⁹, in un'ottica totalmente nuova, ben lungi dal concetto, ormai superato, di *status* tradizionalmente inteso.

Conseguentemente, oggi più che mai, appaiono del tutto incongrue, erranee e superate le resistenze interpretative giurisprudenziali, che traggono origine dal concetto romanistico di *status*, al fine di «ridimensionare» e limitare le potenzialità «espressive» del moderno diritto di famiglia, soprattutto in relazione ad una visione, ormai non solo anacronistica ma anche «atecnica», che lo vorrebbe, ad esempio, vedere privato di istituti caratterizzanti del diritto civile, specie in relazione ai diritti contrattuali ed alla libera disponibilità degli stessi.

²⁹ Sul problema, v. le riflessioni di C. Camardi, *Diritti*, cit., p. 26 ss.

Antonio Orlando

LO SCOPO DI LUCRO IDENTIFICA
IL SOGGETTO SOCIETARIO DI FATTO NEI RAPPORTI CON
L'AMMINISTRAZIONE FINANZIARIA*

ABSTRACT

Il saggio propone un commento alla sentenza della Corte di Cassazione del 11 marzo 2021 n. 6835, mettendo in luce le principali assonanze e differenze fra la nozione di società di fatto adottata nel diritto ordinario e nell'ordinamento tributario.

Attenzione è stata riservata agli elementi probatori necessari per riconoscere l'istituto giuridico de quo nei rapporti con l'amministrazione finanziaria ed, in particolare, al ruolo che assume lo scopo di lucro nel qualificare ai fini fiscali un'entità collettiva di natura associativa in un soggetto societario costituito per fatti concludenti.

The essay analyzes the sentence of the Court of Cassation of 11 March 2021 n. 6835, taking attention on the main aspects of the de facto company established in civil law and in the tax law.

The elements of proof established by the civil court to declare the existence of the de facto company are examined in detail, specially the importance of the profit-making requisite. The question was, then, raised as to whether this element is equally important in dealings with the Tax Authorities.

PAROLE CHIAVE

Società di fatto – elementi di prova – scopo di lucro

De facto company – elements of proof – profit-making requisite

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari – 2. La vicenda processuale in breve – 3. La società di fatto nel diritto tributario ed il quadro normativo di riferimento – 4. L'onere probatorio della società di fatto innanzi all'amministrazione finanziaria – 5. Riflessioni sul confine fra società di fatto ed enti a base associativa disciplinati dall'art. 73 TUIR.

1. Il termine “società di fatto”¹, o per *facta concludentia*, è generalmente impiegato

*Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

Le opinioni dell'Autore sono espresse a titolo personale e, pertanto, non vincolano in alcun modo l'amministrazione pubblica di appartenenza.

¹ La locuzione “società di fatto” è frutto di una definizione coniata dall'illustre cultore del diritto Gino

nel diritto vivente per indicare quel soggetto societario con il quale due o più persone, senza aver preventivamente pattuito alcun accordo, esercitano in comune un'attività economica, comportandosi di fatto come soci e integrando sostanzialmente la fattispecie prevista dall'art. 2247 cod. civ. La chiarezza dell'espressione "di fatto" pone in risalto e definisce, meglio di qualunque altro, la caratteristica fondamentale di questa particolare forma societaria².

Ad oggi, tuttavia, l'istituto giuridico *de quo* non ha ancora trovato una collocazione sistematica nelle norme che compongono il Codice civile; rappresenta, difatti, il risultato di un'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, resa necessaria dal diffuso numero di realtà imprenditoriali che adottano questa forma societaria.

Nell'ambito del diritto tributario, invece, il soggetto societario costituito per fatti concludenti trova menzione nei testi di legge che disciplinano i principali tributi³, al pari dei tipi societari costituiti in modo formale, con una collocazione stabile ed ordinaria nei diversi sub-sistemi fiscali⁴ – decisamente differente rispetto alla rilevanza solo

Gorla, successivamente all'entrata in vigore del Codice del 1942, al fine di identificare quelli enti societari «che si formano senza un accordo espresso dei soci (sia verbale che scritto) diretto alla costituzione di una società, ma col fatto stesso di trattare insieme degli affari per un certo periodo di tempo, in modo da dar luogo ad un accordo tacito sull'esercizio in comune di un'attività economica con scopo di guadagno». Cfr. G. Gorla, *Le società secondo il nuovo codice: breve guida pratica*, Giuffrè, Milano 1942, p. 6.

² Il soggetto societario di fatto è stato un argomento molto affrontato in letteratura. Senza alcuna pretesa di completezza, si indicano i contributi dottrinali di maggiore rilievo: F. Messineo, *Sulla pubblicità e l'irregolarità delle società commerciali*, in *Dir. Fall.*, 1942, I, pp. 503 ss.; A. Genovese, *Le forme integrative e le società irregolari*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, pp. 335; G. De Gennaro, *L'iscrizione degli atti societari*, in *Riv. soc.*, 1956, pp. 22 ss.; P. Spada, *La regolarizzazione delle società di fatto*, in *Giur. comm.* 1973, I, pp. 612 ss.; F. Galgano, *Il contratto di società, Le società di persone*, Zanichelli, Bologna, 1980, pp. 64 ss.; G. Ferri, *Le società*, Utet, Torino, 1985, pp. 113 ss.; M.A. Marzulli, *La società di fatto*, in *Trattato società di persone*, (a cura di) F. Preite, C.A. Busi, Utet, Torino 2015, pp. 61 ss. Per la trattazione della società di fatto nella normativa antecedente all'entrata in vigore del Codice del 1942. V. Salandra, *le società irregolari nel diritto vigente*, Foto Italiano, Roma, 1935. In ultimo, alla tematica della società di fatto sono state dedicate diverse monografie, fra le principali: E. Zola, *Le società di fatto nel diritto e nella pratica commerciale*, F.lli Bocca, Torino 1929; C. Natoli, *Riflessioni sulle società di fatto profili teorici della realtà pratica*, La Tipografica, Varese 1972, p. 64; G. Prosperetti, *Le società di fatto*, Cetes, Milano 1968; G. Spatazza, *La società di fatto*, Giuffrè, Milano, 1980; S. Mogorovich, *Le società di fatto*, Buffetti, Roma, 1994; M. Vacchiano, *Il fallimento della società di fatto*, in *Il diritto privato oggi*, (a cura di) P. CENDON, Giuffrè, Milano 2004; P. Spera, *La società di fatto. Recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Il diritto privato oggi*, (a cura di) P. Cendon, Giuffrè, Milano 2008; V. Vitro, *Le società di fatto. Profili sostanziali ed effetti del fallimento*, Giuffrè, Milano 2009.

³ Il legislatore tributario cita la società di fatto sia nell'imposizione diretta (artt. 5, 3° co. lett. b) e 65, 3° co. del TUIR) e nell'imposizione indiretta: fra i soggetti passivi Iva (art. 4, 2° co., D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633), nel Testo Unico delle disposizioni concernenti le imposte ipotecaria e catastale (art. 10, 2° co., D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347) e nel Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro (art. 4, 1° co., D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131).

A tal proposito occorre anche menzionare anche la normativa dedicata alla regolarizzazione di questa tipologia societaria, quale il D.L. 31 ottobre 1980, n. 693, convertito in legge 22 dicembre 1980, n.891, nonché la legge 23 dicembre 1982, n. 947, la Legge 23 dicembre 1996 n. 662 ed in ultimo la Legge 21 novembre 2000 n. 342.

⁴ Un orientamento maggioritario fra gli studiosi del diritto tributario sostiene una divisione dell'ordinamento fiscale in più subsistemi, ognuno con proprie regole, principi, categorie ed istituti. Al riguardo il

ipotetica ed incidentale assunta ai fini commerciali⁵ – prova di una particolare attenzione del legislatore fiscale verso i fenomeni di natura fattuale e la loro qualificazione giuridica nel sistema impositivo⁶.

La recente sentenza della Suprema Corte di cassazione del 11 marzo 2021 n. 6835 offre l'opportunità, fra l'altro⁷, di riflettere sull'onere probatorio richiesto per enunciare una società di fatto nei rapporti con l'amministrazione finanziaria, nonché sulla linea di confine fra l'istituto societario *de quo* e la categoria degli enti a base associativa disciplinati dall'art. 73 TUIR.

2. Nell'arresto giurisprudenziale in narrazione, il Fisco ha indentificato un rapporto giuridico di natura societaria fra i componenti del consiglio direttivo ed il socio fondatore di un ente con personalità giuridica, formalmente costituito sotto forma associativa, procedendo ad emettere i relativi atti impositivi nei confronti dell'ente societario di fatto e, per trasparenza, dei relativi soci.

Boria suddivide il sistema fiscale in diversi livelli: (i) il macro sistema, composto da norme di rango costituzionale e principi generali; (ii) il medio-sistemi di primo livello, riferiti a regole, istituti e norme proprie di ogni tributo; (iii) i medio-sistemi di secondo livello, dedicato all'insieme normativo di ogni singola categoria in cui si compone un tributo; (iv) i micro-sistemi riguardanti le specifiche fattispecie impositive e gli obblighi tributari all'interno della disciplina di ciascun tributo. Cfr. P. Boria, *Il sistema tributario*, in *Diritto Tributario*, (a cura di) A. Fantozzi, Utet, Torino 2012, p. 26.

Negli stessi termini si sono espressi anche R. LUPI, *Società, diritto e tributi*, Il sole 24 ore, Milano 2005, pp. 233 ss.; G.A. Micheli, *Società di persone e società di capitali di fronte alla legge tributaria*, in *La struttura dell'impresa e l'imposizione fiscale*, Atti del Convegno di S. Remo, Cedam, Padova 1981, p. 46. Quest'ultimo autore accusa l'assenza nella disciplina attuale di «una disciplina coordinata di tutti questi centri di imputazione soggettivi, essendo privi di un Testo Unico o almeno di una parte generale che coordini le varie imposte sui redditi».

In ultimo, la suddivisione del sistema fiscale in sub-sistemi è riproposta nell'opera del Fantozzi e del Paparella in riferimento alle diverse categorie di reddito previste dall'art. 6 TUIR. Secondo gli autori: «a ciascuna categoria di reddito corrispondono proprie regole di determinazione della ricchezza imponibile per cui esse non solo individuano e classificano le singole fattispecie reddituali ma possono essere considerate autonomi sub sistemi perché esprimono altrettanti regimi tipici ed autosufficienti». A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, Cedam, Milano 2019, p. 37.

⁵ Per un approfondimento sui rapporti fra categorie civilistiche e diritto tributario, si rimanda, senza alcuna pretesa di completezza, a M. Allena, *Sull'applicabilità dei principi civilistici al diritto tributario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, I, p. 1776; F. Bosello, *La formulazione della norma tributaria e le categorie giuridiche civilistiche*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1981, I, p. 1486; S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale*, Cedam, Padova 1992, p. 118; E. De Mita, *Diritto tributario e diritto civile: profili costituzionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, p. 154; G.A. Micheli, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. sc. fin. e dir. fin.*, 1977, I, p. 419; L. Osterloh, *Il diritto tributario ed il diritto privato*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) A. Amatucci, I, II, Cedam, Padova, 1994, pp. 113 ss.; F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario, parte generale*, Cedam, Milano 2021, pp. 2 ss.

⁶ Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, in *Riv. Dir. Trib.*, vol. I, 1995, p. 651.

⁷ Nella sentenza in argomento la Suprema corte propone anche chiarimenti sul principio della neutralità dell'iva sancito dalla Corte di giustizia europea nel 2013, con la censura del motivo di denuncia della parte ricorrente, finalizzato al riconoscimento dell'importo riscosso dal cliente finale comprensivo dell'imposta sul valore aggiunto. In ultimo, il ricorrente ha denunciato, altresì, la mancata inapplicabilità delle sanzioni *ex artt.* 8 d.lgs. 31 dicembre 1992 n. 546 e 6 d.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, nonostante l'ente avesse, in buona fede, ritenuto di operare come ente non commerciale.

A fondamento della pretesa erariale sono stati identificati elementi indiziari quali la sostanziale natura commerciale dell'attività svolta dall'ente collettivo, nonché la mancanza di un'effettiva vita associativa e della clausola di democraticità nella gestione, tanto da lasciare invariata nel tempo la composizione dello stesso consiglio direttivo.

Nella ricostruzione dei fatti operata dalla commissione tributaria, l'entità associativa oggetto di riqualificazione giuridica offriva ai propri associati – per il tramite di centri accreditati – dei prodotti e servizi di natura informatica elaborati da AICA (Associazione italiana e il calcolo automatico), svolgendo nella sostanza un ruolo di intermediazione.

Il corrispettivo percepito dagli associati, depurato della quota spettante ad AICA ed ai centri accreditati – rispettivamente per i prodotti e servizi offerti e per le spese di gestione ed istituzionali sostenute – rappresentava la voce predominante delle entrate dell'ente associativo⁸.

La stessa entità collettiva, tuttavia, registrava una perdita di esercizio dovuta essenzialmente a generosi compensi erogati ai componenti del consiglio direttivo ed al socio fondatore; tali erogazioni sono state assimilate, per dimensione e modalità di determinazione, a distribuzione di utili a soci⁹.

I giudici di seconde cure hanno, altresì, rimarcato lo svuotamento della clausola di democraticità; difatti le deliberazioni dall'ente associativo sono state assunte sempre in seconda convocazione con il voto esclusivo dei componenti del comitato direttivo.

Su queste argomentazioni, le commissioni tributaria provinciale e regionale si sono pronunciate a favore della riqualificazione dell'ente non commerciale in una realtà imprenditoriale orientata al perseguimento di un utile.

I giudici di legittimità, condividendo le argomentazioni proposte dalle corti di merito, non hanno ritenuto meritevoli di accoglimento le doglianze della parte ricorrente, la quale ha contestato la riqualificazione dell'ente associativo in una società di fatto sostenendo che la stessa associazione è stata destinataria di un provvedimento amministrativo di riconoscimento di ente non commerciale con personalità giuridica e, come tale, non si è mai palesato diversamente innanzi ai terzi.

La Suprema corte, sul punto, ha sottolineato che il giudizio di merito è stato improntato sulla valutazione della «concreta attività dell'ente (che svolgeva una attività imprenditoriale) e dei componenti del comitato direttivo (che, di comune accordo ed attraverso il conferimenti dei servizi lavorativi da loro svolti all'interno dell'associazione, hanno dato direttive e disposizioni sulla gestione dell'ente, organizzando l'attività economica e fissando, fra l'altro, l'ammontare dei corrispettivi per le prestazioni

⁸ Al riguardo i giudici di seconde cure hanno sostenuto che: «macroscopica la sproporzione fra ricavi derivanti dall'attività commerciale e le entrate correlate alla gestione caratteristica»; voci di bilancio che hanno assunto nel 2008 rispettivamente i valori di € 1.539.176,00 ed € 60.678,00.

⁹ Nel giudizio innanzi alla commissione tributaria regionale, è stato puntualizzato che ai componenti del consiglio direttivo «risultano erogati nel corso del 2008 complessivi € 220.075,00 a titolo di compensi senza che sia noto il criterio di determinazione e la relativa base contrattuale»; mentre, al socio fondatore, «risultano versati € 72.000,00 a titolo di diritti d'autore (deliberati dal consiglio direttivo su espressa richiesta dell'interessato) senza che di tale titolo vi sia alcuna dimostrazione, atteso che oltretutto tali diritti avrebbero dovuto competere all'associazione stessa per la quale il [socio fondatore] ha prestato la sua opera intellettuale».

fornite agli utenti finali, con conseguente determinazione del margine di guadagno assicurato all'ente, ossia dell'utile d'impresa poi ripartito fra di loro), concludendo, con accertamento in fatto, che [l'ente associativo in narrazione, ndr] ha operato come una società di persone».

In ultimo, richiamando precedenti orientamenti giurisprudenziali di legittimità¹⁰, la Corte di cassazione ha sentenziato che per l'enunciazione di un soggetto societario di fatto è sufficiente l'esistenza di una causa lucrativa e di un accordo, anche solamente verbale, nonché la ricognizione dei criteri di cui all'art. 2247 cod. civ., «atteso che la disciplina tributaria (...) non richiede, per la tassazione del reddito di una società di fatto, altro requisito se non la ravvisabilità nel suo oggetto dell'esercizio di un'attività commerciale, e che la costituzione di una società è ammessa anche per l'esercizio occasionale di attività economiche».

3. Le argomentazioni addotte dai giudici di legittimità rendono doverosa una prima riflessione sulla nozione di società di fatto valevole nella branca del diritto tributario che, inevitabilmente, si riflette sull'onere probatorio necessario per enunciare una società di fatto nei rapporti con l'amministrazione finanziaria.

Come anticipato precedentemente, l'organo legiferante ha evitato di utilizzare la locuzione "società di fatto" nelle norme introdotte con il Regio decreto 16 marzo 1942 n. 262, preferendo rivolgersi, unicamente, alla società in nome collettivo ed in accomandita semplice per offrire una disciplina alla categoria delle società di persone per le quali non è avvenuta la regolare iscrizione nel registro delle imprese; a queste due tipologie di società irregolari sono dedicati rispettivamente gli artt. 2297 e 2317 cod. civ.¹¹.

¹⁰ I riferimenti proposti sono le sentenze della stessa Corte di Cassazione del 31 gennaio 2014 n. 2200 e del 6 novembre 2002 n. 15538, entrambe disponibili in C.E.D. Cassazione.

¹¹ Per queste ragioni si è dubitato del riconoscimento di una certa autonomia concettuale della società di fatto, tant'è che la dottrina considera la stessa come una *species* del *genus* società irregolare. Cfr. V. Molinari, *L'attuazione del registro delle imprese*, Luigi Pellegrini Editore, Cosenza 1996, p. 150; nonché M. Cutolo, *Diritto privato*, Giuffrè, Milano 2006, p. 572.

Autorevoli giuristi ritengono, infatti, che ogni società costituita su base fattuale è anche un soggetto societario irregolare, sebbene la prima si contraddistingue, rispetto al secondo, per la carenza di un accordo espresso e scritto. Cfr. V. Buonocore, G. Castellano, R. Costi, *Società di persone (Casi e materiali)*, I, Giuffrè, Milano 1980, p. 237.

Da qui l'applicazione della disciplina delle società non registrate sia a soggetti societari – come quelli di fatto – privi di un atto formale ed un accordo scritto, sia a quelle società carenti solo della regolare iscrizione nel registro delle imprese.

La mancata registrazione, tuttavia, ha quale conseguenza una modifica della disciplina, in particolare rispetto ai terzi, proprio in virtù della funzione di pubblicità che questa espleta nei loro confronti, ovvero quella di rendere noti fatti o dati socialmente rilevanti. Cfr. F. Santi, *Amministrazione e controlli. Società di persone, Imprese gestite da enti collettivi. Consorzi. Gruppi Europei di interesse economico. Imprese familiari. Associazioni di partecipazione*, Cedam, Padova 2011, p. 91 ed anche Cfr. P. Cendon, *Commentario al codice civile*, Giuffrè, Milano 2008, p. 99.

Si ha, quindi, un generale rinvio alle disposizioni relative alla società semplice, salvo alcune eccezioni, in applicazione del disposto degli artt. 2297 e 2317 cod. civ., in particolare per quanto concerne l'attuazione del beneficio di preventiva escussione (l'art. 2268 cod. civ. a fronte dell'art. 2304 cod. civ.); dell'autonomia patrimoniale (l'art. 2270 cod. civ. in luogo dell'art. 2305 cod. civ.), e per converso

In coerenza con il principio di tipicità degli enti societari sancito dal legislatore ordinario, nel diritto vivente la società per *facta concludentia* non è definita come un istituto giuridico atipico, ma assume il significato di una mera variante negoziale di una delle tipologie già istituzionalizzate nell'art. 2249 cod. civ.; essa rappresenta l'espressione della libertà delle forme prevista per le società di persone¹², in opposizione al principio di solennità della forma caratterizzante la categoria delle società di capitali.

Diversa è, invece, la tecnica di produzione normativa adottata dal legislatore in ambito fiscale, con la ripetizione dell'istituto giuridico *de quo* nel testo di legge dei principali tributi. Siamo in presenza di un rinvio di tipo esplicito¹³, adottato dall'organo legiferante tanto nel Testo Unico dell'imposta sui redditi (artt. 5, 3° co., lett. b. e 65, 3° co.), quanto nell'imposizione indiretta, ove trova accoglimento nel Decreto Iva (art. 4, 2° co., D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633), nel Testo Unico relativo alle imposte ipotecaria e catastale (art. 10, 2° co., D.Lgs. 31 ottobre 1990, n. 347) e nel Testo Unico delle disposizioni concernenti l'imposta di registro (art. 4, 1° co., D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131).

Da una prima analisi dei testi di legge enunciati si può ritenere che questa tecnica normativa risponda ad una necessità di semplificazione costruttiva, che si ripropone ogni qualvolta l'esigenza di disciplinare specifici fenomeni estranei al diritto tributario porta l'autorità legiferante a preferire il collegamento ad altri settori giuridici, in cui gli stessi fenomeni sono già regolamentati¹⁴.

Tuttavia, non sono mancate critiche da parte di certi cultori del diritto tributario che

all'esclusione di quelle norme che il codice preordina al compimento della pubblicità legale. Cfr. A. Gambino, *Impresa e società di persone*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 185 ss. ed anche C. Angelici, voce *società di fatto*, op. cit., p. 7., F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, II, Cedam, Padova 2014, p. 131, P. Cendon, *Commentario al codice civile*, op. cit., p. 345.

¹² Il principio della libertà delle forme implica che, salva ogni diversa regola specifica, un contratto non è invalido, e dunque nullo, qualora non venga adottata una forma solenne o tipica. La libertà delle forme, tuttavia, incontra un limite, che è costituito dai contratti a causa liberale, come le donazioni, per i quali si impone l'atto pubblico e la presenza di due testimoni. La regola della libertà delle forme si evince dall'art. 2251 cod. civ., che riguarda le società semplici, in forza del quale si afferma che «il contratto non è soggetto a forme speciali, salve quelle richieste dalla natura dei beni conferiti»; da ciò ne deriva che l'osservanza della forma scritta nell'ambito societario, e in generale nel diritto civile, è imprescindibile esclusivamente quando vengono conferiti dai soci, a titolo di proprietà o di godimento ultranovenale, beni immobili o altri diritti reali immobiliari.

¹³ Per delle riflessioni sul ruolo ricoperto dalla c.d. “tecnica del rinvio” adottata dalla legislazione fiscale, fra i tanti, cfr. V. Mastroiacovo, *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, in *Diritto tributario*, (a cura di) A. Fantozzi, Utet, Torino 2012, pp. 262 – 263.

In riferimento al rinvio contenuto nell'art. 5, 3° co. TUIR, una certa dottrina sostiene che lo stesso si possa qualificare come una “presupposizione”, in quanto accoglie pienamente la definizione civilistica a cui si rinvia. Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 648.

Inoltre, è stato evidenziato che nel caso della società di fatto il legislatore fiscale abbia adottato lo stesso richiamo alle nozioni civilistiche previsto per le società di capitali e di persone, così da avvalorare l'unanime pensiero dottrinale giuscommercialista di non considerare il soggetto societario di fatto quale “tipo” autonomo rispetto ai tipi di società disciplinati dal Codice civile. Cfr. M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, in *Rass. Trib.*, 2009, 5, p. 1427.

¹⁴ Cfr. S. Cipollina, *La legge civile e la legge fiscale*, cit., pp. 14-15.

hanno definito la ripetizione dell'istituto giuridico *de quo* quale inutile duplicazione¹⁵, poiché fra i soggetti passivi dell'obbligazione tributaria sono state già contemplate le società di persone, di cui la società di fatto ne rappresenta una particolare forma costitutiva.

La scelta di questa tecnica di produzione legislativa può, inoltre, sollevare dubbi sull'intenzione del legislatore fiscale di attribuire all'istituto societario di fatto un significato ed una disciplina diversi rispetto al settore giuridico di appartenenza.

Tale ipotesi è corroborata anche da alcune infelici interpretazioni offerte dall'amministrazione finanziaria che sembrerebbero tendere verso il qualificare ai fini fiscali la società di fatto come soggetto societario atipico¹⁶, discostandosi dalla definizione giuridico-commercialista di variante negoziale delle società a base personale enunciate nell'art. 2249 cod. civ.¹⁷.

Nonostante questi dubbi ermeneutici, parte della dottrina tributaristica è concorde nel riconoscere l'esistenza, nell'ambito dell'imposizione diretta, di un parallelismo fra le disposizioni dell'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR ed il contenuto dell'art. 2249, 1° e 2°

¹⁵ In proposito il Fedele così ha apostrofato la scelta del legislatore fiscale: «sembra pertanto impropria, e sostanzialmente inutile, la formulazione delle norme tributarie (attualmente l'art. 5, comma 3° lett. b), D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917) che si preoccupano di menzionate espressamente le società di fatto e di equipararle alla società in nome collettivo od alla società semplice a seconda dell'attività in concreto svolta, dato che, in ragione dell'attività medesima, essere sono o società in nome collettivo irregolari o società semplice». A. Fedele, *Società in nome collettivo e in accomandita semplice: forme, esibizioni documentali e loro integrazione*, in *Riv. del Not.*, 1990, p. 1312.

Critico sulla tecnica di produzione normativa scelta dall'organo legiferante in ambito tributario è stato anche il Braccini, che definisce la norma tributaria contenuta nell'art. 5, 3° co., lett. b) come una disposizione "inessenziale e pleonastica". Cfr. R. Braccini, *Società edilizia costituita re o verbis ed imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1977, pp. 511.

¹⁶ Cfr. A. Fedele, *Profilo fiscale della società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, p. 563. L'autore, dopo aver puntualizzato che la società di fatto non costituisce un distinto tipo di società di persone, ma si riconduce alle più ampie categorie della società collettiva irregolare o della società semplice, ritiene che i documenti di prassi dell'Amministrazione finanziaria a volte si discostano dalla qualifica di diritto sostanziale e tendono a considerare la fattispecie societaria di fatto come un tipo societario autonomo.

Lo stesso autore, già in una sua precedente opera, criticava la definizione offerta dall'Amministrazione finanziaria nella Circolare 19 novembre 1984 n. 64/250986, sostenendo che nello stesso documento di prassi si fornisce «un esempio macroscopico dei gravi errori cui può condurre, nell'interpretazione delle norme tributarie, l'inconscia distorsione di nozioni ed istituti del diritto sostanziale determinata dalla sovrapposizione di particolari aspetti della disciplina dei singoli tributi». A. Fedele, *Osservazioni in tema di regolarizzazione di società di fatto*, in *Riv. trib.*, 1985, p. 91.

¹⁷ Un esempio è offerto dal testo della Circolare del Ministero dell'Economia e delle finanze del 7 agosto 1985 n. 59 (consultabile in *Banche dati fisconline*), dove si esclude la società di fatto dalla pubblicità nei registri immobiliari in quanto non esplicitamente menzionata nell'art. 2659 cod. civ., nonostante lo stesso articolo preveda, invece, le tre tipologie di società di persone.

La stessa interpretazione è nuovamente riproposta nella Risoluzione del Ministero delle finanze del 27 febbraio 1987 n. 3000001 (consultabile in *Banche dati fisconline*). In questa occasione, l'esclusione del soggetto societario di fatto dai registri immobiliari è stata argomentata ponendo in luce le differenze con la società irregolare, quest'ultima ammessa al regime pubblicitario.

È evidente come la conclusione suggerita nel documento di prassi – di considerare le due forme societarie come soggetti ben distinti a cui destinare un trattamento fiscale totalmente differente – stride con il rapporto di *species a genus* proposto dall'interpretazione consolidata fra i cultori del diritto commerciale.

co. cod. civ.¹⁸; mentre, si ritiene che nell'imposizione indiretta sia stato disposto un mero rinvio all'istituto extrafiscale senza alcuna indicazione sulla norma da applicare¹⁹.

Il legislatore ordinario, nell'art. 2249 cod. civ. ha previsto, in via generale, una disciplina diversificata a seconda dell'oggetto dell'attività svolta dal soggetto societario costituito per fatti concludenti.

Sull'abbrivio dell'interpretazione letterale della norma civilistica, la società di fatto, che esercita un'attività diversa da quella commerciale, è assoggettata alla disciplina della società semplice. Secondo l'interpretazione dottrinale consolidata, invece, il soggetto societario di fatto che svolge un'attività di natura commerciale è regolato dalle norme della società in nome collettivo irregolare; il silenzio da parte dei soci sul tipo societario da adottare è assunto, dai cultori del diritto commerciale, quale scelta implicita di questo schema societario²⁰.

Anche il legislatore fiscale nell'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR tiene conto dell'oggetto dell'attività esercitata dalla società di fatto per determinare la disciplina di riferimento, riproponendo essenzialmente la stessa distinzione prevista nel settore di origine dell'istituto²¹. La società costituita per *facta concludentia* è equiparata ad una società

¹⁸ In proposito, un'autorevole voce del diritto tributario ha affermato che: «si deve osservare che la soluzione proposta nell'art. 5 Tuir consistente nella identificazione della società di fatto con le società in nome collettivo o con le società semplici a seconda della natura dell'oggetto sociale, ricalca nelle sue linee fondamentali quella desumibile dall'art. 2249 comma 1° e 2° Cod. civ.» P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 649.

¹⁹ Al riguardo una certa dottrina, in riferimento alla qualificazione della società di fatto nel diritto tributario, ha puntualizzato che: «il legislatore tributario si è limitato a ricalcare le scelte già compiute in ambito civilistico non dotando tali organismi di una definizione concreta e procedendo o alla loro semplice menzione o, come ne caso delle imposte sui redditi, a compiere la stessa equiparazione del legislatore civile. L'opportunità di questa scelta del legislatore tributario è sicuramente discutibile, dal momento che pare rinviare totalmente l'individuazione delle società di fatto ai fini fiscali agli stessi criteri stabiliti in sede civile». R. MICELI, *La prova del conferimento societario e la rilevanza dei rapporti familiari ai fini dell'individuazione dell'esistenza di una società di fatto*, in *Riv. dir. trib.*, 5, 2000, p. 241.

²⁰ In caso di attività commerciale svolta da un soggetto societario, la dottrina ha ritenuto che qualora i soci non manifestino una diversa volontà, si debba applicare la disciplina della società in nome collettivo, interpretando il silenzio delle parti quale scelta implicita di questo schema societario. Cfr. F. Galgano, *Società in genere. Società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) A. Cicu, F. Messineo, Giuffrè, Milano 1982, pp. 363 ss. e P. SPADA, *La tipicità delle società*, Cedam, Padova 1974, pp. 435 ss.

In caso di una società di fatto, il legislatore ha previsto negli artt. 2297 e 2317 cod. civ. rispettivamente il caso della mancata registrazione di una società in nome collettivo e di una società in accomandita semplice.

Pertanto, qualora non risulti qualche accordo da parte dei soci a limitare la responsabilità di parte della compagine sociale, si ritiene che alla società di fatto sia da applicare la disciplina della società in nome collettivo irregolare, in caso di svolgimento di attività commerciale.

Tuttavia, in considerazione delle peculiarità della società costituita per fatti concludenti, la dottrina prevalente sostiene che la disciplina della società in nome collettivo sia l'unica da poter applicare a causa della mancanza di qualunque accordo fra le parti. Cfr. R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano 1974, p. 2035.

²¹ Per quanto concerne le società a base personale, ovvero le società in nome collettivo, le società in accomandita semplice e le società semplice non vi sono dubbi in dottrina sul richiamo per presupposizione effettuato dal legislatore fiscale alla disciplina del Codice civile. Cfr. P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Giuffrè, Milano 1996, p. 30.

in nome collettivo qualora l'attività abbia natura commerciale; in alternativa, occorre applicare il regime fiscale della società semplice²².

Verificata la corrispondenza nelle loro linee fondamentali fra le discipline dei due diversi rami del diritto²³, si può concludere riconoscendo l'assenza nel settore tributario di un'autonoma definizione di società di fatto. Sono condivisibili, quindi, le teorie dottrinali che ritengono ai fini fiscali l'assunzione *tout court* della nozione commercialistica dell'istituto *de quo*²⁴, nonostante alcuni termini inappropriati adottati dal legislatore²⁵.

²² Cfr. F. Cicognani, voce *società di fatto II) Diritto tributario*, in *Enc. giu. Treccani*, XXIX, Roma 1993, p. 2. Lo Schiavolin, invece, ha così argomentato il parallelismo fra disciplina civile e fiscale: «in mancanza di una qualificazione esplicita della figura societaria, il legislatore tributario ha espresso in termini sostanziali di "equiparazione" una regola il cui contenuto corrisponde in linea di massima ai criteri di accertamento della fattispecie civilistica». R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, (diretto da) F. TESAURO, I, Utet, Torino 1994, p. 134.

²³ È necessario far presente che, nel diritto commerciale, la società di fatto identificata in una società semplice o in una collettiva irregolare in base alla natura dell'attività svolta, conserva a grandi linee la stessa disciplina in quanto la società semplice rappresenta il quadro giuridico di riferimento per le altre società di persone. Pertanto, si ha un generale rinvio alle disposizioni relative alla società semplice salvo alcune eccezioni, in applicazione del disposto degli art. 2297 cod. civ., in particolare per quanto concerne l'attenuazione del beneficio di preventiva escussione (l'art. 2268 cod. civ. a fronte dell'art. 2304 cod. civ.), dell'autonomia patrimoniale (l'art. 2270 cod. civ. in luogo dell'art. 2305 cod. civ.), e per converso all'esclusione di quelle norme che il codice preordina al compimento della pubblicità legale. Cfr. F. Santi, *Amministrazione e controlli. Società di persone*, cit., pp. 91 ss.

Le stesse considerazioni relative alla disciplina commerciale non sono vevoli nel settore tributario, dove è essenziale la corretta identificazione della società di fatto come società semplice o società collettiva in quanto sussistono rilevanti differenze nella disciplina impositiva delle due forme societarie.

²⁴ Cfr. F. Cicognani, voce *società di fatto*, cit., p. 1; ed anche A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Cedam, Padova 1996, pp. 390-391. Negli stessi termini anche il Boria, il quale pone l'accento su come «le norme tributarie in materia di società di fatto si adagino su quelle civilistiche. Infatti, nel sistema delle imposte dirette l'esistenza della società di fatto viene presupposta, con ricorso quindi ad un rinvio implicito alle norme civilistiche». P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 648.

In senso contrario, invece, il Perrone che, interrogandosi sulla fattispecie giuridica da attribuire alle aggregazioni temporanee di imprese, conclude nell'attribuire al medesimo fenomeno aggregativo una qualifica fiscale differente da quella civile, difatti «è possibile configurare un'aggregazione organizzata di interessi che assume rilevanza giuridica (un autonomo soggetto passivo) ai fini fiscali (ed in particolare dell'IVA e delle imposte sui redditi e non pure ai fini civili)». L. PERRONE, *Associazione temporanea di imprese e consorzi con attività esterna: problemi di diritto tributario*, in *Riv. dir. sc. fin.*, 1984, p. 144. L'autore basa le sue conclusioni sull'assunto di una definizione di società di fatto nel diritto tributario differente rispetto al quella utilizzata nel diritto comune.

²⁵ Nell'esame del testo dell'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR diversi autori hanno ritenuto inappropriato il termine "equiparazione" utilizzato dal legislatore fiscale per le società di fatto, in quanto il termine ha il significato di ricondurre una determinata categoria in un'ipotesi a questa estranea allo scopo di applicare la medesima disciplina giuridica. Poiché la società di fatto rappresenta una variante negoziale delle società di persone, il termine più appropriato suggerito dall'illustre voce della dottrina sarebbe "identificazione". Cfr. G. Oppo, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in AA.VV., *Riforma tributaria e diritto commerciale: le fattispecie*, Atti del convegno di Macerata del 12-13 novembre 1976, Giuffrè, Milano 1978, p. 25; R. Braccini, *Società edilizia costituita re o verbis ed imposta sul valore aggiunto*, op. cit., pp. 511; ed anche P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 647.

Nell'esaminare le disposizioni dell'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR, diverse autorevoli voci della dottrina hanno sollevato critiche verso la tecnica di produzione normativa scelta dall'organo legiferante.

La ripetizione di nozioni di natura extrafiscale è stata considerata un sintomo di carenza di attività creativa da parte del legislatore fiscale, che si palesa in un testo di legge ridondante a causa dell'inserimento di elementi superflui²⁶. Tuttavia, questa modalità di produzione normativa trova giustificazione nella necessità di offrire una maggiore chiarezza ed evitare dubbi interpretativi sul campo di applicazione di ogni singola imposta, a beneficio della completezza del testo di legge²⁷.

Negli stessi termini si sono espressi anche altri autori, che hanno posto in relazione l'esigenza di una maggiore chiarezza del testo di legge con il bisogno di offrire all'amministrazione finanziaria una rapida e diretta informazione sui soggetti coinvolti dalla norma²⁸.

Condividendo le osservazioni fin qui esposte, si ritiene di poter includere il testo dell'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR fra i tanti esempi di una tecnica di produzione legislativa ispirata al metodo casistico, adottato da tempo dal legislatore fiscale. Questo metodo, benché garantisca una maggiore certezza del diritto, è concausa dello sviluppo di un sistema fiscale lacunoso e privo di principi generali, indispensabili per un maggiore coordinamento nella materia fiscale²⁹.

Inoltre, la tipizzazione dell'istituto societario di fatto in ogni testo di legge è sentore

Quest'ultimo illustre tributarista considera, invece, corretto il termine "equiparazione" per la disciplina delle associazioni fra professionisti e per le società di armamento. In questo caso, l'autore fa presente che le stesse «non vengono infatti considerate una sub-fattispecie negoziale, ma un tipo societario a sé stante con collocazione extracodicistica». P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 48.

²⁶ Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 649. Questo è uno dei diversi esempi che l'autore identifica nel TUIR per porre l'accento sulla tecnica della ridondanza utilizzata dal legislatore fiscale.

Altro esempio proposto è riferito all'art. 186 TUIR dedicato alle società civili equiparate ai fini fiscali alle società in nome collettivo o, in alternativa, alle società semplici. «Probabilmente una tale conclusione avrebbe potuto essere raggiunta anche sul piano interpretativo, cioè a conferma della tendenza legislativa alla ridondanza delle norme in funzione della maggiore chiarezza possibile». P. Boria, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 53. Per la disciplina commercialistica delle società civile si rimanda a G. Visentini, F. Sisca, *La società civile*, in *Trattato società di persone*, (a cura di) F. Preite e C.A. Busi, Utet, Torino 2015.

²⁷ Sulla completezza delle norme fiscali, V. Mastroiacovo, *Dalla norma generale e astratta all'applicazione concreta*, cit., p. 357

²⁸ Al riguardo una certa dottrina ha sostenuto che: «la ragione dell'autonoma considerazione della società di fatto nei tributi sembra doversi spiegare con l'esigenza di fornire all'Amministrazione finanziaria criteri estrinseci e di agevole riscontro ai fini della tassazione». R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, cit., p. 134. In senso conforme, anche, G. Tinelli, S. Mencarelli, *Lineamenti giuridici dell'imposizione sul reddito delle persone fisiche*, Giappichelli, Torino 2013, p. 54.

²⁹ Cfr. F. Paparella, *L'autonomia del diritto tributario ed i rapporti con gli altri settori dell'ordinamento fra ponderazione dei valori, crisi del diritto e tendenze alla semplificazione dei rapporti giuridici*, in *Rivista di dir. tributario*, 6, 2019, pp. 618 ss. L'illustre voce della dottrina pone l'accento anche sui rischi di una legislazione per principi che potrebbe determinare il proliferare di processi interpretativi valutativi. Questa condizione porterebbe ad attribuire un significativo potere a coloro che hanno il compito di applicare la legge.

di un sistema fiscale polisistemico, ove ogni tributo si configura come un *sub* sistema autonomo³⁰. Ne deriva che, a sommosso avviso dello scrivente, la disciplina della società di fatto possa assumere sfumature interpretative differenti fra i diversi tributi.

In particolare, le disposizioni contenute nel Testo Unico del 1986 hanno natura di norme speciali valevoli solo nel campo dell'imposizione diretta. Questo assunto è corroborato dall'assenza nella tassazione indiretta della società di fatto di principi di coordinamento, o di rinvio, al D.P.R. del 22 dicembre 1986, n. 917³¹.

Diversa è, invece, la tecnica di collegamento interna adottata nell'art. 3, 1° co., D.Lgs. 15 dicembre 1997, n. 446, ove si è preferito non riportare il *nomen* dell'istituto

³⁰ Cfr. P. Boria, *Il sistema tributario*, cit., p. 26; ed anche R. LUPI, *Società, diritto e tributi*, cit., pp. 233 ss.

³¹ Il termine "società di fatto" è stato introdotto nei testi di legge riferiti all'imposizione diretta ed all'imposta sul valore aggiunto con il processo riformatore del sistema tributario degli anni settanta. Il soggetto societario di fatto trova iniziale collocazione nella disciplina dell'Imposta sul reddito delle persone fisiche nell'art. 5, 2° co. DPR. del 29 novembre 1973, n. 597: «le società di fatto sono equiparate alle società in nome collettivo o alle società semplici a seconda che abbiano o non abbiano per oggetto l'esercizio di attività commerciali ai sensi dell'art. 51».

Lo stesso passaggio legislativo è transitato nell'art. 5, 3° co., lett. b) DPR. 22 dicembre 1986 n. 917, che ha sostituito i precedenti Decreti presidenziali ordinando le disposizioni fiscali attinenti all'imposizione diretta in un unico Testo Unico.

Nella disciplina IVA, invece, la prima versione del D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633 non prevedeva alcuna menzione del soggetto societario di fatto. Successivamente, a seguito delle modifiche previste dall'art. 1 D.P.R. 23 dicembre 1974 n. 687, all'art. 4, 4° co., D.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, è stato introdotto il seguente periodo: «Le società di fatto sono equiparate alle società in nome collettivo o alle società semplici a seconda che abbiano o non abbiano per oggetto l'esercizio di attività commerciali». Nella versione della disciplina Iva in vigore dall'1 gennaio 1975 si può riscontrare un'evidente assonanza con la disciplina fiscale prevista per le società di fatto nell'imposizione diretta, con una maggiore uniformità dell'intero sistema fiscale.

Pertanto, con l'intervento normativo del 1974, a partire dal gennaio 1975, la disciplina della società di fatto contenuta nei testi di legge delle imposte IRPEF ed IVA risultava stata allineata, con una maggiore uniformità nel sistema tributario, è andato a porre fine ad un acceso dibattito dottrinale sull'inquadramento della società di fatto ai fini IVA. Cfr. R. Braccini, *Società edilizia costituita re o verbis ed imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 512.

Prima dell'entrata in vigore delle modifiche previste dall'art. 1 del D.P.R. 23 dicembre 1974 n. 687, in assenza della tipizzazione della società di fatto nel testo del Decreto IVA, in dottrina si sono registrate opinioni opposte, tra chi era a favore dell'applicazione al soggetto societario commerciale di fatto della disciplina IVA destinata alle collettive irregolari in considerazione della nozione offerta dalla dottrina commercialistica (V. R. Braccini, *Società edilizia costituita re o verbis ed imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 512); e chi, invece, ha sostenuto l'assoggettamento della società commerciale di fatto alla disciplina Iva degli imprenditori persone fisiche e della società semplice (V. S. Sammartino, *Profilo soggettivo del presupposto dell'Iva*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 61 ss.). Con l'intervento normativo del 1974, il legislatore ha esplicitamente sconfessato quest'ultima tesi dottrinale.

Tuttavia, l'allineamento fra le disposizioni IRPEF ed IVA è durato per un arco temporale di circa quattro anni, difatti, con l'art. 1 del DPR. del 29 gennaio 1979 è stata depennata dal Decreto IVA la disciplina relativa all'equiparazione delle società di fatto, senza alcuna previsione di specifiche disposizioni o principi di coordinamento con i testi di legge degli altri tributi. Successivamente a quest'ultima modifica legislativa, la dottrina è stata concorde nel considerare valevole ai fini delle imposte indirette la nozione di soggetto societario di fatto elaborata dalla dottrina commercialistica. Cfr. F. Cicognani, voce *Società di fatto*, cit., 1990, pp. 1 ss; P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 646.

giuridico *de quo*, bensì operare un rinvio all'art. 5, 3° co., TUIR³². In tal modo, l'organo legiferante ha inteso richiamare nel *sub* settore dell'Imposta regionale sulle attività produttive l'intera disciplina prevista dal Testo Unico del 1986, a vantaggio di un migliore coordinamento nel sistema impositivo³³.

Si può concludere che tanto per l'imposizione diretta, quanto per quella indiretta, il legislatore non ha elaborato una nozione innovativa di società di fatto dissimile da quella adottata nel diritto commerciale³⁴. La disciplina di riferimento resta quella definita dal ramo del diritto di provenienza che necessita, comunque, prima della sua adozione nel sistema fiscale, di uno studio di compatibilità con i principi dell'ordinamento tributario.

Tuttavia, a differenza del sistema delle imposte indirette, nel TUIR sono previste delle disposizioni aventi valore di norme speciali che trovano applicazione in deroga alla disciplina ordinaria della società a base personale.

In particolare, nel Testo Unico del 1986 si possono distinguere le disposizioni espressamente destinate alla società di fatto (presenti negli artt. 5, 3° c. lett. b. e 65, 3° co.), dalle altre che delineano il profilo fiscale delle società di persone, applicabili anche alla società per *facta concludentia* in ottemperanza all'equiparazione prevista dall'art. 5, 3° co., lett. b) TUIR³⁵.

³² La stessa tecnica di produzione normativa si può notare anche nei testi di legge della disciplina procedimentale contenuta nel D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600, rubricata «disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi» ove agli artt. 6, 1° co., 13, 1° co., 23, 1° co., 26, 4° co., 26-quinques, 4° co., 27, 1° co., 40, 2° co., è richiamato espressamente l'art. 5 TUIR (o la disciplina precedente contenuta nell'art. 5 D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597).

Nello stesso decreto presidenziale, inoltre, all'art. 35, 2° co. è menzionata esplicitamente la società di fatto. Tuttavia, il contesto in cui si inserisce il testo di legge non pone dubbi sul riferimento alla disciplina del Testo Unico del 1986.

Le disposizioni contenute nel D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 sono la prova che il legislatore ha adottato nel tempo diverse tecniche di produzione normativa, pertanto, interventi modificativi risalenti a periodi differenti hanno inciso sul testo di legge in modo diverso, facendo perdere uniformità all'impianto normativo del sistema impositivo.

³³ Un'attenta dottrina ritiene che la tecnica del rinvio utilizzata dal legislatore nella disciplina dell'IRAP ha la «funzione di aggancio» con le altre regole del sistema tributario. «Una funzione è di predisporre un quadro delle varie categorie di soggetti passivi di cui si applicano le distinte discipline in materia di base imponibile, un'altra di rendere più chiaro ai contribuenti il significato della definizione generale del presupposto, concretizzandola in un paradigma fondato su situazioni ad essi già note ai fini dell'applicazione di altre imposte». R. Schiavolin, *L'imposta regionale sulle attività produttive*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale: il sistema delle imposte in Italia*, Cedam, Padova 2013, p. 1037.

³⁴ In altri termini, il legislatore tributario non spiega cosa sia una società di fatto, ma opera un mero rinvio al diritto comune, accogliendone pienamente la definizione. Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 648.

³⁵ Questa lettura interpretativa non era necessaria nella precedente versione normativa contenuta nel D.P.R. 29 settembre 1973 n. 597, in quanto l'equiparazione della società di fatto con le società di persone costituite formalmente «comportava una assoluta e totale identità di trattamento tanto che, premessa tale equiparazione dall'art. 5 D.P.R. n. 597, nessun'altra norma di detto decreto faceva più menzione distinta delle società equiparate; talché dovevano necessariamente intendersi riferite, tal quali, anche a dette società equiparate le (...) fondamentali presunzioni assolute [previste per le società personificate regolari]». R. Napolitano, *sub. art. 5*, in AA.VV. *Commentario al Testo Unico delle Imposte sui Redditi, I - IRPEF*, Roma 1988, p. 91.

In ultimo, parte della dottrina sostiene che alla società di fatto – quale particolare forma di società a base personale – si possa estendere, in via ermeneutica, anche la disciplina delle società di capitali, compatibile con le peculiarità del soggetto societario di fatto. Le norme contenute nel Titolo II del TUIR, infatti, trovano applicazione alle società prive di personalità giuridica in via residuale, per quanto non disposto dal Titolo I, Capo VI dello stesso Testo Unico³⁶.

4. Stabilita la nozione di società di fatto valevole nel diritto tributario è necessario interrogarsi sulla rilevanza che possono assumere nei rapporti con l'amministrazione finanziaria gli elementi probatori che la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto necessari per il riconoscimento di un rapporto societario costituito in via comportamentale³⁷.

L'azione accertativa di una società *per facta concludentia* è, difatti, *in primis* un giudizio di fatto³⁸, ossia un'attività di carattere conoscitivo di tipo storico³⁹ che, basandosi su prove ed elementi indiziari, è volta ad accertare la verità o la falsità dei fatti controversi. Nel nostro caso, questa è volta ad accertare l'esistenza, o meno, di una

Con il riordino della disciplina relativa all'imposizione diretta contenuta nel Testo Unico del 1986, alle società equiparate *ex art. 5, 3° co.* TUIR sono state dedicate specifiche disposizioni che, in alcuni casi, divergono rispetto al regime fiscale previsto per la società collettiva regolare (come, ad esempio, la norma inserita nell'art. 65, 3° co., TUIR), così da rendere i soggetti societari costituiti di fatto destinatari di una disciplina fiscale di natura speciale.

³⁶ In proposito il Fedele ha affermato che: «anche in materia fiscale la disciplina più compiuta dei fenomeni societari è dettata in materia di società di capitali; alle società di persone devono applicarsi, in linea di principio e salvo divergenze razionalmente giustificabili, le medesime soluzioni adottate per le società personificate». A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., p. 576.

³⁷ Cfr. V. Vitro', *Le società di fatto. Profili sostanziali ed effetti del fallimento*, cit., p. 124. Per una riflessione storica sulle teorie dottrinali dell'età intermedia del diritto comune aventi ad oggetto gli elementi identificativi di un rapporto societario di fatto ed il relativo regime di prova della società di fatto, si rimanda a F. Treggiari, *La società di fatto: sondaggi di dottrina giuridica intermedia*, in *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto, e rapporti di consumo*, (a cura di) E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2017, pp. 2235 ss.

³⁸ Il Taruffo offre una distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto, qualificando come fatto «tutto e soltanto ciò che riguarda l'accertamento della verità o falsità dei fatti empirici rilevanti, salvo ciò che concerne l'applicazione di norme relative all'ammissibilità e all'assunzione delle prove, o di norme di prova legale». È inteso, invece, come diritto «tutto ciò che concerne l'applicazione di norme, ossia in particolare: la scelta della norma applicabile al caso; l'interpretazione di tale norma; la qualificazione giuridica dei fatti e la sussunzione di essi nella fattispecie astratta; la determinazione delle conseguenze giuridiche previste dalla norma e riferite al caso di specie». M. Taruffo, voce *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, XV, 1988, p. 1.

Per approfondimenti sulle differenze fra giudizio di fatto e giudizio di diritto, dello stesso autore: M. Taruffo, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, pp. 33 ss.; ed anche A. Nasi, voce *Fatto: giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano 1967, pp. 967 ss. Fra gli studiosi del diritto tributario si rimanda a G.M. Cipolla, *La prova tra procedimento e processo tributario*, Cedam, Padova 2005, pp. 41 ss.

³⁹ Il giudizio di fatto è definito in dottrina un giudizio di tipo storico in quanto colui che è chiamato ad indagare, allo stesso modo di uno storico, deve valutare episodi passati, accertarne la verità ed operare scelte e ricostruzioni su dati preesistenti. V. M. Taruffo, *Il giudice e lo storico: considerazioni metodologiche*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, pp. 438 ss.; S. Chiarloni, *Riflessioni sui limiti del giudizio di fatto nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, pp. 819 ss.; A. Carratta, *Funzione dimostrativa della prova*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 75.

organizzazione societaria carente di un atto costitutivo in forma scritta ed orale⁴⁰.

Secondo un consolidato orientamento dei giudici di legittimità⁴¹, affermatosi in materia fallimentare, è possibile offrire la prova dell'esistenza di una società di fatto secondo due ordini di indagini differenti ed indipendenti: sul piano dei rapporti interni nei confronti dei soci ed in relazione ai rapporti esterni dei terzi-creditori⁴².

Con riguardo ai primi, l'ente societario è visto come un contratto di durata, la cui pubblicazione non incide sulla sua efficacia. La giurisprudenza, su tale abbrivio, ha sancito l'esistenza di un soggetto societario per *facta concludentia* in presenza dei requisiti tipici del contratto societario enunciati nell'art. 2247 cod. civ.⁴³, quali: (i) la

⁴⁰ Per un commento sul procedimento probatorio per dimostrare l'esistenza della società occulta o apparente. V. F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (già diretto da) A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, (continuato da) P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2007, pp. 497 ss.

⁴¹ I giudici di legittimità hanno confermato, in più occasioni, che l'accertamento dell'esistenza o meno di una società di fatto può essere il frutto della valutazione di rapporti interni fra i soci o relazioni esterne con terzi soggetti. Occorre, infatti, «una rigorosa valutazione (quanto ai rapporti tra soci) del complesso delle circostanze idonee a rivelare l'esercizio in comune di una attività imprenditoriale quali il fondo comune, costituito dai conferimenti finalizzati all'esercizio congiunto di un'attività economica, l'alea comune dei guadagni e delle perdite, e l'affectio societatis, (omissis) invece, è sufficiente a far sorgere la responsabilità solidale dei soci ai sensi dell'art. 2297 c.c., la esteriorizzazione del vincolo sociale». Cass. Sez. civ., sent. 11 marzo 2010, n. 5961, in C.E.D. Cassazione, 2010; in senso conforme anche Cass. Sez. Civ., sent. 28 marzo 1987, n. 3029, in *Società*, 1987, p. 595.

⁴² V. G. Spatazza, *Le società di fatto*, cit., pp. 20 ss.; V. Buonocore, *Manuale di diritto commerciale*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 217 ss.

⁴³ È principio acquisito dalla giurisprudenza che ai fini della dimostrazione della sussistenza di una società di fatto occorre avere riguardo ai requisiti previsti dall'art. 2247 cod. civ., e non a quelli *ex art.* 2082 cod. civ. In proposito, la Corte di Cassazione ha affermato che, per riconoscere l'esistenza di una società di fatto non occorre guardare ai requisiti dell'abitudine, sistematicità e continuità dell'attività, che l'art. 2082 cod. civ. richiede come presupposti per attribuire la qualità di imprenditore, ma a quelli individuati dall'art. 2247 cod. civ. previsti per il contratto societario. Cfr. Cass. Sez. Civ., sent. 06 novembre 2002, n. 15538, in *Giust. civ.*, 2003, p. 2454.

La dottrina commercialistica si è dilungata sulla relazione fra concetto di impresa e di società, nonché sul problema della società senza impresa, *rectius* società occasionale. In proposito vi sono stati diversi orientamenti discordanti, uno di questi ha sostenuto che una società configuri sempre un'impresa e pertanto anche la società occasionale. V. T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale*, Giuffrè, Milano, pp. 194 ss.

Una certa dottrina ha affermato, invece, che la società occasionale non costituisca né un'impresa, né tanto meno una società. V. G. Ferri, *Delle società*, in *Commentario del codice civile*, (diretto da) A. Scialoja, G. Branca, Zanichelli, Bologna 1981, p. 60 ss.

In altri casi, invece, si è ritenuto che il requisito della professionalità fosse insito nella definizione di società, V. W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, Padova 1948, pp. 10 ss.

La dottrina ad oggi prevalente non include il requisito della professionalità nella definizione del soggetto societario, individuando nella società occasionale una fattispecie non assoggettabile alla disciplina dell'impresa ma soltanto a quella della società. V. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale, vol. 2 Diritto delle società*, Utet, Torino 2002, pp. 12 ss. ed anche E.R. Desana, *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Giappichelli, Torino 2018, pp. 26 ss.

In proposito, si riporta il pensiero del Galgano, per il quale: «l'elemento dell'esercizio in comune, da parte di due o più persone, di un'attività economica, mette in evidenza il nesso esistente fra il fenomeno della società e il fenomeno dell'impresa: l'esercizio di un'attività economica è, infatti, uno degli elementi della nozione legislativa di imprenditore, che l'art. 2082 definisce appunto come colui che "esercita

sussistenza di un fondo comune costituito dai conferimenti effettuati dai soci⁴⁴, (ii) la condivisione di un'alea comune tra gli stessi nei guadagni e nelle perdite⁴⁵ e, in fine, (iii) l'elemento soggettivo dall'*affectio societatis*⁴⁶.

professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione di beni e servizi". Rispetto alla nozione legislativa di imprenditore quella di società presenta un elemento ulteriore, il quale è dato dal fatto che, nell'ipotesi delle società, l'attività economica è esercitata, in comune fra loro "da due o più persone". È ciò che fa delle società altrettante forme di imprese collettive: il contratto di società si presenta, sotto questo aspetto, come il vincolo contrattuale che unisce fra loro più persone le quali esercitano collettivamente una medesima impresa. Inoltre, l'art. 2247 nel definire le società non dice che essa ha per oggetto l'esercizio, in comune, fra più persone di un'impresa, né riproduce integralmente la nozione di impresa desumibile dall'art. 2082, ma si esprime più sinteticamente, in termini di esercizio in comune di un'attività economica. Di qui il problema della costituzione di società anche per l'esercizio di attività che sebbene definibili economiche non rivestano però tutti i caratteri dell'attività d'impresa». F. Galgano, *Le società in genere, le società di persone, in Trattato di diritto civile e commerciale*, (già diretto da) A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, (continuato da) P. Schlesinger, Giuffrè, Milano 2007, p.16.

⁴⁴ Per quanto concerne il conferimento di beni e servizi in un fondo comune, la giurisprudenza di legittimità ha sempre adottato un concetto ampio di conferimento in società tale «da comprendere ogni contributo che abbia un valore economicamente apprezzabile e che possa servire all'attuazione del fine sociale». Cass. Sez. Civ., sent. 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. Comm.*, 1975, II, p. 733. L'apporto dei soci può essere, quindi, identificato non solo in un apporto di danaro o di beni mobili ma anche di beni incorporali, di aziende, di crediti ed altro ancora. V. Cass. Sez. Civ., sent. 7 giugno 1974, n. 1690, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 733.

⁴⁵ La definizione di utile offerta dalla giurisprudenza di legittimità è, infatti, molto ampia e comprende, non solo il diretto incremento pecuniario, ma annovera anche qualsiasi ritorno economico o patrimoniale realizzato mediante l'attività sociale.

In questa categoria di vantaggi sono incluse anche le utilità percepite direttamente dal socio senza il tramite della società, quali possono essere un risparmio personale derivante dall'accesso in tempi brevi a cospicui mutui ottenuti grazie dall'attività di intermediazione del credito svolta attraverso il soggetto societario di fatto.

I giudici di legittimità slegano il concetto di utile quale parte del risultato economico prodotto da un soggetto societario: «l'espressione "divisione di utili" deve essere intesa letteralmente, nel senso, cioè, che il risultato economico debba essere prima acquisito dalla società e poi distribuito tra i soci, essendo ben possibile, invece, che questi ricavano il vantaggio derivante dall'attività sociale direttamente e non per tramite della società». Per gli stessi giudici il vantaggio economico che i soci percepiscono dall'esercizio in comune di un'attività d'impresa può anche configurarsi: «nel vantaggio economico ad essi derivante dallo stesso esercizio della funzione creditizia nei loro confronti (...) che destinano al finanziamento delle loro personali iniziative economiche». Cass. Sez. Civ., sent. 6 agosto 1979 n. 4458, in *Giur. civ.*, p. 2256.

Le perdite, invece, sono da intendersi una diminuzione di capitale dovuto ad un andamento sfavorevole degli affari dell'azienda e sono ben distinte dal concetto economico di spese di esercizio. Pertanto, il sostenimento da parte di terzi di costi di esercizio di un'impresa non è elemento sintomatico per sostenere una partecipazione anche alle perdite sociali.

Secondo la Suprema Corte, infatti, «la prova della semplice partecipazione alle spese di esercizio non integra quella della esistenza di una società di fatto, stante la diversità esistente tra il concetto economico di spese di esercizio dell'impresa e quello di perdite dell'impresa medesima». Cass. Sez. Civ., sent. 16 novembre 1967, n. 2752, in *Dir. fall.*, 1968, p. 534.

⁴⁶ L'elemento dell'*affectio societatis* deve essere valutato con particolare attenzione, al fine di non confonderlo con l'*affectio familiaris*, che contraddistingue la costituzione di un'impresa familiare e ne determina un diverso regime, rispetto alla società di fatto. Cfr. M. Vacchiano, *Il fallimento della società di fatto*, cit., p. 143.

Questo requisito costituisce la componente soggettiva del contratto societario e rappresenta la volontà dei contraenti di costituire un vincolo di collaborazione allo scopo di conseguire un comune interesse

Nei rapporti con i terzi, invece, la prova del vincolo sociale si fonda su elementi puramente indiziari dell'esteriorizzazione del rapporto sociale, frutto di un agire *uti socii* da parte degli associati⁴⁷.

L'onere probatorio legato all'esistenza della società di fatto si atteggia, quindi, in modo diverso a seconda che si tratti di rapporti interni tra soci o con terzi esterni⁴⁸.

nell'esercizio collettivo di un'attività imprenditoriale.

Per il Fimmanò l'*affectio societatis* rappresenta: «un sinonimo della “comunione di scopo” dei contratti plurilaterali associativi previsti dal codice civile del 1942, e possiamo declinarlo in altro modo, ad esempio come interesse sociale, ma il senso non cambia». F. Fimmanò, *La vera ragione dell'eccezionalità dell'art. 147, comma 5, legge fallim.: l'invulnerabilità della persona giuridica*, in *Dir. fall. e delle soc. comm.*, 2017, 2, p. 571.

In fase di verifica dell'esistenza di una società di fatto, una volta riscontrata la sussistenza di tale elemento, si viene così a colmare il vuoto lasciato dall'assenza del contratto sociale.

In dottrina, difatti, si è ritenuto che nelle trattazioni sulla società di fatto l'*affectio societatis* assume, oltre ad un livello di indagine che attiene la dimensione psicologica, anche un carattere pratico, in quanto soddisfa: «il bisogno di valutare il significato sociale di determinate condotte al fine di stabilire (con obiettiva certezza) se esse si inseriscano nel contesto di un'attività comune o siano da ricondurre a rapporti di diversa natura». E. Morino, *Affectio societatis e affectio familiaris fra società apparente e società di fatto*, in *Giur. it.*, 2014, p. 6.

⁴⁷ Cfr. M.A. Marzulli, *La società di fatto*, cit. p. 66

Nella valutazione finalizzata all'accertamento di una realtà societaria costituita per fatti concludenti occorre individuare comportamenti esteriori che creino l'incolpevole convincimento del terzo, il c.d. “creditore medio ideale” – *rectius* una categoria astratta e virtuale normalmente informato dell'avvenuto e dell'accaduto. Cfr. A. Bassi, *L'apparenza come criterio di impugnazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 2016, p. 756. L'autore definisce il “creditore medio ideale” come «operatore economico “normalmente informato, ragionevolmente attento ed avveduto”, così come accade, in campo finanziario, per la categoria astratta del ragionevole investitore».

All'uopo occorre dimostrare che vi sia stato un effettivo e ragionevole affidamento sull'esistenza della società da parte dei terzi quando nasce l'obbligazione insoddisfatta. Quest'onere probatorio grava su chi intenda far valere i propri diritti nei confronti di un soggetto societario di fatto.

Per quanto concerne l'affidamento incolpevole del terzo, una certa dottrina, in conformità ad un orientamento giurisprudenziale di merito, sostiene che tale affidamento debba essere attribuibile ad una indifferenziata generalità dei terzi. «se “in linea generale”, la teoria dell'apparenza del diritto richiede necessariamente che l'affidamento del “terzo” sia incolpevole, si osserva invece come, ai fini di assoggettare a fallimento la ritenuta struttura sociale, stante la natura collettiva della procedura concorsuale e in coerente sviluppo della soluzione appena esposta, la scusabilità dell'errore debba essere qui accertata con caratteristiche di oggettiva plausibilità siccome attribuibile ad una generalità di soggetti». M. Vacciano, *Il fallimento della società di fatto*, cit., p. 100.

Critico è invece il Vitro nel suo commento all'orientamento espresso dalla Suprema Corte; secondo l'autore, per l'ennesima volta la Cassazione trae conseguenze giuridiche, supponendo l'esistenza del principio dell'affidamento, che, si è dimostrato, non avere alcuna base normativa – e traendo conseguenze giuridiche – supponendo di trovarsi di fronte all'esistenza reale e non fittizia di un fatto-evento, cioè all'esistenza di una società di fatto, di cui nessuno ha dimostrato l'esistenza di un fatto evento giuridico, da cui trarre gravi conseguenze giuridiche». V. Vitro, *Le società di fatto. Profili sostanziali ed effetti del fallimento*, cit., p. 160.

⁴⁸ La dottrina è concorde nel ritenere presente nel diritto commerciale due nuclei di disciplina differenti relativi ai rapporti interni ed esterni dei soggetti societari. In relazione a questa dicotomia lo Spada ritiene che: «uno concerne i modi di partecipazione dei soci all'operazione ed, in particolare, all'esercizio dell'attività ed ai risultati dell'esercizio; l'altro, gli atteggiamenti di quello che diremmo il rilievo reale del contratto di società, per sottolineare la rilevanza della fattispecie per la generalità dei terzi e segnatamente la rilevanza della destinazione contrattuale dei beni e del porsi d'un'azione giuridica come

Secondo un certo orientamento della Corte di cassazione, il giudice ordinario nella verifica dell'esistenza di un soggetto societario costituito su base fattuale nei rapporti interni deve ricostruire ed interpretare la reale volontà delle parti; mentre nei rapporti con i terzi, la stessa autorità giudicante deve prestare la propria attenzione, essenzialmente, alle manifestazioni esteriori significative dell'esistenza di un'*affectio societatis*, le quali abbiano determinato negli stessi terzi un affidamento meritevole di tutela⁴⁹.

Il maggiore onere probatorio richiesto in caso di controversie fra i soci può essere spiegato da una condizione di uguaglianza dei soggetti coinvolti, che sono a conoscenza dell'esistenza di un rapporto sociale in quanto da loro stessi voluto ed accettato, anche per *facta concludentia*. L'associato, in quanto tale, dovrebbe essere nelle condizioni di provare la sussistenza dei requisiti minimi del contratto societario enunciati nell'art. 2247 cod. civ.

Qualora, invece, siano coinvolti soggetti estranei alla compagine sociale, è ammesso un regime probatorio meno rigido del precedente, dove è sufficiente offrire prova della rappresentazione esterna del rapporto associativo, fondata su elementi indiziari non equivoci di un atteggiamento di cooperazione di due o più persone, tale da determinare il legittimo convincimento dei terzi di un agire *uti socii*⁵⁰.

Si ritiene, quindi, che in giurisprudenza sia pacificamente accettata la posizione di svantaggio del terzo, che difficilmente potrebbe accedere ad elementi probatori sufficienti per dimostrare le componenti interne di un contratto previste dall'art. 2247 cod. civ., di cui non è parte⁵¹.

La dimostrazione dell'esistenza di una società di fatto assume rilevanza – e dunque interessa il diritto – poiché implica la responsabilità dei soci verso i terzi e stabilisce un vincolo di destinazione ai beni conferiti, acquistati o creati nel corso dell'attività d'impresa⁵².

azione sociale (cioè non individuale), con la conseguente attivazione dei regimi non coincidenti con quelli connessi all'agire dell'individuo». P. Spada, *La tipicità delle società*, cit., p. 27.

⁴⁹ Cfr. Cass. Sez. Civ., sent. 24 maggio 2000, n. 6797, in C.E.D. Cassazione, 2000; in senso conforme Cass. Sez. Civ., sent. 29 agosto 1997, n. 8187, in *Mass. giur. it.*, 1997, p. 8187.

⁵⁰ Fra i diversi pronunciamenti della Corte di Cassazione che si sono susseguiti in tal senso, v. Cass. Sez. Civ., sent. 20 giugno 1972, n. 1966, in *Dir. fall.*, 1973, II, p. 109; Cass. Sez. Civ., sent. 7 maggio 1976 n. 1594, in *Mass. giur. it.*, 1976, p. 421; in senso conforme Cass. Sez. Civ., sent. 28 marzo 1990 n. 2539, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 1727.

⁵¹ Secondo il Bassi questa distinzione è spiegata da diverse questioni distinte, una riferita alle società insolventi e l'altra alle società in *bonis*: «i creditori hanno interesse, prevalente od esclusivo, all'accertamento della responsabilità patrimoniale della società e dei suoi soci (...), mentre i soci potrebbero invocare la società di fatto per tutelare interessi sociali che essi ritengono violati». A. Bassi, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, cit., p. 754.

⁵² Così si è espresso il Sacco: «la fattispecie della società di fatto interessa il diritto soltanto perché crea i problemi giuridici della responsabilità verso i terzi e della destinazione dei beni acquistati o creati». R. Sacco, *Sulla società di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, p. 59.

Dalla dimostrazione dell'esistenza di una società di fatto discendono diversi effetti, a seconda che questi si rivolgano nei confronti dei soci, ovvero nei confronti dei terzi. Con riguardo ai rapporti tra i soci si fa riferimento all'obbligo dei conferimenti, al diritto di ripartire gli utili e, di conseguenza, a quelle obbligazioni che scaturiscono dall'esito dell'attività societaria. Invece, con riferimento ai rapporti con i terzi, si tratta della soggettività giuridica, della responsabilità dei soci, per le obbligazioni assunte dalla società,

Importanti sono anche le conseguenze di natura tributaria, in quanto il riconoscimento di un soggetto societario su base fattuale comporta l'insorgere di vari obblighi tributari sostanziali e strumentali, che trovano spiegazione nel carattere stabile ed ordinario assunto dalla società di fatto nei diversi *sub* sistemi fiscali, a differenza del ruolo solo ipotetico ed accidentale destinato all'istituto societario nel diritto commerciale⁵³.

Questo comporta che le osservazioni sul giudizio di fatto che il giudice ordinario è chiamato a condurre per dimostrare l'esistenza di una società *per facta concludentia* non hanno valore *tout court* nel settore del diritto tributario⁵⁴. Segnatamente i mezzi di prova necessitano delle dovute riflessioni ed adattamenti⁵⁵, posto che l'amministrazione finanziaria si pone in una posizione sostanzialmente intermedia fra il socio ed il terzo e, benché sia esonerata dal rigido onere probatorio dei requisiti minimi del contratto societario, è chiamata ad offrire una prova più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal principio dell'apparenza giuridica⁵⁶.

L'ente impositore si colloca come soggetto esterno rispetto alla compagine sociale e rappresenta uno dei creditori privilegiati della stessa società⁵⁷.

Tuttavia, benché il Fisco si possa annoverare fra i terzi creditori⁵⁸, la dottrina è

al beneficio di escussione e, in ultimo, all'estensione del fallimento nei confronti dei soci. Cfr. P. Spera, *La società di fatto.*, cit., p. 57.

⁵³ Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 651.

⁵⁴ Così in dottrina: «i criteri di identificazione della società di fatto ai fini fiscali devono essere distinti rispetto a quelli che possono sorreggere la ricerca della stessa ai fini civili, dal momento che differenti sono le esigenze che alimentano queste due discipline». R. Miceli, *La prova del conferimento societario e la rilevanza dei rapporti familiari ai fini dell'individuazione dell'esistenza di una società di fatto*, cit., p. 238.

⁵⁵ Così il Cipolla spiega le peculiarità del giudizio di fatto svolto in materia fiscale: «il giudizio di fatto, di conseguenza, viene ad assumere il ruolo di “stanza di compensazione” di due esigenze spesso antitetiche, in cui ci si imbatte tutte le volte in cui il comando giuridico è subordinato ad un accertamento fattuale: l'esigenza della precisione e quella dell'efficacia (...). Nel diritto tributario, si assiste ad una continua tensione fra tali esigenze. Ciò dipende dal fatto che, diversamente dagli altri rami dell'ordinamento, efficacia e precisione si presentano qui in un'ottica tutta particolare. Esse, infatti, trovano la loro garanzia e nel contempo il loro limite (quasi in una corta di pesi e contrappesi) nel principio costituzionale di capacità contributiva: “efficienza” vuol dire assicurare una pronta e sollecita riscossione del tributo; “precisione” assoggettare a tassazione la capacità effettivamente manifestata dal contribuente». G.M. Cipolla, *La prova tra procedimento e processo tributario*, cit., pp. 57 - 58.

⁵⁶ Secondo il Fedele, l'Amministrazione finanziaria assume una “posizione ibrida” perché deve conciliare «esigenze dell'individuazione delle fattispecie definite dalla legge tributaria – che ha sempre riguardo alla consistenza oggettiva dei fatti – e della tutela del fisco come creditore o comunque portatore di un interesse contrapposto a quello della società – che implica una maggiore considerazione dell'apparenza». A. Fedele, *Società in nome collettivo e in accomandita semplice: forme, esibizioni documentali e loro integrazione*, cit., p. 1313.

⁵⁷ Le norme di natura tributaria rimandano quasi integralmente al Codice civile per quanto concerne la disciplina in tema di privilegi fiscali, regolando solo alcuni aspetti specifici. Per una disamina dei privilegi di cui godono i creditori erariali V. P. Russo, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2007 pp 394 ss; F. Batistoni Ferrara, *I privilegi*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) A. Amatucci, Padova 1994, II, pp. 317 ss; S. Ghinassi, voce *Privilegi fiscali*, in *Enc. dir.*, Milano 1998, pp. 722 ss; C. Glendi, voce *Privilegi. II) Privilegi del credito d'imposta*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIV, Roma 1991.

⁵⁸ Questa posizione è stata ribadita anche dall'Amministrazione finanziaria nella recente risposta ad interpellato del 30 aprile 2021, n. 306, dove è stato stabilito che i fatti societari (come il recesso da parte di

concorde nell'escludere che l'affidamento dei terzi in buona fede sia un'esigenza primaria per la disciplina fiscale⁵⁹.

Non sono mancate, altresì, argomentazioni a favore dell'applicazione all'Ente impositore della disciplina probatoria dei rapporti interni, poiché l'esistenza dell'accordo societario rappresenta il presupposto della stessa fattispecie impositiva, da cui scaturisce il rapporto creditizio di natura tributaria⁶⁰.

un socio) attinenti ad una società di persone formalizzata sono rilevanti verso l'Ente impositore solo successivamente all'annotazione nel registro delle imprese, come per qualunque altro creditore della società. V. Risp. Interpello 30 aprile 2021, n. 306 in *banca dati fiscaline*.

⁵⁹ In proposito, una certa dottrina ha sostenuto la necessità di «accertare l'effettiva esistenza degli elementi costitutivi del vincolo sociale non essendo sufficiente la mera apparenza di tale vincolo, sia pure accompagnato dal ragionevole convincimento della sua esistenza. In materia tributaria gli elementi di carattere presuntivo possono ben rilevare purché siano indicativi della reale esigenza di un organismo sociale». M. PROCOPIO, *Individuazione della qualità di socio di società di fatto e litisconsorzio necessario*, in *Dir. prat. trib.*, 3, 2009, p. 20633.

Si son espressi in senso concorde anche altri autori; fra i tanti, si riporta il pensiero della Miceli, secondo il quale «per la disciplina fiscale, invece, la tutela dei terzi non si pone come esigenza primaria, considerando, inoltre, che l'utilizzo del principio dell'apparenza potrebbe spesso condurre a notevoli discrasie fra volontà e manifestazione. Alla base infatti, «dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme impositive: di qui la necessità di accertare l'effettiva esistenza degli elementi costitutivi del vincolo sociale non essendo sufficiente la mera apparenza di esso»». R. Miceli, *La prova del conferimento societario e la rilevanza dei rapporti familiari ai fini dell'individuazione dell'esistenza di una società di fatto*, cit., p. 239.

⁶⁰ Diversi studiosi del diritto tributario hanno sostenuto che per accertare l'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali si sarebbero dovuti utilizzare i criteri elaborati dalla giurisprudenza per conoscere l'effettiva sussistenza di essa nei rapporti interni fra i soci. Tale esigenza sarebbe scaturita non in termini di responsabilità dei soci verso il fisco, ma di integrazione di fattispecie imponibili. Cfr. A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al T.U. delle imposte sui redditi ed altri scritti. Scritti in memoria di A. E. Granelli*, Roma 1990, p. 30, ed anche L. Tosi, *La nozione di reddito*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, (diretta da) F. Tesauro, I, Utet, Torino 1994, p. 134.

Il Rovelli identifica la posizione dell'Amministrazione finanziaria asserendo che «non come mero creditore di un rapporto tributario sorto indipendentemente dal rapporto sociale, ma come soggetto per il quale l'esistenza della società e del rapporto sociale costituisce presupposto dell'obbligazione o elemento costitutivo della fattispecie impositiva, sembrerebbe più rapportabile alla disciplina dei rapporti interni che a quella dei rapporti esterni: non essendo ipotizzabile (verso chi non assuma relazioni negoziali con i soci, né ha un previo credito assunto sulla convinzione dell'esistenza effettiva della società) l'operatività di un principio, come quello dell'affidamento, ritenuto valevole a far considerare esistente, nei rapporti eterni, una società, in realtà, mai venuta in essere e, per questo, inesistente nei rapporti interni. Pare certo che possa costituire elemento di una fattispecie impositiva solo un contratto sociale "realmente" venuto ad esistenza». L. Rovelli, *Motivazione e prova della società di fatto ai fini Irpef*, in *Riv. giur. trib.*, 7, 2000, p. 581.

Gli elementi interni del contratto societario indicati dall'art. 2247 cod. civ. sono stati menzionati in diverse occasioni anche dai giudici di legittimità per qualificare la società di fatto nei rapporti con il Fisco. Secondo la corte di Cassazione, «la società di fatto invero prescinde dalle qualità o capacità personali dei contraenti e si fonda sul concorso di due elementi: uno oggettivo (conferimento beni o servizi in un fondo comune) ed uno soggettivo (comune intenzione dei contraenti di collaborare per conseguire risultati comune nell'esercizio collettivo di una attività imprenditoriale) e non è esclusa dal fatto che il fine degli associati consista nel compimento di una opera unica purché di obiettiva complessità (c.d. "società occasionali") ovvero dalla mancanza di un atto scritto che può risultare da manifestazioni esteriori

L'onere probatorio previsto per i rapporti interni risulta, inoltre, compatibile con il requisito dell'effettività⁶¹ della capacità contributiva⁶² derivante dal dettato costituzionale dell'art. 53 Cost., a differenza di quanto non lo sia la disciplina probatoria richiesta nei rapporti esterni, fondata sul principio dell'apparenza⁶³.

Se l'amministrazione finanziaria procedesse ad applicare la norma fiscale sulla base di un rigido formalismo legato all'apparenza si potrebbe attribuire un vantaggio ingiusto al contribuente che, perseguendo un interesse finalizzato al risparmio di imposta⁶⁴, si fosse adoperato ad alterare la realtà della propria capacità contributiva. Posizioni

dell'attività di gruppo, quando esse, per la loro sintomaticità e concludente, evidenzino la esistenza della società». Cass. Sez. Civ., sent. 25 febbraio 2010, n. 4588, in *C.E.D. Cassazione*, 2010.

⁶¹ In dottrina si è sostenuto che: «tale soluzione discende direttamente dal principio costituzionale di capacità contributiva che, dettando di applicare il tributo soltanto a fatti realmente espressivi di forza economica e ai soggetti che effettivamente sono titolari della stessa, impone all'Amministrazione di non arrestarsi alla mera apparenza del vincolo, ma di dimostrare l'effettiva esistenza della società». M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, cit., p. 1428.

⁶² Sul requisito dell'effettività della capacità contributiva, il Fantozzi ha rimarcato la sua valenza di limite assoluto della normativa fiscale; secondo l'illustre studioso, «il criterio della capacità contributiva dettato dalla norma costituzionale al legislatore ordinario pone a quest'ultimo al tempo stesso un limite assoluto (...). Un limite assoluto, che gli impone di scegliere quali presupposti del tributo fatti manifestativi di forza economica effettiva ed attuale». A. Fantozzi, *Diritto Tributario*, Utet, Torino 2003, p. 28. Inoltre, tale effettività «va individuata nella definizione degli elementi di fatto che consentano di ricostruire in maniera analitica e puntuale l'incremento patrimoniale o comunque l'indice di potenzialità economia assunto a presupposto d'imposta». P. Boria, *I principi costituzionali dell'ordinamento fiscale*, in *Diritto tributario*, (a cura di) A. Fantozzi, Utet, Torino 2012, p. 91.

Sul requisito dell'effettività della capacità contributiva, senza alcuna pretesa di completezza, V. L. Tosi, *La capacità contributiva. Il requisito dell'effettività*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) A. Amattucci, 1994, I, Padova, pp. 321 ss.; G.A. Micheli, *Reddito di impresa ed imprenditore commerciale*, in *Opere minori di diritto tributario*, II, Milano 1982, pp. 320 ss.; F. Batistoni Ferrara, voce *Capacità contributiva*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1999; F. Moschetti, voce *Capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma 1988; E. De Mita, voce *Capacità contributiva*, in *Digesto comm.*, II, Torino, 1987; F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario, parte generale*, Utet, Torino 2003, pp. 68 ss.; A.F. Uricchio, *Percorsi di diritto tributario*, Cacucci, Bari 2017, pp. 35 ss.; F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario, parte generale*, Cedam, Milano 2021, pp. 45 ss.

⁶³ Cfr. A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., pp. 390-391. L'autore si esprime a favore dell'utilizzo in ambito fiscale per il riconoscimento di una società di fatto degli elementi costitutivi del rapporto societario previsti dal Codice civile, mentre è scarsamente rilevante il principio dell'apparenza presupposto a garanzia dei diritti dei terzi.

Negli stessi termini si è espresso anche il Boria, il quale sostiene come «l'imposizione deve venire calibrata in riferimento alle situazioni reali ed oggettive indipendentemente dalla "forma" (dell'attività o dell'atto) che si presenta all'esterno». P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 650.

Dello stesso avviso, fra i tanti, la Miceli, secondo la quale «per la disciplina fiscale, invece, la tutela dei terzi non si pone come esigenza primaria, considerando, inoltre, che l'utilizzo del principio dell'apparenza potrebbe spesso condurre a notevoli discrasie fra volontà e manifestazione. Alla base infatti, "dell'esistenza dei presupposti per l'applicazione delle norme impositive: di qui la necessità di accertare l'effettiva esistenza degli elementi costitutivi del vincolo sociale non essendo sufficiente la mera apparenza di esso"». R. Miceli, *La prova del conferimento societario e la rilevanza dei rapporti familiari ai fini dell'individuazione dell'esistenza di una società di fatto*, cit., p. 239.

⁶⁴ In tal modo si viola uno dei doveri inderogabili di solidarietà previsti dall'art. 2 della Costituzione, sui quali si fonda la convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale. Cfr. Corte Cost. 18 febbraio 1992 n. 51, in *Giur. it.*, I, 1, p. 2087.

fiscali oggettivamente e realmente simili, sarebbero assoggettate ad un carico impositivo diverso, in evidente violazione del principio di uguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione⁶⁵.

Fondare la pretesa fiscale sull'apparenza porterebbe, quindi, l'amministrazione finanziaria ad adottare degli atti impositivi in palese contrasto con i principi di buona fede e dell'affidamento sanciti dall'art. 10 dello Statuto del Contribuente⁶⁶.

Non conforme ai principi dell'ordinamento tributario sarebbe, inoltre, invocare la responsabilità di chi abbia assunto comportamenti *uti socius* per debiti fiscali derivanti dalla partecipazione ad una società apparente, a maggior ragione se si è offerta prova dell'inesistenza del rapporto societario⁶⁷.

Si può concludere che, contrariamente all'interpretazione offerta dalla giurisprudenza di legittimità in sede di procedure fallimentari, l'obbligazione tributaria non può avere origine da una condizione di apparenza, in quanto i comportamenti dei pretesi soci non generano alcun legittimo affidamento nei confronti dello Stato⁶⁸.

Nel processo di imposizione tributaria occorre, invece, individuare le concrete fonti di reddito; pertanto, verificare l'effettiva esistenza della società rappresenta il presupposto essenziale per la corretta applicazione del tributo⁶⁹.

In linea con le considerazioni esposte si pone la valutazione proposta dalla Suprema corte nell'arresto in commento. I giudici di legittimità, difatti, hanno sentenziato che

⁶⁵ I giudici della Corte Costituzionale, in tal senso, si sono espressi sul combinato degli artt. 3 e 53 della Costituzione, sentenziando che: «a situazioni uguali devono corrispondere uguali regimi impositivi e, correlativamente, a situazioni diverse un trattamento tributario disuguale». Corte Cost. 6 luglio 1972 n. 120, in *Boll. trib.*, 1972, p. 1452.

Per un approfondimento sulla correlazione con il principio di uguaglianza, si rimanda a L. Paladin, *Il principio di uguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. dir. trib.*, I, 1997, pp. 305 ss. ed anche F. Gallo, *L'imposta regionale sulle attività produttive e il principio di capacità contributiva*, in *Giur. comm.*, 2002, 2, pp. 131 ss.

⁶⁶ Cfr. M. Procopio, *Individuazione della qualità di socio di società di fatto e litisconsorzio necessario*, cit., p. 20634.

Un'illustre voce del diritto ha, tuttavia, sostenuto che il principio dell'apparenza potrebbe avere rilevanza nel diritto tributario al massimo qualora si volesse dimostrare l'inesistenza dell'ente. Difatti, «è bene dire, (...) che, in quanto l'amministrazione [finanziaria] è terza rispetto alla società, il criterio dell'apparenza potrebbe giocare un ruolo determinante ancorché (per pura ipotesi) si tendesse a dimostrare l'esistenza dell'ente». A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, op. cit., p. 391.

⁶⁷ Il Santamaria ritiene incostituzionale una pretesa impositiva basata su presunzioni assolute senza la possibilità di offrire prova contraria da parte del contribuente; secondo il cultore del diritto: «sarebbero perciò incostituzionali le norme: a) che disponessero un carico d'imposta in relazione ad un possibile o potenziale indice di capacità contributiva, ritenuto in via meramente astratta; b) che giungessero ad indici di capacità contributiva attraverso la previsione di presunzioni assolute che non lasciassero spazio di prova contraria al contribuente». B. Santamaria, *Diritto tributario. Parte generale*, Giuffrè, Milano 2011, p. 54.

⁶⁸ Si condivide la considerazione del Bassi in merito ad un legittimo affidamento generalizzato scaturente dal principio di apparenza. Per l'autore, «esistono anche creditori – non secondari – che sfuggono a questo inquadramento: il Fisco, la Previdenza e i creditori da illecito, che oggi sono i protagonisti delle procedure concorsuali, rispetto ai quali non ha alcun senso parlare di affidamento e di apparenza societaria». A. Bassi, *L'apparenza come criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio dell'impresa*, cit., p. 756.

⁶⁹ Cfr. M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, cit., p. 1428.

«per aversi una società di fatto (...) è sufficiente l'esistenza di una causa lucrativa e di un accordo, anche solo verbale, nonché la ricognizione dei criteri di cui all'art. 2247 c.c., ossia (...) l'intenzionale esercizio in comune tra i soci di un'attività commerciale a scopo di lucro con il conferimento, a tal fine, dei necessari beni o servizi».

In verità, questa posizione giurisprudenziale ripropone l'interpretazione offerta dalla maggior parte della giurisprudenza di legittimità, che antepone nei rapporti fra contribuente ed amministrazione finanziaria il principio dell'effettività al criterio dell'apparenza⁷⁰.

Tuttavia, non sono mancate alcune pronunce difformi degli stessi giudici di legittimità, a favore di una prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali fondata su «elementi apparenti e rilevatori, sulla base della prova logica, dei fattori essenziali di un rapporto di società nella gestione dell'azienda»⁷¹. L'errore commesso da questo

⁷⁰ Nella sentenza del 23 aprile 1991, i giudici di legittimità hanno chiarito che nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria si: «deve fornire la prova della concreta sussistenza della società medesima e, quindi non soltanto della sua apparenza esterna». Cass. Sez. Civ., sent. 23 aprile 1991, n. 4415, in *Boll. trib.*, 1992, 6, p. 544. Dello stesso avviso anche l'orientamento espresso dalla Suprema Corte nella sentenza 16 gennaio 2005 n. 27775, in C.E.D. Cassazione, 2005.

Il concetto è stato ribadito nuovamente in una recente controversia avente ad oggetto la possibilità di accedere al perfezionamento del condono ex art. 9 L. 289/2002: «mentre nel diritto societario e fallimentare viene tutelato l'affidamento dei terzi e, quindi, può essere dichiarato il fallimento della società "apparente" che, pur non esistendo, però si manifesta ai terzi come esistente, e quindi induce i terzi a contrattare con la stessa, nel diritto tributario conta l'esistenza della società nella sua effettività». Cass. Sez. Trib., sent. 30 ottobre 2019, n. 27793, in C.E.D. Cassazione, 2019.

⁷¹ Cass. Sez. Trib., sent. 20 gennaio 2006 n. 1131, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 1413. Con questa pronuncia la Suprema Corte apre alla possibilità di basare la pretesa fiscale su elementi probatori utili solo a dimostrare l'apparenza del soggetto societario di fatto e non alla sua effettiva esistenza. L'Amministrazione finanziaria, quindi, non ha alcun obbligo di provare i rapporti interni fra i soci e, in particolare, la trasformazione dei beni in comunione a patrimonio sociale autonomo, la divisione degli utili, la percezione di somme da parte dei soci.

Nella recente sentenza del 17 gennaio 2020 n. 896 i giudici di legittimità hanno sostenuto che l'obbligazione tributaria è comunque da annoverare fra i rapporti esterni alla compagine sociale, per i quali non è necessario provare gli elementi costitutivi del contratto societario indicati dall'art. 2247 cod. civ. Il Tribunale Supremo ha concluso che «l'esistenza di una società di fatto può essere desunta da manifestazioni comportamentali rivelatrici di una struttura sovraindividuale indiscutibilmente consociativa, assunta non per la loro autonoma valenza, ma quali elementi apparenti e rilevatori, sulla base della prova logica, dei fattori essenziali di un rapporto di società nella gestione dell'azienda». Cass. Sez. Trib., sent. 17 gennaio 2020 n. 896, disponibile per la consultazione in C.E.D. Cassazione, 2020.

Un altro esempio di configurazione di una società di fatto fra i membri di un sodalizio criminale è stato proposto nella recente pronuncia della Commissione Tributaria Regionale per la Campania del 14 febbraio 2020 n. 2194 (La pronuncia è disponibile in *Banca dati fisconline*), ove i giudici di merito si sono espressi favorevolmente sull'esistenza di una società di fatto fra i reali beneficiari di una frode carosello. L'Ente impositore, oltre a contestare la fittizietà di una società a responsabilità limitata utilizzata quale mero schermo giuridico, ha qualificato l'agire dei beneficiari della frode quale manifestazione di un rapporto occulto di natura societaria, nonostante fra i soggetti coinvolti vi fosse un vincolo di parentela. In questa occasione, la Commissione tributaria, richiamando un orientamento espresso in più occasioni dalla Suprema Corte, ha posto l'accento sul carattere di sistematicità delle componenti del rapporto societario, nonché sull'esteriorizzazione del vincolo sociale.

Tuttavia, non sempre chi sostiene l'azione di un sodalizio volto all'evasione fiscale è qualificato automaticamente socio in affari della stessa organizzazione criminale. È il caso affrontato dalla Commissione Tributaria Regionale della Lombardia nella sentenza del 29 giugno 2020 n. 1438 (sentenza della

orientamento giurisprudenziale è di considerare l'Ente impositore alla stregua di qualunque soggetto esterno alla compagine sociale, trascurando l'incompatibilità del criterio dell'apparenza con i principi posti a fondamento dell'agire dell'amministrazione tributaria.

In ultimo, la dottrina ha ritenuto vevoli, per fondare la pretesa tributaria, manifestazioni esteriori univoche ed oggettive riferibili all'esteriorizzazione dell'agire societario⁷². Non si ha, quindi, l'apparenza di un soggetto societario, bensì la sua esteriorizzazione⁷³, intesa quale particolare spendita della ragione sociale⁷⁴.

A differenza di quanto accade dinanzi al giudice ordinario⁷⁵, agli univoci fatti indice di esteriorizzazione dell'ente collettivo è stato attribuito solo un valore sintomatico di una reale esistenza del rapporto societario⁷⁶. Gli stessi rappresentano, quindi, degli elementi presuntivi⁷⁷, per i quali è ammessa la prova contraria da parte di chi è chiamato a rispondere dei debiti tributari derivanti dall'esistenza del vincolo contrattuale *ex art. 2247 cod. civ.*

La distinzione tra prova della società di fatto in ambito civilistico e prova della stessa

Commissione Tributaria Regionale per la Lombardia – sezione staccata di Brescia è disponibile in *Banca dati fisconline*), dove i giudici di seconde cure non hanno ritenuto sufficiente, per riconoscere il ruolo di socio occulto, l'occultamento delle scritture contabili e l'attività di compilazione dei modelli F24 con i quali erano utilizzati crediti inesistenti, in assenza della prova degli elementi costitutivi del rapporto societario indicati dall'art. 2247 cod. civ.

Considerazioni simili sono state espresse anche in alcune pronunce di merito. A titolo esemplificativo, V. Commissione tributaria Regionale della Puglia del 2 maggio 2019 n. 1354, in *Mass. naz. giust. trib. mert.*, II, 2018, I, 2019, pp. 224-225.

⁷² Cfr. P. BORIA, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 660.

⁷³ Il principio dell'esteriorizzazione rappresenta un perfezionamento del criterio della spendita del nome, ritenuto insufficiente per provare l'esistenza di un soggetto societario. Si è registrata, quindi, una maggiore rilevanza di quei fatti e comportamenti esterni dell'attuazione del rapporto sociale che avessero un'obiettiva attitudine a rivelare l'esistenza di un vincolo sociale, nonché dell'effettiva volontà dei soci. G. Marziale, *Società di fatto, società apparente e affidamento dei terzi*, in *Giur. comm.*, 1975, II, p. 597.

⁷⁴ Cfr. G. Spatazza, *La società di fatto*, cit., p. 26

⁷⁵ Nel giudizio ordinario di accertamento di un soggetto societario di fatto, i pretesi soci non possono provare l'inesistenza della società, ma solo l'inidoneità dei comportamenti assunti dai soci apparenti a far indurre nei terzi in buona fede il convincimento della sussistenza di un rapporto societario. Cfr. F. Preite, *La società apparente*, in *Trattato società di persone*, (a cura di) F. Preite F., C.A. Busi, Utet, Torino 2015, p. 84.

⁷⁶ Secondo una certa dottrina, «per quanto attiene i fatti noti da cui trarre il fatto ignoto dell'esistenza della società, riteniamo che essi possono essere rappresentati da quegli stessi elementi utilizzabili in ambito civile dal terzo creditore di buona fede che agisce in giudizio per la tutela dei suoi diritti. Sia l'Amministrazione che il terzo possono dimostrare per via presuntiva l'esistenza della società di fatto, utilizzando quegli elementi di apparenza del rapporto sociale che, secondo l'*id quod plerumque accidit*, rappresentano la manifestazione esterna di un'attività imprenditoriale esercitata in forma societaria». M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, cit., p. 1429.

⁷⁷ Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 660. In dottrina si ritiene, altresì, che il ricorso alla prova per presunzioni rappresenta per l'Amministrazione finanziaria un percorso quasi obbligato; sarebbe di fatto impossibile per un soggetto estraneo al rapporto sociale reperire la prova diretta degli elementi costitutivi di un'organizzazione societaria realizzata per fatti concludenti. Cfr. M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, cit., p. 1429.

in ambito tributario non risiede, quindi, nella tipologia di elementi o indizi utilizzabili per dimostrare la presenza di un'attività imprenditoriale esercitata in forma societaria⁷⁸. In entrambi i casi, ci si può avvalere di una prova di tipo presuntivo, dove i fatti noti dai quali trarre il fatto ignoto possono essere rappresentati da elementi di apparenza del vincolo sociale⁷⁹.

La differenza fra i due regimi probatori è da ricercare, invece, nella didattica processuale. Nell'ambito del giudizio civile il presunto socio non potrà liberarsi da responsabilità fornendo la prova dell'inesistenza della società; mentre, innanzi alle Commissioni tributarie il contribuente ha la possibilità di contrastare la pretesa impositiva dimostrando che la società non esiste, senza che l'amministrazione finanziaria possa invocare l'apparenza del vincolo sociale, non rappresentando quest'ultima un elemento idoneo a manifestare alcuna capacità contributiva⁸⁰.

Da quanto riportato, in termini di onere probatorio la posizione assunta dall'amministrazione finanziaria si pone fra il socio ed il terzo creditore⁸¹; ne scaturisce una disciplina speciale valevole solo nei rapporti con il Fisco condizionata dalla compatibilità ai principi generali della materia⁸². L'ente impositore, dunque, è esonerato dal dimostrare i requisiti minimi del contratto societario, ma è comunque chiamato ad offrire una prova più rigorosa rispetto a quanto richiesto dal principio dell'apparenza

⁷⁸ Cfr. M.A. Capula, *ivi*, p. 1430.

⁷⁹ Una chiara dottrina giustifica il minore rigore nella valutazione degli elementi probatori e la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di utilizzare elementi presuntivi, in quanto l'Ente impositore è pur sempre «estraneo alla vicenda e non dovrebbe vedersi interamente addossato l'onere di una prova specifica relativamente a ciascuno degli aspetti suindicati, spesso implicitamente deducibili (almeno fino a prova contraria) dal concorso nello svolgimento dell'attività comune e nella determinazione dei suoi indirizzi». A. Fedele, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, 1988, cit., p. 561.

⁸⁰ In dottrina così si è argomentata la distinzione fra il presunto socio ed il contribuente: «mentre il presunto non socio potrà liberarsi da responsabilità fornendo la prova dell'inesistenza della società, il contribuente ben potrà provare che la società non esiste, per mancanza dei requisiti a cui l'art. 2247 del codice civile, subordina il sorgere del rapporto societario». M.A. Capula, *La prova dell'esistenza di una società di fatto ai fini fiscali*, cit., p. 1429.

⁸¹ Cfr. A. Fedele, *Società in nome collettivo e in accomandita semplice: forme, esibizioni documentali e loro integrazione*, cit., p. 1313.

Tuttavia, in dottrina non sono mancati orientamenti più propensi ad accostare la posizione dell'Ente impositore a quella di un socio; «la posizione del Fisco, non come mero creditore di un rapporto tributario sorto indipendentemente dal rapporto sociale, ma come soggetto per il quale l'esistenza della società e del rapporto sociale costituisce presupposto dell'obbligazione o elemento costitutivo della fattispecie impositiva, sembrerebbe più rapportabile alla disciplina dei rapporti interni che a quella dei rapporti esterni: non essendo ipotizzabile (verso chi non assuma relazioni negoziali con i soci, né ha un previo credito assunto sulla convinzione dell'esistenza effettiva della società) l'operatività di un principio, come quello dell'affidamento, ritenuto valevole a far considerare esistente, nei rapporti eterni, una società, in realtà, mai venuta in essere e, per questo, inesistente nei rapporti interni. Pare certo che possa costituire elemento di una fattispecie impositiva solo un contratto sociale "realmente" venuto ad esistenza» L. Rovelli, *Motivazione e prova della società di fatto ai fini Irpef*, cit., p. 581.

⁸² La dottrina è concorde nel ritenere non ammissibile *tout court* nel diritto tributario quelli indici assunti a prova di un soggetto societario di fatto in ambito civilistico. Cfr. M. Procopio, *Individuazione della qualità di socio di società di fatto e litisconsorzio necessario*, cit., p. 20631.

giuridica⁸³.

I differenti criteri di valutazione ed il grado di apprezzamento del materiale probatorio da adottare in base a chi agisce per dimostrare l'esistenza del soggetto societario, possono determinare asimmetrie nelle conclusioni del processo di accertamento; una collettività di individui potrebbe, quindi, risultare costituita in società dinnanzi al giudice ordinario, mentre agire come singoli individui nei rapporti con il Fisco, o viceversa⁸⁴.

5. Dal corretto inquadramento giuridico di un'entità collettiva scaturiscono significative conseguenze di natura fiscale, nonché l'insorgere di vari obblighi tributari sostanziali e strumentali⁸⁵.

La semplicità e la flessibilità della forma societaria costituita per fatti concludenti, dovute all'assenza di un'organizzazione formalizzata e di adempimenti burocratici in fase costitutiva, ampia notevolmente il numero di fenomeni a cui l'istituto giuridico *de quo* si presta ad offrire un'adeguata qualificazione giuridica⁸⁶.

Pertanto, è opportuno interrogarsi sulla linea di confine che si può delineare fra la società *per facta concludentia* e la categoria di enti a base associativa⁸⁷ ricadenti fra i

⁸³ La posizione dell'Amministrazione finanziaria in termini di onere probatorio è così spiegata dal Boria: «l'amministrazione finanziaria da un lato non è chiamata a fornire la prova specifica di ciascuno dei requisiti minimi necessari per aversi una società, dall'altro canto non può ritenere sufficiente la dimostrazione della "apparenza" della società di fatto; si avrebbe un *quid pluris* rispetto alla posizione dei terzi ed un *quid minoris* rispetto alla posizione dei soci». P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 661.

⁸⁴ In dottrina si è evidenziato che ciò che differenzia la disciplina fiscale da quella commercialistica non è una differente nozione di società di fatto, bensì un diverso metodo da seguire per la valutazione dei vari elementi probatori. Mentre nell'ambito fiscale «non si potrà mai prescindere da una valutazione in merito all'idoneità degli elementi presentati dal caso concreto a dimostrare l'esistenza di un'attività svolta in forma societaria»; per il diritto commerciale «la prova varierà a seconda e vi sono dei conflitti fra i soci o fra un socio ed un terzo. Gli elementi presentati da una fattispecie potrebbero quindi condurre l'interprete ad entrambe le dimostrazioni laddove gli indici riescano, orientati secondo le diverse prospettive, a dimostrare l'operare di una società di fatto; in caso contrario si avrà rilevanza dell'organismo per una sola di queste due discipline, o per nessuna delle due». R. Miceli, *La prova del conferimento societario e la rilevanza dei rapporti familiari ai fini dell'individuazione dell'esistenza di una società di fatto*, cit., p. 257.

⁸⁵ Basti pensare all'applicazione della disciplina della trasparenza ex art. 5 TUIR, nonché all'assoggettamento all'imposta regionale sulle attività produttive poiché, con le modifiche introdotte dall'art. 1, 8 co., Legge 30 dicembre 2021 n. 234, dal 2022 sono esclusi dai soggetti passivi IRAP le ditte individuali.

⁸⁶ Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 641. Lo stesso fenomeno giuridico può avere più possibili qualificazioni. Occorre, pertanto, confrontare le diverse ricostruzioni giuridiche per individuare la più adatta a qualificare il fenomeno giuridico.

⁸⁷ Le associazioni rappresentano delle fattispecie di entità collettive previste dal nostro ordinamento giuridico per le quali si è proceduto o meno a portare a termine la procedura di riconoscimento. Come ogni ente, le associazioni sono composte da una pluralità di individui che perseguono specifiche finalità comuni ma, a differenza delle fondazioni ed i comitati, la struttura organizzativa a base soggettiva assume il ruolo di componente principale rispetto alla componente patrimoniale. Per una esaustiva trattazione dei parametri di classificazione degli enti collettivi nell'ordinamento giuridico, fra i tanti, si rimanda a F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, pp. 137 ss.

È opinione condivisa in dottrina che il concetto di associazione ha un'accezione molto ampia, fino a ricomprendere ogni organizzazione costituita da una pluralità di individui per la gestione di interessi

soggetti indicati dall'art. 73, TUIR. In quest'ultima categoria di contribuenti si possono annoverare, fra gli altri, forme aggregative atipiche ex art 73, 2 co. TUIR, *id est* organizzazioni di individui non istituzionalizzate o – come nel caso dell'arresto in commento – costituite solo formalmente in forme associative non lucrative le quali, tuttavia, in diverse occasioni hanno esercitato sostanzialmente un'attività d'impresa⁸⁸.

Per quanto concerne la fiscalità di queste forme collettive, dalle disposizioni contenute nell'art. 73 TUIR emerge un'evidente rilevanza attribuita dal legislatore al criterio formale per l'individuazione delle diverse casistiche dei soggetti passivi d'imposta. Elemento centrale sono le informazioni contenute nell'atto costitutivo o nello statuto, da cui si evince la scelta della natura giuridica dell'entità collettiva ed il tipo di attività che si intende esercitare⁸⁹.

Per un'organizzazione pluripersonale costituita sotto forma di società di capitali il trattamento fiscale è correlato allo stesso tipo societario prescelto e non necessita di

comuni, tanto da definire l'associazione in senso negativo, ovvero come non-società, non-consorzio, non-cooperativa, ecc. Cfr. A. Auricchio, voce *Associazioni (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, III, Milano 1958, p. 874.; negli stessi termini anche P. Greco, *Le società nel sistema legislativo italiano*, Giappichelli Torino 1959, pp. 16 ss.

Una certa dottrina annovera fra gli enti associativi anche le società, ritenendo che fra i due istituti sussista un rapporto di *genus a species*. Secondo il Barile, «il concetto di associazione, lato sensu, comprende come genus le species costituite dalle corporazioni, dalle istituzioni, dagli enti, dalle società civili e commerciali dagli istituti, da molti corpi morali, dai consorzi, dagli ordini professionali e religiosi, dalle confraternite e così via». P. Barile, voce *Associazione (diritto di)*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 838. Negli stessi termini si è espresso anche A. Auricchio, voce *Associazioni (diritto civile)*, cit., pp. 873, mentre in senso contrario M. GHIDINI, *Società personali*, cit., pp. 27 ss. e G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, Cedam, Padova 1986, pp. 17 ss.

Le società, a loro volta, possono essere distinte in tre categorie, a seconda dello scopo che intendono perseguire: società lucrative, società mutualistiche e società consortili. L'elemento in comune fra tutti i soggetti societari è l'essere «enti associativi che operano con metodo economico e per la realizzazione di un risultato economico a favore esclusivo dei soci». G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, vol. 2. *Diritto delle società*, cit., p. 28.

Negli stessi termini si è espresso anche il Buonocore, il quale ha individuato nel metodo economico «*il minimum perché si possa parlare di impresa, senza rinnegare che il lucro è il fine naturale di ogni imprenditore o, se si vuole, può naturalmente prodursi in conseguenza dell'esercizio di un'attività economica*». V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di Diritto Commerciale* (diretto da) V. Buonocore, Giappichelli, Torino 2002, p. 88.

⁸⁸ Non sono rari i casi in cui l'attività imprenditoriale è condotta di fatto da una società occulta attraverso l'utilizzo improprio di altre fattispecie di contratti associativi. È il caso di quella miriade di pseudo-associazioni, circoli culturali, cooperative a scopo mutualistico ecc. costituite come tali solo per accedere a regimi fiscali di favore, ma che di fatto sono amministrate da un ristretto numero di associati che traggono il beneficio dall'attività economica svolta.

A titolo esemplificativo si menziona la pronuncia di merito della CTR Lombardia, 16 maggio 2012, n. 55/8/12 (disponibile in *Banca dati fisconline*), la Sentenza della Corte di cassazione 8 marzo 2013 n. 5836 (presente in C.E.D. Cassazione 2013), ed il recente giudizio di legittimità Cass. Sez. Trib., sent. 14 febbraio 2017, n. 6934 (riportato in *Fisco*, 2017, p. 1675).

⁸⁹ In dottrina si ritiene che questa impostazione è dovuta ad un sistema improntato alla certezza dei rapporti con l'Amministrazione finanziaria, pertanto, «imponere di apprezzare solo le indicazioni previste negli atti costitutivi o di autoregolamentazione dell'ente salvo che i documenti siano redatti in forma diversa da quella prevista dalla legge (ad esempio, la scrittura privata) oppure non siano proprio formalizzati come accade per gli enti di fatto». A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., p. 96.

alcuna valutazione sull'attività effettivamente svolta⁹⁰.

Al contrario, per l'ampia categoria degli enti disciplinata dal libro I del Codice civile è rilevante l'oggetto dell'attività esercitata, che permette di distinguere gli enti commerciali da quelli non commerciali e di destinare ad ognuno il proprio trattamento fiscale previsto da legge.

In presenza di entità non istituzionalizzate, prive di un atto costitutivo o di uno statuto, la qualifica dell'oggetto principale è demandata ad un criterio fattuale basato sull'attività effettivamente svolta dall'ente⁹¹.

In ultimo, poiché i soggetti associativi aventi natura non commerciale accedono a regimi fiscali di favore, per questi contribuenti il legislatore ha previsto un'ulteriore valutazione – secondo dei parametri stabiliti dall'art. 149 TUIR – dell'effettiva attività condotta dell'entità collettiva, nel rispetto delle peculiarità di ogni categoria di ente non commerciale⁹².

I principi esposti sono vevoli per qualunque organizzazione a carattere associativo, anche non formalizzata, purché soddisfi i requisiti *ex art. 73, 2° co. TUIR* per essere

⁹⁰ Cfr. T. Tassani, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Giuffrè, Milano 2007, pp. 80 ss. L'autore pone l'accento sulla rilevanza che assume il contratto sociale nell'individuazione della tipologia societaria che esprime «una destinazione istituzionale dell'organizzazione societaria allo svolgimento di attività commerciali. Non appare necessaria, come invece lo è per gli imprenditori individuali, la ricostruzione dell'attività in termini di verifica dell'unità funzionale degli atti effettivamente compiuti, come neppure l'esame fattuale dei caratteri dell'economicità professionalità ed organizzazione». Ivi, p. 80.

⁹¹ La verifica della qualità di ente non commerciale ha da sempre rappresentato un elemento di criticità del sistema impositivo, anche a seguito dei vantaggi fiscali finalizzati ad incentivare il settore del *no profit*. Il Ministero delle Finanze ha, quindi, ritenuto opportuno predisporre un documento di prassi utile a chiarire alcuni aspetti normativi, ovvero la Circolare del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 12 maggio 1998 n. 124, disponibile in *Banca dati fisconline*.

In caso di ente non societario, il legislatore prevede una prima valutazione – secondo il criterio formale individuato dall'art. 73, 4° co, TUIR – dell'oggetto stabilito in sede di costituzione quale mezzo per realizzare i fini perseguiti dall'ente.

È da applicarsi, invece, l'art. 73, 5° co. TUIR, dove è prevista una valutazione su base fattuale dell'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato al fine di individuare l'oggetto principale, ovvero quello che realizza direttamente i fini primari e giustifica l'esistenza dell'ente. Cfr. A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., pp. 94 ss.

⁹² Al fine di valutare la commerciabilità di un ente associativo la Circolare del Ministero delle Finanze del 12 maggio 1998 n. 124, pone una correlazione fra l'art. 73 TUIR ed i parametri indicati dal legislatore all'art. 149 TUIR, per stabilire la perdita della qualifica di ente non commerciale, nel rispetto di alcune peculiarità previste da discipline speciali (quali ad esempio l'art. 148 TUIR per gli enti a base associativa, il recente Codice del Terzo Settore contenuto nel D.Lgs. 3 luglio 2017 n. 117, ecc.).

In dottrina si ritiene che le disposizioni dell'art. 149, TUIR abbiano natura di norma antielusiva finalizzata a contrastare il fenomeno di quegli enti che, costituiti come non commerciali, esercitano effettivamente attività di natura commerciale. Cfr. A. Fedele, *Disciplina degli enti "non profit": profili tributari*, in *La disciplina degli enti non profit*, (a cura di) G. Masarà, Giappichelli, Torino 1998, p. 31.

Per un'attenta esposizione sulla valutazione della natura commerciale di un ente, oltre alla bibliografia già menzionata, si rimanda a M. Interdonato, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, Giuffrè, Milano 2004, pp. 59 ss.; ed anche A.M. Proto, *La fiscalità degli enti non societari*, Giappichelli, Torino 2003, p. 80 ss.; M. Anselmo, *Le attività commerciali nella disciplina fiscale del terzo settore*, in *La fiscalità del terzo settore*, in *La fiscalità del terzo settore*, (a cura di) G. Zizzo, Giuffrè, Milano 2011, pp. 203 ss.

riconosciuta come soggetti passivi d'imposta⁹³.

Ogni entità pluripersonale può, quindi, svolgere in via esclusiva o prevalente un'attività di natura commerciale, così stabilita sulla base degli accertamenti previsti dagli artt. 73 e 149 TUIR⁹⁴; la differenza con le organizzazioni societarie è legata esclusivamente alla scelta degli associati di perseguire una finalità lucrativa⁹⁵. Lo scopo di lucro⁹⁶ è stato considerato, difatti, la linea di confine fra l'istituto giuridico societario e le altre tipologie di organizzazioni a base personale⁹⁷.

⁹³ Questa norma di chiusura rappresenta un "test chiarificatore" voluto dal legislatore per risolvere i tanti casi dubbi in cui non si riesce a stabilire la soggettività giuridica dell'organizzazione atipiche di persone e beni.

La migliore dottrina ritiene che la norma dell'art. 73, 2° co., TUIR possa avere portata generale nell'intero settore tributario, riconoscendo che: «è sufficiente scorrere una qualunque raccolta di legislazione per constatare come (...) tutte le possibili figure di enti o centri impersonali passibili di autonoma imposizione si riducono a quelli indicati dall'art. 2 del DPR. n. 598 [oggi art. 73 TUIR]». E. Nuzzo, *Questioni in tema di tassazione degli enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, p. 125.

⁹⁴ Si fa presente che negli anni si è consolidato l'orientamento dottrinale, il quale attribuisce un maggior peso all'attività accertata qualora sia difforme dal dato formale indicato nei documenti sociali. La prevalenza del criterio sostanziale è anche giustificata dalla vaghezza riscontrata nella stesura degli atti costitutivi e degli statuti degli enti non commerciali. V. M. Polano, *Attività commerciali ed impresa nel diritto tributario*, Cedam, Padova 1984, p. 185.

⁹⁵ Nella dottrina giuscommercialista si è posto l'accento sulle differenze fra l'istituto societario e l'associazione del libro I del Codice civile che risiedono nella natura dell'attività esercitata e nello scopo da perseguire. Qualora l'ente collettivo svolga attività con un metodo non economico allora non si può configurare sicuramente un soggetto societario. Mentre, se l'attività esercitata è di natura economica occorre verificare la destinazione dei risultati positivi conseguiti; se gli stessi sono istituzionalmente ed integralmente devoluti ad uno scopo ideale si è ancora in presenza di un'associazione, in caso contrario si configura un soggetto societario. V. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2. Diritto delle società*, cit., p. 29.

⁹⁶ Illustri autori del diritto si sono interrogati sulla rilevanza dello scopo di lucro quale elemento determinante per il contratto societario ex art. 2247 cod. civ. Una certa dottrina sostiene che lo scopo di lucro ha gradualmente perso importanza come elemento essenziale del contratto societario ex art. 2247 cod. civ. a seguito del proliferare di norme speciali che permettono di utilizzare lo schema societario anche per attività prive di uno scopo di lucro soggettivo. Si parla, difatti, di "tramonto dello scopo di lucro", tesi ideata dal Santini nella sua opera: G. Santini, *Tramonto dello scopo lucrativo nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, pp. 151 ss. e riproposta, fra i tanti, anche in V. Buonocore, G. Castellano, R. Costi, *Società di persone*, cit., p. 47 e L. Buttarò, *Corso di diritto commerciale, I, Premesse storiche e disciplina dell'impresa*, (a cura di) M. Castellano, F. Vessia, Giappichelli, Torino 2015, pp. 101 ss.

Tali conclusioni non sono condivise da chi ritiene che le deroghe previste dal legislatore sono comunque insufficienti per ritenere che un elemento naturale del contratto societario, insito in ogni normale fenomeno societario, sia diventato irrilevante. V. C. Angelici, *La società nulla*, Giuffrè, Milano 1975, pp. 264 ss., G. Marasà, *Le società senza scopo di lucro*, Giuffrè, Milano 1984, pp. 471 ss. e G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2. Diritto delle società*, cit., pp. 30 ss.

Nella dottrina tributarista lo scopo di lucro ha assunto rilevanza essenziale per suddividere i soggetti passivi d'imposta fra enti lucrativi e non lucrativi. La prima categoria accoglie, fra gli altri enti collettivi, anche le società di persone e di capitali, ed è caratterizzata dalle problematiche relative alla doppia imposizione economica in quanto, proprio la finalità lucrativa soggettiva porta alla distribuzione della ricchezza prodotta dall'ente collettivo. Cfr. A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario dell'impresa*, cit., pp. 86 ss., ed anche A. Fedele, *Il regime fiscale delle associazioni*, in *Riv. dir. trib.*, 1995, I, pp. 331 ss.

⁹⁷ La fattispecie societaria, così come afferma un'illustre voce della dottrina, è un fenomeno "essenzialmente egoistico" caratterizzato per l'istituzionale destinazione ai suoi membri dei benefici patrimoniali

Occorre, tuttavia, porre l'accento sulla necessità che vi sia uno scopo di lucro soggettivo almeno in astratto, in quanto una completa esclusione del diritto alla ripartizione degli utili, prevista da statuto, riporterebbe l'organizzazione collettiva nella categoria delle associazioni non lucrative⁹⁸.

L'ente associativo, infatti, non potrà mai «avere come proprio scopo la distribuzione fra i propri associati dell'utile eventualmente realizzato – c.d. lucro soggettivo – senza trasformarsi in una società, giacché, il fine di lucro può essere solo mediato e strumentale»⁹⁹.

Queste considerazioni sembrerebbero in linea con l'orientamento espresso dal Ministero dell'economia e delle finanze nella circolare del 12 maggio 1988 n. 124, ove il fine di lucro è considerato assente solo in presenza di un'espressa clausola statutaria

conseguiti attraverso l'esercizio della comune attività d'impresa. Cfr. G.F. Campobasso, *Diritto commerciale vol. 2. Diritto delle società*, cit., p. 32. Secondo l'autore le società sono un “fenomeno essenzialmente egoistico” e restano «strutture associative fruibili in via generale solo per il perseguimento di uno scopo di lucro (o quanto meno economico). Non per il perseguimento di scopi ideali».

Le previsioni legislative che attribuiscono alla fattispecie societaria uno scopo diverso da quello lucrativo sono da considerarsi norme eccezionali a cui l'accesso è previsto solo a determinati requisiti. V. G. Cottino, *Le società di persone*, Zanichelli, Bologna 2019, p. 32, ed anche A. Gambino, *Impresa e società di persone*, Giappichelli, Torino 2019, pp. 140 ss.

⁹⁸ Questa è l'opinione maggiormente condivisa in dottrina che ammette l'esercizio dell'attività commerciale finalizzata a perseguire un lucro da parte di entità associative diverse dal soggetto societario, ma senza alcuna distribuzione di utili. Fra tutti, si riportano le parole del Bigiavi, secondo il quale: «la differenza fra società e associazione dipende dal fatto che nella prima c'è, nella seconda non c'è lo scopo di lucro; dove tale criterio conserva piena rilevanza solo quando si intenda il lucro nel senso di lucro soggettivo». W. Bigiavi, *La professionalità dell'imprenditore*, cit., p. 51.

In giurisprudenza non sono mancate isolate pronunce del giudice ordinario, non condivise dalla dottrina, che hanno collegato l'esistenza di un soggetto societario al mero esercizio di un'attività economica, anche in assenza di uno scopo di lucro. È il caso dei giudici di appello del Tribunale di Roma, i quali hanno sentenziato che: «se un'associazione, costituita per il raggiungimento di finalità assistenziali o sociali, pone in essere, come mezzo per il perseguimento di detto scopo, una attività di natura commerciale, essa è assoggettabile a fallimento come società di fatto, né ha rilievo che i lucri, obiettivamente ottenuti, fossero destinati ai fini di assistenza, e non divisi fra gli associati». Trib. Roma 11 giugno 1954, in *Dir. fall.*, 1954, II, p. 455, App. Roma 5 giugno 1957, in *Foro it.*, I, p. 1274; App. Trento 18 maggio 1970, in *Giur. it.*, 1971, I, 2, p. 306.

⁹⁹ E. Morino, *Società di fatto, associazione e scopo di lucro: un nodo gordiano ancora da sciogliere*, in *Giur. Ita.*, 2, 2014, p. 359. Secondo l'autore la partecipazione agli utili integra un requisito essenziale del contratto di società; pertanto, all'associazione è ammesso di esercitare in via mediata un'attività economica o addirittura gestire un'impresa commerciale, ma solo per devolvere esclusivamente e totalmente i guadagni di tale attività ai fini non economici.

Negli stessi termini si sono espressi, fra i tanti, F. Galgano, *Le società in genere. Le società di persone*, cit., pp. 56 ss., ed anche R. Costi, G. Di Chio, *Società in generale. Società di persone. Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sist. Dir. Civ. Comm.*, 1980, pp. 43 ss.

Tuttavia, fra i guiscommercialisti non è mancato chi ha sostenuto che l'associazione dovesse assumere la qualifica di imprenditore commerciale ogni qualvolta esercitasse, a qualunque titolo – quindi non solo come attività principale o prevalente, ma anche se fosse accessoria o strumentale – una delle attività commerciali elencate all'art. 2195 cod. civ. V. P. Spada, *Note sull'argomentazione giuridica in tema d'impresa*, in *Giust. Civ.*, 1980, I, pp. 2274 ss.; G.F. Campobasso, *Associazioni e attività d'impresa*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1994, II, pp. 79 ss.; L. Farenga, *Esercizio di impresa commerciale da parte di enti privati diversi dalle società e fallimento*, in *Dir. fall.*, 1981, pp. 222 ss.

che impone il divieto di distribuzione dei dividendi¹⁰⁰.

Lo stesso documento di prassi scandisce anche la procedura di ricerca dello scopo primario perseguito dall'organizzazione collettiva – al fine di individuare la natura di ente non commerciale – articolata in una prima valutazione meramente formale e di una successiva verifica su base fattuale.

Condividendo il *modus operandi* proposto dall'amministrazione ministeriale, si ritiene che per identificare le reali finalità perseguite dagli associati sia necessario, non solo una valutazione dei documenti associativi ma, in via principale, il riscontro della reale destinazione del risultato positivo di gestione.

La prova dell'assenza di uno scopo di lucro soggettivo andrebbe ricercata inizialmente nelle clausole dell'atto costitutivo o dello statuto riferite alla destinazione della ricchezza prodotta dall'ente e, in particolare, al divieto di distribuire la stessa agli associati.

Nella successiva valutazione di tipo fattuale, invece, la dimostrazione dello scopo idealistico si può avere solo offrendo la prova della mancata assegnazione agli associati dei redditi prodotti dall'organizzazione collettiva ed il loro effettivo impiego per finalità di utilità sociale.

Questo onere probatorio, può assumere – in modo particolare in assenza di documenti ufficiali o quando la stessa documentazione risulti del tutto inattendibile – i connotati di una *probatio diabolica*, in quanto non è sufficiente che sia riferito ad una sola

¹⁰⁰ Le previsioni statutarie che impongono il divieto di distribuzione degli utili sono state disposte per l'accesso a regimi fiscali particolarmente vantaggiosi destinati agli enti non commerciali. Tuttavia, si ritiene che la definizione di "assenza di scopo di lucro" offerta dall'amministrazione finanziaria in tale sede, possa avere valore generale, tale da poter scongiurare lo scopo di lucro di un ente non commerciale in presenza di un «il divieto di distribuzione di utili». Cir. Min. Fin. 12 maggio 1998 n. 124, in *Banca dati fisconline*.

La stessa interpretazione è stata riproposta dall'amministrazione finanziaria anche in documenti di prassi più recenti, quali la Risoluzione 18 ottobre 2007, n. 299, la risoluzione 29 luglio 2014, n. 74 e, da ultimo, la risoluzione 28 giugno 2019 n. 63/E; in quest'ultima si è fatto presente che «il concetto di non lucratività non coincide necessariamente con quello di non commercialità. Infatti, mentre il carattere non commerciale dell'ente dipende dallo svolgimento in via esclusiva o prevalente di attività d'impresa, l'assenza del fine di lucro implica, invece, un'espressa previsione statutaria che vincola la destinazione del patrimonio e degli utili, di cui deve essere esclusa (anche in forma indiretta) la ripartizione, alle stesse finalità sociali perseguite dall'Ente». Ris. 28 giugno 2019 n. 63, in *Banca dati fisconline*.

In ultimo, è da sottolineare che il legislatore fiscale, per evitare comportamenti elusivi degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, all'art. 10, 6° co., D.Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460, il legislatore ha qualificato come distribuzione indiretta di utili: (i) l'acquisto di beni o servizi per corrispettivi che, senza valide ragioni economiche, siano superiori al loro valore normale; (ii) la corresponsione ai componenti degli organi amministrativi e di controllo di compensi individuali annui superiori al compenso massimo previsto per il presidente del collegio sindacale delle s.p.a.; (iii) la corresponsione ai lavoratori dipendenti di salari o stipendi superiori del 20% rispetto a quelli previsti dai contratti di lavoro per le medesime qualifiche.

Tali limiti quantitativi che, secondo le disposizioni contenute nella Circ. 26 giugno 1998, n. 168 (disponibile in *Banca dati fisconline*), assumono valore di presunzione assoluta e che, come chiarito dalla risoluzione dell'Agenzia delle Entrate 10 settembre 2002, n. 294 (disponibile in *Banca dati fisconline*), hanno lo scopo di evitare eventuali abusi o pratiche elusive. Al di fuori delle ipotesi appena elencate, la distribuzione indiretta di utili o avanzi di gestione dovrà essere verificata caso per caso, ma, poiché non vale alcuna presunzione, il contribuente potrà opporre la prova contraria.

annualità, ma deve consistere nella dimostrazione di una destinazione stabile della ricchezza prodotta in forma associata a finalità non lucrative¹⁰¹.

Anche nella sentenza in commento, i giudici di legittimità hanno sostenuto la sussistenza di uno scopo di lucro fra gli associati di un ente non commerciale esaminando la destinazione dei flussi di ricchezza prodotti dall'attività esercitata collettivamente; «dal complesso di elementi [è emerso, cdr] che l'ente svolga in concreto una attività commerciale e la corresponsione delle somme percepite sia sproporzionata e sostanzialmente ingiustificata sì da assorbire la gran parte dei proventi, distogliendoli dai fini istituzionali e rivelando, per contro, l'effettiva finalità lucrativa dell'ente, orientata all'utile (nella specie, dei soci fondatori componenti del comitato direttivo)»¹⁰².

A sommessima opinione dello scrivente, in assenza della prova contraria di natura formale o fattuale, è ragionevole presumere l'esistenza di un fine lucrativo dell'attività commerciale condotta in forma associata a vantaggio dei soci. È, difatti, parere condiviso dai migliori tributaristi che nella commercialità siano insite le condizioni di economicità¹⁰³ e, di conseguenza, la produzione di un profitto¹⁰⁴ e lo scopo di lucro soggettivo.

In conclusione, in presenza di un'entità collettiva di natura associativa, la prova dell'esercizio in misura prevalente o esclusiva di un'attività commerciale può essere considerata condizione sufficiente per il riconoscimento di una fattispecie societaria, salvo non si dimostri la destinazione permanente ed in misura integrale del risultato positivo di gestione a finalità idealistiche.

Accertata la presenza di un'organizzazione pluripersonale esercente attività commerciale con il fine di perseguire un vantaggio per i propri membri, la corretta

¹⁰¹ Si può addivenire a questa conclusione dalla lettura di alcuni passaggi del documento di prassi predisposto dal Ministero dell'Economia e delle Finanze riferiti agli enti di tipo associativo, dove per accedere a particolari regimi agevolativi è richiesta, fra le altre condizioni, la previsione espressa nello statuto del divieto di distribuzione degli utili. Pertanto, anche per l'Amministrazione finanziaria l'esclusione del fine di lucro deve perdurare stabilmente nel tempo. V. Cir. Min. Fin. 12 maggio 1998 n. 124, in *Banca dati fisconline*.

Sul vincolo di destinazione degli utili e l'accesso da parte di enti non commerciali a regimi fiscali di favore v. A.M. Proto, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., 2003, pp. 126 ss.

¹⁰² Cass. Sez. Trib., sent. 11 marzo 2021, n. 6835, in C.E.D. Cassazione, 2021.

¹⁰³ È orientamento dottrinale consolidato che in ambito fiscale la nozione di commercialità opera un rinvio implicito al concetto di economicità. Infatti, una certa parte della dottrina afferma che: «per determinare la sfera commerciale ai fini fiscali, l'art. 55 del TUIR rinvia all'art. 2195 del Cod. Civ. e tale riferimento impone di apprezzare i vincoli della norma civilistica (...) in quanto le attività ivi indicate devono essere "economicamente organizzate" in forza del coordinamento con l'art. 2082 del Cod. Civ.». A. Fantozzi, F. Paparella, *Lezioni di diritto tributario d'impresa*, cit., p. 97.

¹⁰⁴ Cfr. A.M. Proto, *Classificazione degli enti diversi dalle società e natura delle attività esercitate*, in *Riv. Trib.*, 1995, p. 556. L'autrice collega la natura commerciale dell'attività esercitata dall'ente solo in presenza di una politica dei prezzi orientata al conseguimento di un profitto. Pertanto, non è sufficiente la conservazione dell'integrità del capitale, ma è necessario avere un incremento del capitale investito. Per ulteriori riflessioni si rimanda anche all'opera della stessa autrice A.M. Proto, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., p. 49.

Un orientamento dottrinale alternativo ritiene che la natura economica di un ente presuppone lo svolgimento di attività programmate ed esercitate con modalità che garantiscano un flusso di ricavi sufficienti a coprire i costi ed a remunerare i fattori della produzione. Cfr. A. Fedele, *Il regime fiscale delle associazioni*, cit., pp. 336.

qualificazione giuridica è da ricercare nella categoria delle società di persone, anche se gli stessi associati non hanno proceduto a costituirsi formalmente secondo uno dei tipi societari disciplinato dal legislatore ordinario.

Tuttavia, proprio l'assenza di un accordo societario formalizzato, diventa elemento determinante per all'applicazione al caso di specie della disciplina delle società costituite per fatti concludenti.

Il percorso logico appena esposto per qualificare un gruppo organizzato di persone come una società di fatto si può ravvisare, a grandi linee, nelle motivazioni dell'arresto in commento.

Nella sentenza n. 6835 pubblicata in data 11 marzo 2021, difatti, i giudici di legittimità hanno, *in primis*, disconosciuto ad un'associazione con personalità giuridica la qualifica di ente non commerciale, ritenendo presuntivamente che l'attività condotta avesse natura commerciale¹⁰⁵, sulla base di una valutazione concreta della condotta effettivamente tenuta dall'entità collettiva e dai suoi componenti del comitato direttivo¹⁰⁶.

Successivamente lo stesso organo giudicante, dopo aver riqualificato i compensi dei membri del consiglio direttivo e del socio fondatore come ripartizione di utili, ha enunciato l'esistenza di un accordo societario concluso per via comportamentale fra gli stessi percettori dei dividendi escludendo, tuttavia, la possibilità che fra gli stessi membri si fosse potuto instaurare un rapporto giuridico diverso da quello societario¹⁰⁷.

Sul punto, l'arresto giurisprudenziale in commento conclude che: «per aversi una società di fatto (...) è sufficiente l'esistenza di una causa lucrativa e di un accordo, anche solo verbale, nonché la ricognizione dei criteri di cui all'art. 2247 c.c., ossia (...) l'intenzionale esercizio in comune tra i soci di un'attività commerciale a scopo di lucro

¹⁰⁵ I giudici di legittimità hanno riconosciuto la natura commerciale dell'attività effettivamente svolta dall'ente associativo, secondo l'assunto che il corrispettivo richiesto agli associati: «è ripartito tra tre soggetti: l'AICA riceve un importo (costo medio per candidato sulla base del «costo medio su base nazionale») che, in realtà, è il costo della prestazione; il Centro accreditato riscuote l'intero corrispettivo e trattiene la quota che gli compete per la copertura delle spese di gestione e istituzionali; la differenza spetta a DIDASCA. Da ciò la conseguenza che l'ente ha ricoperto e svolto un ruolo di intermediazione tra l'AICA, fornitrice dei beni e servizi, e l'effettivo (Centro accreditato) soggetto erogatore degli stessi verso gli utenti finali, ricevendo per tale compito una parte del corrispettivo della vendita». Cass. Sez. Trib., sent. 11 marzo 2021, n. 6835, in C.E.D. Cassazione, 2021.

¹⁰⁶ Come puntualizzato dai giudici di via Cavour: «il giudice di merito (...), si è limitato, in termini lineari, a valutare in concreto (...) la corretta attività dell'ente (che svolge attività imprenditoriale) e dei componenti del comitato direttivo (che, di comune accordo ed attraverso il conferimento dei servizi lavorativi da loro svolti all'interno dell'associazione, hanno dato direttive e disposizioni sulla gestione dell'ente, organizzando l'attività economica e fissando, fra l'altro, l'ammontare dei corrispettivi per le prestazioni fornite agli utenti finali, con conseguente determinazione del margine di guadagno assicurato all'ente, ossia all'utile d'impresa poi ripartito fra di loro), concludendo, con accertamento in fatto, che DIDASCA ha operato come una società di persone». Cass. Sez. Trib., sent. 11 marzo 2021, n. 6835, in C.E.D. Cassazione, 2021.

¹⁰⁷ La Suprema corte conclude, infatti, le sue osservazioni affermando che: «orbene, da tali elementi il giudice di merito, con indagine in fatto insuscettibile di riesame in sede di legittimità, ha ritenuto provato che l'attività economica sopra descritta costituiva il vero oggetto dell'associazione non riconosciuta e che lo scopo associativo era la ripartizione degli utili fra gli associati». Cass. Sez. Trib., sent. 11 marzo 2021, n. 6835, in C.E.D. Cassazione, 2021.

con il conferimento, a tal fine, dei necessari beni o servizi»¹⁰⁸, poiché il legislatore fiscale, per l'imposizione del reddito di una società di fatto, ha previsto solo l'identificazione nel suo oggetto sociale dell'esercizio di un'attività commerciale.

Per quanto riportato, ad opinione dello scrivente, l'istituto giuridico della società di fatto si può elevare a “categoria residuale” – con il conseguente ridimensionamento del confine applicativo della categoria degli enti commerciali *ex art. 73, 1° co., lett. b) TUIR* – per offrire uno schema giuridico di riferimento alle organizzazioni di persone non istituzionalizzate che svolgono attività di natura commerciale o costituite solo formalmente in enti non commerciali, ma sostanzialmente esercenti attività d'impresa¹⁰⁹.

In questi casi, la prova dello scopo di lucro soggettivo, oltre a rappresentare la linea di confine fra l'istituto giuridico societario ed un ente associativo, diventa elemento determinante per assoggettare la ricchezza prodotta da un'organizzazione di individui alla disciplina IRES o al principio di trasparenza *ex art. 5 TUIR*¹¹⁰.

¹⁰⁸ v. Cass. Sez. Trib., sent. 11 marzo 2021, n. 6835, in C.E.D. Cassazione, 2021.

¹⁰⁹ Illustri voci della dottrina hanno già adottato l'istituto della società di fatto per offrire una veste giuridica a fenomeni non disciplinati dall'ordinamento.

Uno di questi è costituito dagli atti compiuti prima della conclusione del procedimento costitutivo di una società di capitali, qualificati come atti di una società di fatto. V. T. Tassani, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, op. cit., pp. 103 ss. ID, *Gli atti preparatori e l'inizio dell'impresa*, in *Rass. Trib.*, 2000, 2, pp. 455 ss. ed anche C. Sacchetto, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) A. Amatucci, IV, I, Cedam, Padova 1994, p. 88.

Un altro impiego del soggetto societario di fatto è avvenuto per offrire una qualifica giuridica ai fini fiscali a fenomeni aggregativi di società quali, ad esempio, le associazioni temporanee di imprese V. L. Perrone, *Associazione temporanea di imprese e consorzi con attività esterna: problemi di diritto tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1984, pp. 144 ss. e C. Sacchetto, A. Spotto, *Aspetti tributari degli accordi di cooperazione fra imprese indipendenti (le joint ventures)*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, pp. 593 ss.

¹¹⁰ In dottrina si è espresso un ragionamento similare. Qualora vi sia un'organizzazione di persone che svolga attività economica a scopo di lucro, se si prova l'esistenza di un'organizzazione di attività unitaria ed autonoma, non si può che essere in presenza di una società di fatto; mentre, se non si riesce a provare tale organizzazione di attività non solo non si configura una società per fatti concludenti, ma non si può riconoscere alcun soggetto passivo d'imposta. Cfr. P. Boria, *Criteri di identificazione delle società di fatto ai fini delle imposte sui redditi*, cit., p. 682.

Flavio Parente

ALIMENTAZIONE E NUTRIZIONE NEL PAZIENTE AFFETTO DA COVID-19*

ABSTRACT

Le patologie acute e croniche possono comportare un rischio di malnutrizione che porta al peggioramento del quadro clinico. Anche il COVID-19 può presentare tali caratteristiche. Per queste ragioni è importante uno screening nutrizionale sia del paziente in area medica che di quello in terapia intensiva, oltre ad un'accurata stima del fabbisogno calorico giornaliero al fine di impostare un adeguato schema dietetico di supporto nutrizionale. Nei casi in cui non fosse soddisfatto il fabbisogno calorico giornaliero con la sola dieta, è possibile ricorrere alla supplementazione con pasti iperproteici ed ipercalorici. Qualora nemmeno tale strategia permettesse di raggiungere un adeguato *intake* calorico, o neppure la nutrizione per via orale fosse controindicata, si può fare ricorso alla nutrizione artificiale.

Acute and chronic pathologies can increase the risk of malnutrition, leading to worsening of the clinical picture. COVID-19 can also have such characteristics. For these reasons, a nutritional screening of both the patient in the medical area and in the intensive care unit is important, as well as an accurate estimate of the daily caloric needs in order to set up an adequate dietary scheme of nutritional support. In cases where the daily caloric requirement is not met with the diet alone, it is possible to use supplementation such as high-protein and high-calorie meals. If even this strategy does not allow to achieve an adequate caloric intake, or if oral nutrition is contraindicated, artificial nutrition can be used.

PAROLE CHIAVE

Nutrizione paziente COVID-19 – Integratori paziente COVID-19 – nutrizione artificiale COVID-19

COVID-19 patient nutrition – COVID-19 patient supplements – COVID-19 artificial nutrition

SOMMARIO: 1. Alimentazione e rischio di malnutrizione nel paziente affetto da COVID-19. – 2. Fabbisogno nutrizionale del paziente COVID-19 in area medica – 3. Integrazione nel paziente affetto da COVID-19. – 4. Esempio di schema dietetico in area medica. – 5. Nutrizione artificiale e valutazione del rischio nutrizionale in terapia intensiva. – 6. Nutrizione artificiale enterale. – 7. Nutrizione artificiale parenterale. – 8. Nutrizione artificiale: considerazioni conclusive.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

1. Una corretta alimentazione permette di affrontare meglio le situazioni patologiche, comprese quelle causate da agenti infettivi¹. Infatti, un corretto stato nutrizionale è di rilevante importanza per il benessere soggettivo, poiché squilibri nutrizionali possono associarsi a deficit di nutrienti anche essenziali, sia acuti che cronici, predisponendo allo sviluppo di malattie metaboliche o degenerative e all'esacerbazione di quadri clinici critici in acuto o post-acuto². I pazienti affetti da COVID-19 sono spesso persone debilitate sia fisicamente che emotivamente. Invero, il ricovero in area critica, necessario per trattare le complicanze respiratorie dell'infezione, può generare sarcopenia e deterioramento dello stato nutrizionale, portando ad elevata morbilità dopo la dimissione del paziente. In generale, circa il 45 % dei pazienti ospedalizzati risulta malnutrito o a rischio di malnutrizione e ciò prolunga i tempi di guarigione. Quindi, preservare lo stato nutrizionale e prevenire o curare la malnutrizione ha anche il potenziale di ridurre le complicanze nei pazienti a rischio di contrarre il COVID-19 soprattutto in forma grave³. Alcuni sintomi della malattia, come nausea, vomito e diarrea, possono compromettere l'assunzione e l'assorbimento di cibo ed influire negativamente sullo stato nutrizionale. L'analisi retrospettiva dei dati relativi alla pandemia influenzale del 1918 ha rivelato che la gravità della malattia dipendeva oltre che da fattori virali anche dell'ospite, tra cui la genetica e la nutrizione. In particolar modo, i soggetti anziani e quelli con comorbidità sono coloro che potrebbero avere una prognosi più infausta in caso di COVID-19. I pazienti geriatrici spesso sono caratterizzati, oltre che dalla contemporanea presenza di più patologie, anche da cambiamenti che l'invecchiamento genera a carico della composizione corporea (ad esempio, graduale perdita di massa e funzione muscolare scheletrica fino alla sarcopenia), da problemi orali e della masticazione, da problemi psico-sociali, da deterioramento cognitivo e da basso reddito. Gli individui obesi con malattie croniche concomitanti sono pure a rischio di sarcopenia. Poiché la malnutrizione è definita non solo dalla bassa massa corporea, ma anche dall'incapacità di preservare la composizione corporea sana e la massa muscolare scheletrica, tali categorie di pazienti dovrebbero essere valutate per la malnutrizione attraverso uno

¹ F. Lo Pomo et al, *La terapia nutrizionale nei pazienti SARS-CoV-2 positivi ospedalizzati*, Documento Operativo dalle Evidenze, dalle Linee Guida, dalla Letteratura allo stato delle conoscenze 07/04/2020*, Azienda ospedaliera "San Carlo" Potenza, in <https://www.ospedalesancarlotrinita.it/sites/default/files/allegati/news/documento%20la%20terapia%20nutrizionale%20nei%20pazienti%20covid%20ospedalizzati.pdf>

² Aa.Vv., *Linee di indirizzo per l'assistenza nutrizionale del paziente SARS-CoV-2 positivo paucisintomatico o post- dimissione a domicilio o presso strutture non ospedaliere*, Associazione tecnico Scientifica dell'Alimentazione, Nutrizione e Dietetica (ASAND), 2020, in <https://www.tsrn.org/wp-content/uploads/2020/04/ASAND-linee-indirizzo-nutrizionale-SARS-CoV-2.pdf>.

³ R. Barazzoni, S.C. Bischoff, J. Breda, K. Wickramasinghe, Z. Krznaric, D. Nitzan, M. Pirlich, P. Singer; endorsed by the ESPEN Council. ESPEN expert statements and practical guidance for nutritional management of individuals with SARS-CoV-2 infection. *Clin Nutr.* 2020 Jun;39(6):1631-1638. doi: 10.1016/j.clnu.2020.03.022. Epub 2020 Mar 31. PMID: 32305181; PMCID: PMC7138149.

screening specifico. Una prima valutazione dello stato nutrizionale può essere l'utilizzo del peso corporeo e la sua variazione tra il pre-ricovero e il ricovero, per il calcolo anche dell'IMC⁴ (formula: peso in kg x altezza² in m), poiché il calo ponderale non intenzionale è un evento possibile che potrebbe rendere più vulnerabili i pazienti SARS-CoV-2 positivi. Esistono diversi strumenti di screening per rilevare il rischio nutrizionale e tutti i pazienti a rischio di forme gravi o di aumentata mortalità a seguito di infezione da SARS-COV-2 devono essere sottoposti a screening nutrizionale. Nel caso del paziente ospedalizzato, lo screening di riferimento è rappresentato dall'NRS-2002 (Nutritional Risk Screening) e deve essere ripetuto ogni settimana. Per identificare i pazienti che necessitano di un supporto nutrizionale il test prevede 4 semplici domande:

1. Il BMI (kg/m²) è < 20.5?
2. Il paziente ha perso peso negli ultimi tre mesi?
3. Il paziente ha ridotto l'alimentazione nell'ultima settimana?
4. Il paziente presenta una patologia acuta grave?

In accordo con il NRS, sono da considerare a rischio di malnutrizione i pazienti con punteggio ≥ 3 allo screening. Tuttavia, va precisato che la presenza di polmonite rappresenta un quadro patologico di severità moderata con punteggio equivalente a 2. A prescindere dallo stato nutrizionale, nel paziente in grado di alimentarsi si consiglia di monitorare le ingesta tramite diari alimentari per 2-3 giorni. Una volta somministrato il questionario, se il paziente non è a rischio di malnutrizione (4 risposte negative) si potranno seguire le indicazioni di alimentazione in assenza di supplementazione; per contro, è consigliabile intervenire con l'utilizzo di pasti ad alta densità energetica o di supplementi orali in aggiunta all'alimentazione di tipo ordinaria qualora sussista rischio nutrizionale. Per un'ulteriore valutazione dei pazienti positivi sono stati utilizzati vari strumenti nella pratica clinica. Ad esempio, un recente documento approvato a livello globale dalle società di nutrizione clinica di tutto il mondo ha introdotto i criteri GLIM (Global Leadership Initiative on Malnutrition) per la diagnosi di malnutrizione. GLIM ha proposto un approccio in due fasi per la diagnosi della malnutrizione. In primo luogo, lo screening per identificare il paziente "a rischio" mediante l'uso di questionari convalidati come l'NRS-2002 e, successivamente, la diagnosi e la classificazione della gravità della malnutrizione in base alla seguente stadiazione⁵:

- **Lieve:** calo ponderale (su peso abituale) 5-10%
- **Moderata:** calo ponderale (su peso abituale) 11-20%
- **Grave:** calo ponderale (su peso abituale) > 20%

⁴ Aa.Vv, *Raccomandazioni pratiche per il trattamento nutrizionale dei pazienti affetti da COVID-19*, SINPE, 2020, in <https://www.sigg.it/wp-content/uploads/2020/04/RaccomandazioniXPraticheXperXilXTrattamentoXNutrizionaleXdeiXPazientiXAffettiXdaXCOVID-19.pdf>.

⁵ Cena, Hellas et al. *Position Paper of the Italian Association of Medical Specialists*, in *Dietetics and Clinical Nutrition (ANSISA) on Nutritional Management of Patients with COVID-19 Disease*, 1 Jan. 2020, p. 113-117.

2. In base alle linee guida ESPEN e SINPE (sopra citate), i soggetti con malnutrizione dovrebbero cercare di ottimizzare il loro stato nutrizionale con la consulenza dietetica di un professionista esperto.

Sia per i pazienti a domicilio che ospedalizzati in area medica il computo del fabbisogno energetico può essere eseguito come segue. Il gold standard per la stima del fabbisogno energetico resta la calorimetria indiretta:

- 25 - 30 kcal/kg/die (27 kcal/kg/die: dispendio energetico totale per i pazienti con comorbidità di età compresa tra >65 anni; 30 kcal/kg/die: dispendio energetico totale per i pazienti con comorbidità gravemente sottopeso) (Barazzoni et al, 2020).
- Harris e Benedict:
Femmine: $655,095 + (9,563 \times \text{peso in kg}) + (1,8496 \times \text{altezza in cm}) - (\text{età} \times 4,6756)$
Maschi: $66,473 + (13,7516 \times \text{peso in kg}) + (5,0033 \times \text{altezza in cm}) - (\text{età} \times 6,755)$

Per quanto attiene il fabbisogno di nutrienti, si possono seguire le seguenti indicazioni.

Proteine: sia per i pazienti con patologie acute o croniche, così come per il paziente anziano (>65 anni) con malattia critica acuta o cronica, si consiglia di raggiungere un apporto di proteine pari a 1,2-1,5 g di proteine/kg peso corporeo /giorno. In caso di malnutrizione, è suggerita inoltre la possibilità di raggiungere fino a 2 g/kg peso corporeo/giorno. L'integrazione con aminoacidi essenziali va considerata in caso di paziente malnutrito, sarcopenico o durante la riabilitazione (ad es. 8 g di aminoacidi essenziali per os).

Carboidrati: la dieta dovrebbe fornire un 50-55% di carboidrati. Prediligere fonti alimentari amidacee a basso Indice glicemico (alimenti poco trasformati o lavorati e ricchi in fibra) e limitare il consumo di zuccheri semplici.

Fibra alimentare: almeno 25 g/giorno di fibra alimentare, per una normale funzionalità intestinale. È preferibile raggiungere questi quantitativi consumando alimenti naturalmente ricchi in fibra alimentare (cereali integrali, legumi, frutta e verdura). Se sono presenti sintomi gastrointestinali (dolore addominale e diarrea), è preferibile limitarne l'assunzione per qualche giorno, fino alla scomparsa della sintomatologia.

Lipidi: dovrebbero rappresentare il 20-35% del fabbisogno energetico.

Il Fabbisogno lipidico e glucidico deve avere un range di rapporti tra energia fornita da lipidi e carboidrati compreso tra 30:70 (pazienti senza insufficienza respiratoria) e 50:50 (pazienti ventilati).

Liquidi: Il fabbisogno idrico dell'adulto in assenza di perdite patologiche e di insufficienza d'organo (insufficienza renale, cardio-respiratoria ed epatica) varia tra 30

e 40 mL/kg/die, ovvero 1-1,5 mL/Kcal /giorno. Nell'anziano l'apporto idrico può essere ridotto a 25 mL/kg/die.

Minerali e vitamine: in presenza di una normale fisiologia di organi ed apparati ed in assenza di perdite patologiche (fistole, vomito, diarrea, poliuria, ecc.), gli elettroliti devono essere somministrati seguendo i valori raccomandati dei LARN. L'utilizzo di integrazioni e supplementazioni sarà valutato di volta in volta in base alle condizioni del paziente, agli esami ematochimici o ad eventuali problematiche presenti. Bisogna prestare attenzione alle difficoltà di assorbimento di vitamina B12, Calcio e Ferro nel paziente anziano.

3. Nei soggetti con malnutrizione si dovrebbero integrare vitamine e minerali, poiché carenze si associano ad un potenziale impatto negativo della malattia. Infatti, ad esempio, il deficit di vitamina D è associato ad un outcome peggiore⁶. L'Integrazione con vitamina D deve essere considerata in caso di carenza (<12,5 ng/ml o 50 nmol/l), somministrando vitamina D3 400.000–600.000 UI nell'arco di 8 settimane, seguita da una dose di mantenimento (1.000–4.000 UI/die).

Inoltre, è stato riportato che l'integrazione di vitamina A in pazienti con carenza ha ridotto la morbilità e la mortalità in diverse malattie infettive, come il morbillo, la diarrea, la polmonite correlata al morbillo, la malaria e l'infezione da HIV / AIDS.

In generale, bassi livelli o assunzioni di micronutrienti, come le vitamine A, E, B6 e B12, Zn e Se, sono stati associati a esiti clinici avversi durante le infezioni virali. Infatti, una recente revisione di Lei Zhang et al. ha proposto che, oltre alle vitamine A e D, anche le vitamine del gruppo B, la vitamina C, gli acidi grassi polinsaturi omega-3, il selenio, lo zinco e il ferro dovrebbero essere considerati nella valutazione dei micronutrienti nei pazienti COVID-19⁷.

Per chi è in grado di alimentarsi autonomamente senza rischi di vomito o aspirazione, la dieta orale dovrebbe essere di scelta con l'obiettivo di soddisfare almeno il 70% delle esigenze nutrizionali. A questo riguardo, è necessaria la registrazione delle ingesta per almeno 2-3 giorni in modo da poter valutare i reali consumi alimentari. Nei pazienti malnutriti o nel caso in cui il paziente non riesca ad alimentarsi in maniera adeguata, ma raggiunga almeno il 50-60% del fabbisogno calorico-proteico, può essere indicato l'utilizzo di Supplementi Nutrizionali Orali. La supplementazione dovrebbe iniziare precocemente nel corso del ricovero. Considerando l'inappetenza, la nausea e la diarrea che spesso compaiono in seguito ai trattamenti antivirali/antimicrobici e/o alla localizzazione intestinale dell'infezione, per migliorare la compliance, si consiglia

⁶ M. Pereira, A. Dantas Damascena, L.M. Galvão Azevedo, T. de Almeida Oliveira, J. da Mota Santana, *Vitamin D deficiency aggravates COVID-19: systematic review and meta-analysis*, in *Crit Rev Food Sci Nutr.*, 4 nov. 2020, p. 1-9.

⁷ L. Zhang, Y. Liu, *Potential interventions for novel coronavirus in China: a systematic review*, in *J Med Virol*, 2020, 92:479e90.

l'assunzione di supplementi liquidi ipercalorici-iperproteici (indicativamente 2 al giorno) per almeno 400 kcal/die. In presenza di disfagia, deve essere consigliata una dieta di consistenza modificata (semiliquida/purea) ad alta densità calorico-proteica oltre alla supplementazione con ONS di consistenza cremosa/budino.

L'integrazione con probiotici va considerata in caso di terapia antibiotica o sintomi gastrointestinali.

4. Esempio di schema dietetico bilanciato in macronutrienti per degenti con Covid-19 (Cena et al., 2020).

- Colazione: latte oppure un vasetto di yogurt + fette biscottate
- Pranzo e cena bilanciati: primo + secondo piatto + pane + verdura + frutta
- Spuntini: un vasetto di yogurt o un budino o una monoporzione di formaggio confezionato + crackers o grissini.

5. Qualora gli apporti nutrizionali risultino inferiori al 50-60% dei fabbisogni (anche dopo eventuale supplementazione con ONS) o l'alimentazione spontanea orale sia impossibile per oltre 3 giorni, oppure qualora le capacità deglutorie risultino compromesse, rendendo insicuro l'utilizzo di alimenti a consistenza modificata, si deve ricorrere alla Nutrizione Artificiale (NA)⁸. Rimane di prima scelta, ove possibile, la Nutrizione Enterale (NE) al fine del mantenimento del trofismo, del microbiota e dell'immunità intestinale, oltre che per il minor rischio di complicanze infettive rispetto alla Nutrizione Parenterale (NP). Quest'ultima deve essere presa in considerazione quando la Nutrizione Enterale non fosse fattibile o non fosse in grado di raggiungere gli obiettivi nutrizionali.

Nel paziente critico affetto da SARI (infezione respiratoria acuta grave) un adeguato supporto nutrizionale permette di contrastare i processi infiammatori sostenendo l'immunocompetenza e, attraverso la prevenzione della malnutrizione e della sarcopenia, favorire la riduzione della durata della ventilazione. Ogni paziente affetto da SARI ricoverato in terapia intensiva da più di 48 ore è da considerarsi a rischio di malnutrizione. In questi casi lo strumento di screening da utilizzare è il NUTRIC score⁹, che è indicativo di rischio di malnutrizione se ≥ 5 (senza il dosaggio

⁸ P. Vecchiarelli, M. Muscaritoli, M.G. Annetta, D. Alampi, F. del Genio, D. Cum et al., *Raccomandazioni per il trattamento nutrizionale di pazienti affetti da COVID-19 e ricoverati nei reparti di terapia intensiva e sub-intensiva (Level III-II Care)*, SINUC-SIAARTI, 2020, in <http://www.sinuc.it/public/files/sinuc-siaarti%20-%20raccomandazioni%20per%20il%20trattamento%20nutrizionale%20di%20pazienti%20affetti%20da%20covid-19.pdf>.

⁹ D.K. Heyland, R. Dhaliwal, X. Jiang, A.G. Day, *Identifying critically ill patients who benefit the most from nutrition therapy: the development and initial validation of a novel risk assessment tool*, in *Critical Care*, 2011, 15(6):R268.

di IL-6). A prescindere dallo stato nutrizionale, nel paziente in terapia intensiva in grado di alimentarsi, si consiglia di monitorare le ingestie tramite diari alimentari.

6. Nei pazienti COVID-19 in terapia intensiva che non raggiungono l'obiettivo energetico con una dieta orale devono essere utilizzati prima gli integratori alimentari orali e, in caso di insuccesso, deve essere effettuato il trattamento nutrizionale enterale attraverso un sondino nasogastrico. La nutrizione enterale deve essere iniziata preferibilmente entro le 24-48 ore dal ricovero in terapia intensiva adottando la somministrazione con infusione continua piuttosto che in bolo poiché è stata dimostrata una significativa riduzione della diarrea, utilizzando una miscela polimerica standard in associazione alla supplementazione e.v. di micronutrienti, in base allo schema di seguito riportato.

Iniziare con la velocità minima e incrementare progressivamente secondo la tolleranza, sino a raggiungere 20-25 kcal/die:

- Giorno 1-2: 20-40 ml/die
- Giorno 3: 30-50 ml/die
- Giorno 4-5: 40-60 ml/die
- Dal giorno 6: velocità massima tollerata, inserimento miscela con fibre
- Supplementazione ev. di micronutrienti: tiamina (100-300 mg / die); multivitaminico 1 fiala/die; oligoelementi multipli 1 fiala/die, fino a quando NE = 1500 mL/die.

Nell'esperienza cinese, sono stati utilizzati probiotici per modulare il microbiota intestinale e ridurre il rischio di sintomatologia gastrointestinale, anche se l'utilizzo di antibiotici potrebbe ridurne drasticamente l'efficacia.

Il fabbisogno calorico del paziente in terapia intensiva può essere misurato con la calorimetria indiretta ponendo attenzione al rischio di contaminazione dello strumento, oppure, qualora questa metodica non fosse disponibile, è possibile determinare la spesa energetica a riposo (REE) attraverso il VCO₂ rilevato dal ventilatore applicando la formula $REE = VCO_2 \times 8.19$, oppure, in emergenza, attraverso l'equazione predittiva che raccomanda un fabbisogno di 20-25 kcal/kg/die (utilizzando il peso reale nei pazienti non obesi/sovrappeso). Una nutrizione ipocalorica, non superiore al 70% della REE determinata mediante calorimetria, deve essere somministrata nella fase precoce di malattia acuta. Dopo il 3° giorno l'apporto calorico può essere gradualmente aumentato all'80-100% del REE misurato.

Relativamente al fabbisogno proteico, durante la malattia critica, può essere raccomandato un apporto di 1,3 g/kg/die di proteine, da raggiungere gradualmente a partire dal giorno 3-5, poiché questo target ha dimostrato di migliorare la sopravvivenza nei pazienti fragili.

Esempi di schema dietetico Peso 50 kg

- Fabbisogno energetico: 1000-1250 kcal/die Giorno 1-2: 20 ml/h (\approx 700 kcal/die)

Giorno 3: 30 ml/h (≈ 1000 kcal/die)

Dal giorno 4: 35 ml/h (≈ 1250 kcal/die)

- Peso 70 kg

• Fabbisogno energetico: 1400-1750 kcal/die
Giorno 1-2: 30 ml/h (≈ 1000 kcal/die)
Giorno 3: 40 ml/h (≈ 1400 kcal/die)

Dal giorno 4: 45 ml/h (≈ 1600 kcal/die)

- Peso 100 kg

• Fabbisogno energetico: 2000-2500 kcal/die
Giorno 1-2: 40 ml/die (≈ 1400 kcal/die)
Giorno 3: 50 ml/die (≈ 1800 kcal/die)

Dal giorno 4: 60 ml/h (≈ 2200 kcal/die).

Si ricorda che la nutrizione enterale è controindicata nelle seguenti condizioni:

- Instabilità emodinamica nonostante fluidoterapia e vasopressori;
- Ipossiemia, ipercapnia non controllate, acidosi;
- Sanguinamento gastrointestinale in atto;
- Ischemia intestinale con o senza occlusione;
- Ileo meccanico;
- Sindrome compartimentale addominale;
- Residuo gastrico > 500 ml/6 ore.

La posizione prona non costituisce una controindicazione.

Inoltre, durante la nutrizione enterale, possono insorgere le seguenti complicanze:

- Meccaniche: malposizione, traumi meccanici, dislocazione (conseguenti alle manovre di pronazione e supinazione)
- Gastroenteriche: reflusso gastroesofageo, gastroparesi, vomito, distensione e dolore addominale, diarrea: scorretta somministrazione della miscela (volume elevato, velocità di infusione, osmolarità), intolleranza ai nutrienti, malassorbimento, contaminazione batterica, effetti collaterali di terapie.

7. Il ricorso alla nutrizione parenterale è indicato quando ci fossero delle limitazioni per la via enterale, oppure in caso di mancato raggiungimento dell'obiettivo energetico-proteico con la nutrizione orale o enterale, oppure a causa di intolleranza o controindicazioni a partire dal 5-7 giorno dal ricovero. La nutrizione parenterale va continuata come supplementazione o in sostituzione della nutrizione enterale, sino a quando i fabbisogni ritenuti adeguati non possono essere coperti dalla sola nutrizione enterale. Poiché è stato dimostrato che sono le calorie in eccesso (overfeeding), e non la via, le responsabili degli esiti sfavorevoli della nutrizione parenterale, sono disponibili in commercio sacche a basso contenuto calorico-proteico per ridurre il rischio di overfeeding. Si ricorda che la nutrizione parenterale può comportare l'insorgenza delle seguenti complicanze:

- Meccaniche ed infettive.

- Metaboliche: alterazioni equilibrio acido-base, idroelettrolitico, metabolismi glucidico-lipidico-azotato, overfeeding.

Per il monitoraggio delle eventuali complicanze sono consigliati i seguenti controlli:

- Cadenza giornaliera: bilancio idrico, diuresi oraria, glicemia, elettroliti.
- Ogni 2-3 giorni: azotemia, creatininemia.
- Settimanale: Bilirubina, transaminasi, albumina, assetto lipidico.

8. Va precisato che i pazienti che beneficiano di ossigenoterapia con cannule nasali (FNC) o con cannule nasali ad alto flusso HFNC (HFNO) ed in ventilazione non invasiva (NIV) sono teoricamente in grado di alimentarsi spontaneamente per via orale; tuttavia, l'introito calorico-proteico orale è spesso non adeguato per il possibile rischio di aspirazione. Qualora, anche con la somministrazione di supplementi nutrizionali orali l'apporto calorico proteico risulti < 50-65% del target, è indicato il posizionamento di un sondino naso gastrico e la nutrizione va iniziata con le modalità sopra descritte.

In ultimo, si ricorda che studi recenti hanno evidenziato come fino al 29% dei degenti della terapia intensiva può manifestare disturbi della deglutizione post estubazione al momento della dimissione, che può protrarsi fino ai quattro mesi successivi, limitando significativamente l'assunzione di nutrienti orali. Pertanto, è raccomandabile una precoce valutazione della funzione deglutitoria, poiché, qualora l'alimentazione spontanea fosse poco sicura per l'elevato rischio di aspirazione, si potrebbe utilizzare una nutrizione enterale tramite sondino naso gastrico.

Giuseppe Ruggiero Parente

RICERCA BIOMEDICA E LIMITI ALL'ATTIVITA' DI SPERIMENTAZIONE
UMANA*

ABSTRACT

Nella visuale medico-legale, la libertà della scienza è un principio normativo che va coordinato con gli altri principi costituzionali e interpretato in conformità alla gerarchia delle fonti. Ciò significa che la ricerca scientifica e le sue applicazioni cliniche trovano nella persona e nei suoi valori limiti insuperabili: la ricerca e l'attività medica non possono che essere funzionalizzate allo sviluppo della persona e al rispetto dei suoi diritti. In questa linea assiologica, anche l'attività di sperimentazione sull'uomo va effettuata in funzione strumentale alla piena realizzazione della persona e alla tutela della sua dignità e integrità.

From the medico-legal point of view, the freedom of science is a normative principle that must be coordinated with the other constitutional principles and interpreted in accordance with the hierarchy of sources. This means that scientific research and its clinical applications find insuperable limits in the person and their values: medical research and activity can only be functionalized to the development of the person and respect for their rights. In this axiological line, also the experimentation activity on man must be carried out in an instrumental function to the full realization of the person and to the protection of his dignity and integrity.

PAROLE CHIAVE

Libertà della scienza – ricerca biomedica – sperimentazione clinica

Freedom of science – biomedical research – clinical experimentation

SOMMARIO: 1. Ricerca sull'uomo e attività di sperimentazione: i limiti assiologici. – 2. *Information technology* e *e-health*. – 3. Biomedicina e attività di ricerca: profili etici e giuridici. – 4. La verifica preventiva del rischio e la preminenza del benessere della persona. – 5. Sperimentazione clinica di nuovi farmaci e di presidi sanitari. – 6. Adeguatezza dell'informazione e consenso informato.

1. Nell'ambito delle attività di prevenzione, diagnosi e cura delle malattie, l'atto medico-sanitario è aperto a trattamenti sempre più innovativi a beneficio della salute umana per effetto della ricerca di laboratorio e di una progressiva sperimentazione clinica volta a validare scientificamente e a mettere a disposizione dei malati più efficaci soluzioni terapeutiche¹.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

In forza della tutela della libertà della scienza (art. 33, comma 1, cost.) e della promozione della ricerca scientifica (art. 9, comma 1, cost.), sul piano medico-legale, l'attività di sperimentazione tende a realizzare interessi meritevoli di tutela mediante il coinvolgimento del corpo della persona, la cui integrità è esposta al rischio di un sacrificio grave per soddisfare esigenze sanitarie di interesse generale, ossia per implementare la protezione della salute pubblica².

Ciò significa che la ricerca scientifica e le sue applicazioni trovano nella persona e nei suoi valori limiti assiologici e insuperabili: la ricerca e l'attività medica non possono che essere funzionalizzate alla tutela della persona e al rispetto dei suoi diritti³.

In questa prospettiva, anche la sperimentazione clinica di medicinali (d.lgs. 24 giugno 2003, n. 211, attuativo della direttiva n. 2001/20/CE)⁴ non può che essere finalizzata a potenziare i presidi sanitari destinati alla cura della salute⁵.

Nella visuale medico-legale, quindi, il principio della libertà della scienza (artt. 9 e 33 cost.) è un parametro normativo che va coordinato con gli altri principi costituzionali e interpretato alla stregua della gerarchia delle fonti interna al sistema ordinamentale.

In questo senso, la scienza deve essere riguardata in funzione della piena realizzazione dell'uomo e della sua dignità (art. 2 cost.)⁶: non solo gli scopi, ma pure i metodi e i mezzi di ricerca devono essere rispettosi della dignità dell'individuo umano⁷.

La sperimentazione sugli esseri umani non è conforme alla dignità della persona se effettuata senza il consenso esplicito del soggetto coinvolto o dei suoi rappresentanti⁸. Nell'attuale contesto assiologico, anzi, la sperimentazione scientifica non potrebbe mai

¹ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2016, p. 84.

² F. Parente, *La fisicità della persona e i limiti alla disposizione del proprio corpo*, in G. Lisella e F. Parente, *Persona fisica*, in *Tratt. dir. civ. CNN* Perlingieri, II, 1, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2012, pp. 405.

³ Cfr. P. D'Addino Serravalle, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2003, p. 71; L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1993, p. 112 ss.; P. D'Addino Serravalle, *Ingegneria genetica e valutazione del giurista*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1988, p. 14.

⁴ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica. La tutela post-moderna del corpo e della mente*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2018, p. 116 ss.

⁵ In merito, v. *infra* § 4, nonché R. Lattanzi, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto* Rodotà e Zatti, II, Giuffrè Editore, Milano 2011, p. 319; F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 405.

⁶ P. Perlingieri, *Riflessioni sull'inseminazione artificiale e sulla manipolazione genetica*, in P. Perlingieri, *La persona e suoi diritti. Problemi del diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2005, pp. 169-170; S. Labriola, *Libertà della scienza e promozione della ricerca*, Cedam, Padova 1999.

⁷ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 85, nota 205.

⁸ Sul punto, v. *infra* § 5 e Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 85.

legittimare atti contrari alla dignità della persona e alla legge morale neppure con il consenso dell'interessato⁹.

2. Procedere mediante la ricerca e la sperimentazione è una legge fondamentale di ogni scienza applicata alla quale il progresso scientifico è legato per metodo, struttura e natura: le scienze biomediche non si sottraggono a questa legge¹⁰.

Le sperimentazioni e le invenzioni biotecnologiche (l. 22 febbraio 2006, n. 78)¹¹, le nuove terapie, la diffusione della telemedicina¹² e la surrogazione di talune funzioni umane con la robotica suscitano nell'uomo la speranza di guarire dalle malattie, ma preoccupano quanti intravedono nell'applicazione dei risultati della ricerca la possibile alterazione della naturalità del corpo con lesione dei valori della dignità, dell'integrità e dell'identità dell'individuo umano¹³.

Di qui, l'urgenza d'istituire o di potenziare, negli ospedali e negli istituti sanitari, comitati di etica e di roboetica con il compito di aiutare a risolvere problemi etici insoliti e complessi riguardanti le nuove tecniche di cura e di trattamento dei pazienti¹⁴.

La norma etica esige che l'attività di ricerca sia indirizzata a promuovere il benessere dell'uomo. Perciò, ogni ricerca contraria al bene della persona deve reputarsi immorale¹⁵.

Gli interventi manipolativi possono alterare la composizione intima della corporeità e modificare il genoma individuale con rischio per la sopravvivenza della specie e per la perpetuazione della vita umana sulla terra¹⁶: il pericolo legato alle

⁹ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., pp. 84-85.

¹⁰ Ivi, p. 84.

¹¹ R. Romano, *Innovazione, rischio e "giusto equilibrio" nel divenire della proprietà intellettuale*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 532 ss.; A. Falcone, *Tutela della salute e della libertà della ricerca scientifica nelle nuove biotecnologie di sintesi in campo genetico. Dai brevetti "biotech" ai modelli "open source"*, in *BioLaw Journal- Rivista di BioDiritto*, 2014, 1, p. 209 ss.; A. Querci, *Biotecnologie mediche e scienze della vita nelle recenti normative di origine comunitaria: le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, I, p. 200 ss.; R. Romano, *Brevettabilità del vivente e «artificializzazione»*, in S. Rodotà e M. Tallacchini (a cura di), *Ambito e fonti del biodiritto*, in *Trattato di biodiritto* Rodotà e Zatti, I, Giuffrè Editore, Milano 2010, p. 575 ss.; I. Zecchino, *La brevettabilità delle invenzioni biotecnologiche tra principi declamatori e regole operative*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, II, p. 120 ss.; G. Casaburi, *Le biotecnologie tra diritto comunitario, Corte di giustizia e inadempimento italiano*, in *Foro it.*, 2005, IV, c. 408 ss.; A. Losanno, *Per un riequilibrio tra la brevettabilità di elementi isolati del corpo umano e la tutela dei diritti fondamentali della persona umana*, in *Dir. eccles.*, 2003, II, p. 170 ss.; P. D'Addino Serravalle, *La brevettazione della materia vivente*, in *Questioni biotecnologiche e questioni normative*, cit., p. 97 ss.

¹² Sul punto, v. F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 456, nota 2120; U. Izzo, *Medicina e diritto nell'era digitale: i problemi giuridici della cybermedicina*, in *Danno resp.*, 2000, p. 807 ss.

¹³ S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Giuffrè Editore, Milano 2007, 2007, p. 151; F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., pp. 456-457.

¹⁴ Risoluzione del Parlamento europeo, 16 febbraio 2017, pp. 7-8.

¹⁵ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 85.

¹⁶ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Il principio di precauzione: profili bioetici, filosofici, giuridici*, 18 giugno 2004.

continue scoperte scientifiche applicate all'uomo è quello di spingere a «riprogettare gli esseri umani»¹⁷.

In questa prospettiva, la sperimentazione biomedica sull'individuo umano è moralmente illegittima se fa correre rischi sproporzionati alla vita o all'integrità psico-fisica della persona¹⁸.

In questo quadro, l'*information technology* ha portato alla nascita di una nuova modalità di fare medicina, l'*e-health* (la c.d. sanità elettronica) o *telemedicina* - complesso di comunicazioni telematiche ed informatiche per la cura «a distanza» del paziente - in numerosi settori medico-sanitari: nella cardiologia, mediante la trasmissione telematica dei tracciati elettrocardiografici; nella radiologia, tramite le immagini radiografiche computerizzate; nella dermatologia, con il sistema delle foto digitali delle lesioni cutanee; nella ginecologia, con il monitoraggio costante della gravidanza; nell'anatomia patologica o nell'odontoiatria, attraverso la diffusione di tecniche operative al digitale (*telediagnosi* e *teleassistenza*), per rispondere con tempestività alle esigenze diagnostiche e terapeutiche di persone distanti dalle strutture sanitarie; nel campo del soccorso medico, mediante il telesoccorso, che consente di fornire soccorso immediato nelle urgenze; nell'ambito del collegamento interattivo tra medici di *équipe*, attraverso il *videoconsulto*, che rende possibile la condivisione dinamica delle informazioni delle cartelle cliniche digitali, dei tracciati diagnostici e delle immagini biomediche, trasmesse in tempo reale e con la massima definizione¹⁹.

Tuttavia, se le novità scientifiche e tecnologiche degli strumenti diagnostici e il miglioramento *in progress* delle tecniche terapeutiche hanno facilitato la diagnosi e l'esecuzione della prestazione medica, hanno pure portato al paradosso dell'incremento vertiginoso dell'area della responsabilità medico-sanitaria, secondo una direttrice che allarma gli operatori²⁰.

È ragionevole, dunque, sottolineare che la medicina «è entrata in un periodo di paradigmatica instabilità; cioè in una fase nella quale il medico deve riconsiderare il suo ruolo e la sua responsabilità verso i malati e verso la società»²¹.

3. In chiave medico-legale, i progressi della biologia e delle biotecnologie sollevano «nuovi problemi etici nella diagnostica e nella terapia» e «pongono in discussione evidenze ritenute in passato incrollabili»²². Oggetto di discussione sono persino i «sentimenti che scandiscono i momenti solenni della vita umana, come il

¹⁷ G. Stock, *Riprogettare gli esseri umani. L'impatto della ingegneria genetica sul destino biologico della nostra specie*, Orme Editori, Milano 2004.

¹⁸ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 85.

¹⁹ R. D'Angiolella, *Responsabilità e telemedicina*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, pp. 924-925.

²⁰ F. Introna, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, p. 879 ss.; R. D'Angiolella, *Responsabilità e telemedicina*, cit., p. 921 ss.

²¹ E. Polli, *Introduzione*, in Aa.Vv., *L'anima tra scienza e fede*, San Paolo Edizioni, Cinisello Balsamo 2006, p. 7.

²² *Ibidem*.

concepimento, la nascita, la maternità o la paternità ed il misterioso momento della morte»²³.

Quindi, l'individuazione di nuove regole etiche e giuridiche è necessaria non solo per tutelare la ricerca scientifica e biomedica sull'uomo, ma pure per conformare l'ambito della ricerca e delle invenzioni biotecnologiche a parametri non lesivi dell'integrità e della dignità dell'individuo²⁴.

Nel merito, il regime di tutela richiede un realistico bilanciamento di regole e principi alla luce della tavola dei valori ordinamentali²⁵: da un lato, l'opportunità di non compromettere la ricerca scientifica e la libertà della scienza (artt. 9, comma 1, e 33, comma 1, cost.); dall'altro, l'esigenza di tutelare la libertà di autodeterminazione sanitaria (art. 13 ss. cost.), la salute individuale (art. 32 cost.), l'integrità e la dignità della persona (artt. 2 e 3 cost.)²⁶.

Sebbene ogni sperimentazione comporti rischi, esiste un grado di pericolo che la morale non può permettere: è la soglia oltre la quale il rischio diventa umanamente e ontologicamente inaccettabile. Questa soglia è tracciata dal bene inviolabile della persona, che inibisce di metterne in pericolo la vita, l'equilibrio, la salute, l'integrità o di aggravarne il male²⁷.

Quindi, ogni sperimentazione sull'uomo, non può essere iniziata o proseguita senza che lo sperimentatore abbia preso tutte le precauzioni per evitare i rischi prevedibili e ridurre le conseguenze degli eventi avversi²⁸.

In aggiunta a queste cautele, nella fase clinica, la sperimentazione deve rispondere al principio del rischio proporzionato, vale a dire deve rispettare la regola della debita proporzione tra gli svantaggi e i benefici prevedibili²⁹.

4. Nell'apprezzare la congruenza del prodotto scientifico, inoltre, è necessario procedere alla verifica preventiva del rischio, ossia valutare il dato epidemiologico e l'approccio rimediabile sul piano etico, politico e sociale per predisporre misure volte a tutelare la salute della persona e a salvaguardare la specie umana.

La Convenzione di Oviedo del 4 aprile 1997, sulla protezione dei diritti dell'uomo e sulla tutela della dignità dell'essere umano nelle applicazioni della biologia e della medicina, e la Carta di Nizza del 7 dicembre 2000, modificata il 12 dicembre 2007, sui diritti fondamentali dell'Unione europea, hanno individuato nel consenso libero e

²³ *Ibidem*.

²⁴ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., pp. 457-458.

²⁵ P. Perlingieri, *Il diritto alla salute quale diritto della personalità*, in P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problemi del diritto civile*, cit., p. 110; L. Chieffi, *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*, cit., p. 133; P. D'Addino Serravalle, *Questioni biotecnologiche e soluzioni normative*, cit., pp. 70-71.

²⁶ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., pp. 458-459; P. Perlingieri, *Il diritto alla salute*, cit., p. 103 ss.

²⁷ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 86.

²⁸ *Ivi*, p. 87.

²⁹ *Ivi*, p. 88.

informato dell'interessato³⁰, nel divieto di pratiche eugenetiche aventi per scopo la selezione dell'essere umano, nella proibizione di fare del corpo umano e delle sue parti una fonte di lucro e nell'interdizione della clonazione riproduttiva degli esseri umani un regime di limiti inderogabili all'esercizio dell'attività medica e biologica sull'uomo³¹.

Le restrizioni hanno condotto la scienza medica a considerare imprescindibile, per qualsiasi ricerca o intervento, la protezione dell'autodeterminazione e della dignità dell'essere umano, al fine di garantire a ciascuno il rispetto dell'integrità, della riservatezza, delle libertà fondamentali e degli altri diritti inviolabili³².

Infatti, la ricerca biomedica «non deve comportare rischi sproporzionati rispetto ai suoi benefici potenziali», deve essere giustificata da «criteri di qualità scientifica» ed «eseguita secondo le regole e gli *standards* della professione, sotto la supervisione di un qualificato esperto»³³.

In sintesi, alla luce dei valori costituzionali, il benessere dell'essere umano che si presta alla ricerca deve sempre prevalere sull'interesse al progresso sociale e allo sviluppo della ricerca stessa³⁴.

4. Nel contesto delle fonti, la locuzione sperimentazione clinica designa le attività farmacologiche e biomediche sul corpo dell'uomo, che, rispetto al trattamento terapeutico, sono connotate dall'incertezza circa l'efficacia del trattamento e dalla potenziale nocività degli effetti collaterali (art. 2, comma 1, d.lg. 24 giugno 2003, n. 211)³⁵.

Il soggetto coinvolto deve essere informato degli scopi e degli eventuali rischi della sperimentazione per dare, rifiutare o ritirare in ogni fase il proprio consenso in piena consapevolezza e libertà, posto che il medico-sperimentatore ha sul paziente soltanto quei poteri conferitigli dal paziente medesimo³⁶.

Nel merito, l'apparato normativo distingue due tipi d'interventi sperimentali sull'uomo, diversificati dalla peculiarità del regime e dalle concrete ricadute sulla

³⁰ V. *infra* § 5.

³¹ C.A. Redi, *La clonazione. 2.1. La clonazione. Aspetti scientifici*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto* Rodotà e Zatti, II, cit., p. 265 ss.

³² F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 458 ss.

³³ Comitato Nazionale per la Bioetica, *Scopi, limiti e rischi della medicina*, 14 dicembre 2001, p. 33.

³⁴ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 458 ss.

³⁵ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 116 ss.; C. Signorelli, *Elementi di metodologia epidemiologica*, 7^a ed., Seu, Roma 2011, p. 239 ss.; F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 461.

³⁶ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 88.

corporeità dell'individuo: la sperimentazione terapeutica e la sperimentazione scientifica³⁷.

La prima riguarda pazienti già affetti da patologie che lo studio sperimentale tende ad analizzare e a curare (art. 2, comma 1, lett. *a*, d.lg. n. 211 del 2003); la seconda ha come partecipi soggetti volontari in condizione di sanità fisica.

A differenza della prima, nella seconda ipotesi, il ricercatore non si prefigge un immediato scopo terapeutico³⁸, ma intende spostare in avanti la soglia delle conoscenze scientifiche nel campo medico-sanitario e farmacologico in funzione di future applicazioni diagnostiche e curative (art. 2, comma 1, lett. *d*, d.lg. n. 211 del 2003)³⁹.

Quanti ai parametri da rispettare, nella sperimentazione su persona malata per fini terapeutici, la proporzione tra i rischi e i benefici va desunta dal raffronto tra le condizioni dell'ammalato e i plausibili benefici clinici dei farmaci o dei mezzi sperimentali: la valutazione dei rischi deve essere effettuata preventivamente dal ricercatore e dal Comitato etico, in quanto aspetto essenziale della giustificazione etica della sperimentazione⁴⁰.

Nella sperimentazione terapeutica, insomma, i pazienti hanno un interesse attuale a partecipare allo studio sperimentale⁴¹, nell'aspettativa fiduciosa di ottenere un beneficio per la salute qualora la somministrazione delle tradizionali terapie non abbia sortito gli effetti curativi sperati.

Nei casi clinici privi di terapie consolidate, previo consenso del paziente (o del rappresentante legale) e approvazione del Comitato etico, si può procedere all'applicazione di trattamenti ancora in fase sperimentale pure in presenza di un'alta percentuale di rischio⁴².

La sperimentazione clinica può essere effettuata anche su persona sana, che si offre spontaneamente all'iniziativa per contribuire al progresso della medicina e al bene comune sulla base del principio di solidarietà umana, che giustifica e valorizza il comportamento adesivo⁴³.

Nella sperimentazione scientifica, il volontario, che è un soggetto sano, si sottopone al rischio di un pregiudizio per la propria salute, sia pure proporzionato e sotto il controllo di appositi comitati etici (art. 6, d.lg. n. 211 del 2003), senza attendersi un beneficio diretto per la sua salute come contropartita della sperimentazione⁴⁴.

³⁷ R. Lattanzi, *Ricerca genetica e protezione dei dati personali*, in S. Canestrari, G. Ferrando, C.M. Mazzoni, S. Rodotà e P. Zatti (a cura di), *Il governo del corpo*, I, in *Trattato di biodiritto* Rodotà e Zatti, II, cit., p. 319 ss.

³⁸ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 117.

³⁹ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., pp. 461-462.

⁴⁰ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 89.

⁴¹ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 117.

⁴² Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 89.

⁴³ Ivi, p. 90.

⁴⁴ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 462.

Nella specie, la scelta del volontario di sottoporsi al protocollo sperimentale è giustificata dal valore sociale della sperimentazione ed è sorretta da un intento squisitamente solidaristico (art. 2 cost.)⁴⁵. L'adesione allo studio sperimentale, infatti, è scevra da qualsiasi condizionamento ed è caratterizzata dalla gratuità della prestazione (art. 1, comma 5, d.lg n. 211 del 2003).

Ad ogni modo, è doveroso interrompere la sperimentazione qualora valutazioni intermedie dovessero fare emergere un eccessivo rischio o un'evidente assenza di benefici⁴⁶.

5. Le pratiche di sperimentazione biomedica, conformemente a quanto richiesto per tutti gli atti di disposizione di parti del corpo, sono legittimate dal consenso informato del soggetto che si sottopone allo studio scientifico o all'intervento terapeutico sperimentale (artt. 3 ss., d.lg. n. 211 del 2003)⁴⁷.

Quindi, nella fase della sperimentazione, ossia in sede di verifica sull'uomo delle ipotesi della ricerca, il bene della persona, tutelato dalla regola etica, esige il rispetto di condizioni preliminari legate al consenso e ai rischi⁴⁸.

L'adeguatezza dell'informazione, che deve precedere il consenso, serve a fornire al partecipante la piena consapevolezza e la completa conoscenza del tipo di atto a cui sarà sottoposto, degli effetti che esso potrà produrre sul suo corpo, delle eventuali menomazioni e dei potenziali rischi⁴⁹.

Nelle procedure di ricerca e sperimentazione sul corpo, infine, il consenso informato del partecipante e il dovere d'informazione che incombe sul ricercatore⁵⁰ devono essere riferiti non soltanto al prelievo e allo stoccaggio dei campioni biologici e agli sviluppi successivi della ricerca, ma pure alla conoscenza della scoperta accidentale (qualora rilevante per la salute individuale)⁵¹, pure quando il profilo non rientri nella sperimentazione programmata dal ricercatore⁵²: la mancanza d'informazione integra un comportamento illecito, fonte di danno risarcibile, che lede il diritto all'autodeterminazione dell'interessato⁵³.

⁴⁵ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 118.

⁴⁶ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 90.

⁴⁷ S. Muscetra, *Note in tema di responsabilità del medico sperimentatore*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 1080 ss.).

⁴⁸ Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, *Nuova carta degli operatori sanitari*, cit., p. 86.

⁴⁹ F. Parente, *La fisicità della persona*, cit., p. 462.

⁵⁰ P. Perlingieri, *L'informazione come bene giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 333 ss.; P. D'Addino Serravalle, *I nuovi beni e il processo di oggettivazione giuridica. Profili sistematici*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1999, p. 18 ss.

⁵¹ F. Parente, *Dalla persona biogiuridica alla persona neuronale e cybernetica*, cit., p. 119.

⁵² S.M. Wolf, J. Paradise, C. Caga-Anan, *The Law of Incidental Findings in Human Subjects Research: Establishing Researchers' Duties*, in *J Law Med Ethics*, 2008, 36, 2, p. 363.

⁵³ Cass. civ., Sez. III, 14 marzo 2006, n. 5444, in *Dir. giust.*, 2006, 15, p. 23.

Lorenzo Pulito

LA “NUOVA” ESECUZIONE PENALE MINORILE
ALLA PROVA DEL FENOMENO MIGRATORIO*

ABSTRACT

Il d.lgs. n. 121/2018, che ha attuato la legge delega n. 103/2017, dando vita al primo ordinamento penitenziario minorile, rappresenta un indubbio passo avanti nella creazione di un sistema esecutivo differenziato e tarato sui bisogni di una personalità in formazione; tuttavia, assomiglia ancora troppo al modello ricavabile dalla legge 354 del 1975. L'auspicio è che il Parlamento rimetta mano quanto prima alla materia. Per farlo non è necessario ripartire da zero, perché tanti sono gli spunti offerti dai lavori licenziati dalle Commissioni ministeriali di studio e proposta che sono state istituite nel recente passato, che rappresentano un valido punto di partenza perché i diritti fondamentali di tutti i minorenni trovino l'effettiva promozione e perché la detenzione (*intra moenia*) diventi davvero la *extrema ratio*, possibilmente scomparendo dall'orizzonte minorile. Con essa certamente scomparirebbe anche la situazione discriminatoria di sovra rappresentazione di stranieri negli istituti penali minorili.

The legislative decree no. 121/2018, which implemented the delegation law no. 103/2017, creating the first juvenile penitentiary system, undoubtedly represents a step forward in the establishment of a differentiated executive system, calibrated on the needs of a personality under formation. Nevertheless, it is still too similar to the model proposed by Law no. 354 dated 1975. The hope is that Parliament will reconsider the matter as soon as possible. It will not require to start from scratch, because there are many ideas available in the papers prepared by the Study and Proposal Commissions instituted by the Ministry in the recent past. They represent a valid starting point to effectively promote the fundamental rights of all minors and to really consider the detention (*intra moenia*) as the *extrema ratio*, possibly disappearing from the juvenile horizon. Along with the abovementioned, the discriminatory situation of over-representation of foreigners in juvenile penal institutions would certainly disappear.

PAROLE CHIAVE

Detenzione – minori stranieri – discriminazione

Detention – foreign minors – discrimination

SOMMARIO: 1. Premesse introduttive. – 2. Scelte (anche lessicali) di fondo. – 3. L'esecuzione penale esterna. – 4. L'esecuzione *intra moenia*. – 5. I giovani adulti. – 6. Senza sbarre...ma non tutti. – 7. Il trattamento dei minori stranieri reclusi. – 8. Minori stranieri e difficoltà di accesso alle misure di comunità: cause e rimedi. – 9. Giustizia riparativa: nuovo paradigma da implementare

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

(senza discriminazioni) nell'ambito dell'esecuzione penale minorile. – 10. Riflessioni finali e auspici conclusivi.

1. Il tema del presente contributo¹ offre l'occasione di confrontarsi su uno degli aspetti più delicati e drammatici della giustizia penale, che impegna umanamente prima che giuridicamente: perché «quando si tocca il livello per cui la pena deve essere eseguita e incidere sulla vita ancora in formazione, ecco accade qualcosa che interroga innanzi tutti il mondo degli adulti. I protagonisti sono i minorenni, gli interrogati sono gli adulti, la generazione che li ha introdotti nel loro percorso di vita»².

Eppure, la speciale cura riservata ai minori dalla Costituzione³ e dalla legislazione sovranazionale⁴, che impegnano l'ordinamento statale nella protezione dell'infanzia

¹ Si tratta del testo rimaneggiato della relazione svolta a Taranto il 3 maggio 2022, nell'ambito del Convegno di studi su *Criminalità minorile e fenomeno migratorio: modelli di inclusione e diversion processuale*.

² Sono le parole utilizzate dal Ministro Marta Cartabia dinanzi alla Commissione parlamentare per l'infanzia e l'adolescenza in data 17 febbraio 2022, nel corso dell'Audizione in merito all'attuazione della disciplina dell'esecuzione della pena nei confronti dei condannati minorenni nonché sulla situazione delle detenute madri, la cui audio-registrazione è in www.gnewsonline.it.

³ Dalla unitaria considerazione dei principi posti negli artt. 3, 27 comma 3, 30 e 31 Cost. discende la marcata sottolineatura della funzione educativa della pena e dei coefficienti di individualizzazione e flessibilità del trattamento nei confronti dei soggetti di tenera età. La Consulta, oltre a sollecitare a porre rimedio all'assenza di un ordinamento penitenziario minorile, ha tracciato nel corso degli anni alcuni capisaldi in materia. Meritano di essere ricordate, tra le tante, C. Cost., sent. 25 marzo 1992, n. 125, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1082, con nota di R. Pinardi, *Discrezionalità legislativa ed efficacia temporale delle dichiarazioni di incostituzionalità: la sentenza 125 del 1992 come decisione di «incostituzionalità accertata ma non dichiarata»*, nonché in *Giur. it.*, 1993, I, c. 558, con nota di F. Uccella, *Una decisione di «denegata» giustizia per i minori condannati*; C. Cost., sent. 22 aprile 1997, n. 109, in *Giur. cost.*, 1997, p. 1033 (a commento della quale v. nota di G. Ranaldi, *Diversificare l'esecuzione penale per gli adulti dall'esecuzione penale per i minori: un'esigenza costituzionale*, *ivi*, p. 2020 ss.); C. Cost., sent. 17 dicembre 1997, n. 403, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 285, in materia di permessi premio; C. Cost., sent. 18 febbraio 1998, n. 16, in *Giur. cost.*, 1998, p. 78; C. Cost., sent. 30 dicembre 1998, n. 450, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 753; C. Cost., sent. 1° dicembre 1999, n. 436, in *Cass. pen.*, 2000, p. 2557; C. Cost., 22 febbraio 2017, n. 90, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 895 ss., con nota di P. Maggio, *La Corte costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell'esecuzione*.

⁴ Un'elencazione delle Carte cui il nostro paese ha aderito si trova in M.G. Carnevale, *Trattamento, diritti nuovi e progetto educativo*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 88, nt. 3; F. Fiorentin, *Commento al d.lgs. 2 ottobre 2018 n. 121*, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, *passim*; F. Tribisonna, *Esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni. Le novità normative del d.lgs. 121/2018*, in *ilPenalista*, 8 novembre 2018, p. 3. Tali fonti ritengono necessario un ordinamento penitenziario minorile. In particolare, la direttiva 2016/800/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 maggio 2016 sulle garanzie procedurali per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali ha ribadito (agli artt. 11 e 12) la necessità che la detenzione, anche provvisoria, sia residuale per i minori, accordando preferenza assoluta alle misure alternative. A riguardo cfr. L. Camaldo, *Garanzie europee per i minori autori di reato nel procedimento penale: la direttiva 2016/800/UE in relazione alla normativa nazionale*, in *Cass. pen.*, 2016, p. 4572; F. Manfredini, *Novità sovranazionali: la direttiva 2016/800/UE sulle garanzie per i minori indagati o imputati nei procedimenti penali*, in *Proc. pen. giust.*, 6, 2016, p. 15.

e della gioventù anche attraverso istituti conferenti allo scopo, a lungo non ha trovato attuazione proprio in materia di esecuzione della pena detentiva, uno degli ambiti che più di altri richiederebbero la tutela di una personalità fragile, bisognevole di un trattamento individualizzato e flessibile.

È noto: il d.lgs. n. 121/2018⁵, che ha attuato la l. delega n. 103/2017⁶, ha dato vita al primo ordinamento penitenziario minorile, colmando quell'intollerabile carenza consistente nella mancanza – oramai quarantennale – di una normativa dedicata al

⁵ L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, in *Dir. pen. cont.*, 16 novembre 2018. Per una complessiva lettura delle linee espresse dalla legge delega e delle (purtroppo parziali) attuazioni v. M. Bertolino, *Per una esecuzione della pena detentiva a "misura del minore": socializzazione, responsabilizzazione, e promozione della persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, p. 155 ss.; A. De Caro, *Dalla legge delega ai pilastri normativi dell'ordinamento penitenziario minorile*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 23 ss. Tra i primi commenti al d.lgs. n. 121 del 2018, v. anche M.G. Carnevale, *Trattamento, diritti nuovi e progetto educativo*, cit., p. 87 ss.; A. Di Tullio D'Elisis, *"Nuova" disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni: vediamo come funziona*, in *Diritto.it*, 30 novembre 2018, p. 1 ss.

⁶ Sulla quale cfr. P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Leg. pen.*, 18 gennaio 2018, p. 1 ss.; P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E. M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge "Orlando" (l. n. 103/2017) e relativi decreti attuativi (3 ottobre 2017)*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017, p. 587 ss.; A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017, p. 250 ss.; E. Dolcini, *La riforma penitenziaria Orlando: cautamente, nella giusta direzione*, in *Dir. pen. cont.*, 22 febbraio 2018, p. 1. ss.; P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n. 103 del 2017*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, 1084 ss.; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, in *il Penalista (Speciale riforma)*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2018; Id., *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, al Codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, Pacini Giuridica, Pisa 2017, p. 305 ss.; Id., *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L.103/2017)*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 415 ss.; C. Fiorio, *Art. 1, comma 85 Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, V ed., t. III, Wolters Kluwer, Milano, 2017, p. 3546 ss.; A. Furgiuele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino 2017, p. 325 ss.; P. Maggio, *La delega in materia penitenziaria*, in *Arch. n. proc. pen.*, 5, 2017, p. 67 ss.; L. Piras, *La nuova riforma del sistema penale. Modifiche al codice penale, di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (Legge 23 giugno 2017, n. 103)*, Nuova Giuridica, Lavis, 2017; R. Polidoro, *L'auspicata riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini Giuridica, Pisa, 2018, p. 369 ss.; G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, Pisa University Press, Pisa 2018.

trattamento dei minori⁷, differenziato rispetto agli adulti⁸.

La lacuna era diventata ancora più grave nel 1988, anno in cui si è avuto anche un processo, un giudizio fatto su misura per i minorenni: da allora si è riprodotta la paradossale situazione per cui un minore entrato nel circuito penale aveva un processo tutto costruito su di lui – ruotante attorno ai bisogni e alle esigenze di una personalità in formazione, ravvisando anzitutto nel minorenne una persona portatrice del diritto ad una regolare crescita psico-sociale – ma un’esecuzione penale uguale, o comunque poco diversa, rispetto a quella degli adulti⁹.

Riguardo a questa situazione gravemente carente, anche costituzionalmente opinabile – in quest’ottica va richiamata una “sentenza-monito” della Consulta¹⁰, secondo la quale la essenziale finalità di recupero del minore deviante che contraddistingue la giustizia minorile, mediante la sua rieducazione e il suo reinserimento sociale, deve caratterizzare tutti i momenti e le fasi attraverso le quali la giurisdizione penale si esplica, e non è invece assicurata dalla parificazione tra adulti e minori in punto di disciplina penitenziaria – il d.lgs. n. 121/2018, che è l’ultimo intervento in questa materia, è sì in questo senso una svolta¹¹.

Basta però una scorsa al dibattito successivo alla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del decreto delegato per aver contezza di come l’asfitticità dell’approdo sia

⁷ Prima dell’emanazione del d.lgs. n. 121/2018, l’art. 79 l. n. 354/1975 estendeva “provvisoriamente” l’applicazione dell’ordinamento penitenziario anche ai minori degli anni diciotto, in attesa di una specifica regolamentazione che «per anni non è arrivata [...], in pieno stile italiano, dove, in genere, il transitorio dura come il definitivo e spesso lo sostituisce», come sottolinea sarcasticamente A. De Caro, *Dalla legge delega ai pilastri normativi dell’ordinamento penitenziario minorile*, cit., p. 20. Sulla portata di tale norma cfr. V. Patané, *sub art. 79 legge 26 luglio 1975 n. 354*, in F. Fiorentin, F. Sicuracurano (a cura di), *L’esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 850 ss.

⁸ Sull’esigenza di una riforma organica v. L. Kalb, *L’esecuzione penale a carico di minorenni*, in P.M. Corso (a cura di), *Manuale della esecuzione penitenziaria*, VI ed., Monduzzi, Bologna 2017 (ristampa), p. 501 ss.; A. Pennisi, *Ordinamento penitenziario minorile: una legge indifferibile*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 138 s.

⁹ La necessità di «garantire una simmetria funzionale tra due segmenti del procedimento penale — quello della fase cognitiva e quella della fase esecutiva. Oggi in aperta contraddizione tra loro» — è stata messa in evidenza dalla dottrina: nei termini innanzi riportati A. Pulvirenti, *Modifica all’art. 79 ord. pen.*, in G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l’attuazione della delega penitenziaria*, in *Dir. pen. cont.*, 15 luglio 2017, p. 306. Cfr. altresì P. Maggio, *La Corte Costituzionale afferma il diritto del minore alla sospensione dell’esecuzione*, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 902.

¹⁰ C. Cost., 25 marzo 1992, n. 125, cit., nella quale la Consulta aveva, tra l’altro, evidenziato come l’assenza di autonomia normativa per l’esecuzione penale riguardante i minori rischiasse di compromettere «quell’esigenza di specifica individualizzazione e flessibilità del trattamento che l’età evolutiva della personalità del minore e la preminente funzione rieducativa richiedono».

¹¹ F. Della Casa, *Conquiste, rimpianti, incertezze: una lettura diacronica della riforma penitenziaria minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 22 marzo 2019, p. 1, a proposito della riforma dell’esecuzione penitenziaria minorile, parla di «un evento che può essere definito senz’altro un punto di svolta, e che, se contestualizzato, acquista, a prescindere dai suoi contenuti, un’importanza ancora maggiore».

stato colto e stigmatizzato a tutto tondo¹²: a fronte di una lunga attesa, si è coloritamente detto, è giunta in porto solo una «scialuppa di salvataggio»¹³.

2. Venendo alle scelte di fondo del d.lgs. n. 121/2018, ossia la legge penitenziaria minorile, appare innanzi tutto apprezzabile l'attenzione al lessico utilizzato – in alcune occasioni – dal legislatore.

Le misure alternative alla detenzione vengono denominate “misure penali di comunità” ad indicare la prospettiva verso cui devono tendere: non sono alternative al carcere, bensì la scelta prioritaria operata dal legislatore, che punta sull'esecuzione penale aperta, con il coinvolgimento nel progetto di intervento sul minore della comunità esterna, per tentare così di superare la visione carcerocentrica dell'esecuzione penitenziaria.

Sempre dal punto di vista lessicale risulta apprezzabile l'uso del termine “educativo” al posto di “rieducativo” o “inserimento” al posto di “reinserimento”, a testimoniare che il processo di maturazione del minore non può essere interrotto nel momento in cui viene esercitato il potere punitivo dello Stato, ma questa evoluzione personologica va promossa e sostenuta anche attraverso gli strumenti dell'esecuzione penitenziaria.

Cucullus non facit monachum ammonivano i latini: proverbio quanto mai calzante alla fattispecie, perché la fattura complessiva del testo normativo non è così eccellente così come i due profili lessicali sopra ricordati farebbero auspicare¹⁴.

Molti altri presentano notevoli criticità¹⁵, tali da mettere persino in discussione la possibilità di raggiungere quelle che sono le finalità che il decreto mira a perseguire ed

¹² In questi termini G. Di Chiara, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 6. In senso analogo, sia pur non sempre specificatamente in relazione ai minori, cfr. M. Bortolato, *Luci e ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 3, 2018, p. 119; E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi. “Se uno cade e si sbuccia un ginocchio...”*, in *Dir. pen. cont.*, 19 novembre 2018, p. 4; R. De Vito, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Quest. giust.*, 3, 2018, p. 114; C. Fiorio, *Carcere, la riforma dimezzata*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 740.

¹³ M. Colamussi, *Premessa*, in Id. (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. XVIII, secondo la quale «L'idea di articolare un regolato ordito di norme sui minorenni connota, tuttavia, un profilo di metodo più che di merito: nelle scelte concrete i risultati sono insoddisfacenti».

¹⁴ Un lessico che a volte è soltanto «una retorica tronfia, fatto solo di parole vuote come certe luci di scena, pronte a spegnersi quando il sipario si chiude», come sostiene G. Di Chiara, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, cit., p. 4, per il quale la riforma avrebbe potuto «fare ben più, perché lo sforzo corale collocato nel *background* di questo progetto – dal dibattito pluridecennale al laboratorio formidabile degli Stati generali dell'esecuzione penale, al lavoro infaticabile e generoso della Commissione Giostra – potesse uscire dagli anfratti carsici del “prepararsi a” e divenire l'*incipit* vero di una nuova stazione, all'insegna dell'attuazione reale dell'orizzonte costituzionale».

¹⁵ A partire dalla rubrica dell'art. 1, in cui compare la parola «regole». Si tratta di un «infortunio lessicale», come rileva L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, cit. La norma, al comma 1, «declina, in realtà, il principio di specialità del nuovo procedimento per l'esecuzione delle pene detentive e per

espresse all'art. 1, comma 2¹⁶: promuovere «percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato»¹⁷; «favorire la responsabilizzazione, l'educazione, il pieno sviluppo psicofisico del minore»¹⁸, preparare alla «vita libera», facilitare «l'inclusione sociale» e «prevenire la commissione di ulteriori reati»¹⁹.

Sono obiettivi molto ambiziosi che ci si prefigge di raggiungere con i seguenti “arnesi”.

3. Partendo dall'esecuzione penale esterna²⁰, ossia quella privilegiata, viene introdotta una forma peculiare di affidamento in prova con detenzione domiciliare – adoperabile quando nei condannati minorenni ci siano dei profili di pericolosità che non consentano di circoscrivere alle sole prescrizioni “di fare” il contenuto dell'affidamento in prova al servizio sociale, ma occorra un'accentuazione dei profili custodialistici per poterli contenere – la quale consente pur tuttavia di rinunciare a misure più contenitive ed, eventualmente, anche al carcere.

l'applicazione delle misure penali di comunità a carico dei minorenni. Non contiene regole [...] ma fissa la progressione delle fonti applicabili alla delicata materia, stabilendo un ordine, una sorta di gerarchia», come evidenzia A. De Caro, *Dalla legge delega ai pilastri normativi dell'ordinamento penitenziario minorile*, cit., p. 26.

¹⁶ L'art. 1, comma 1, cristallizza anche il principio di sussidiarietà, stabilendo che «Nel procedimento per l'esecuzione della pena detentiva e delle misure penali di comunità a carico di minorenni, nonché per l'applicazione di queste ultime, si osservano le disposizioni del presente decreto e, per quanto da esse non previsto», in via sussidiaria, «quelle del codice di procedura penale, della legge 26 luglio 1975, n. 354, del relativo regolamento di attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230, e del decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 448, e relative norme di attuazione, di coordinamento e transitorie approvate con decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 272». L'interazione è priva della “clausola di compatibilità”. Secondo A. De Caro, *Dalla legge delega ai pilastri normativi dell'ordinamento penitenziario minorile*, cit., p. 27, il «doppio vulnus» che ne deriva («da un lato, [...] l'incompletezza della riforma, limitata a pochi ambiti; da altro lato, [...] una serie di norme che [...] verranno applicate senza considerare le peculiarità del minore») dovrebbe essere superato attraverso «una saggia e attenta valorizzazione dei principi costituzionali e sovranazionali».

¹⁷ Sul rapporto tra giustizia riparativa e sistema processuale minorile v. G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2019; C. Mazzuccato, *La mediazione penale e altri percorsi di giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 9 gennaio 2019, p. 1 ss.; nonché, volendo, L. Pulito, *Giustizia riparativa e processo minorile nelle prospettive della c.d. “Riforma Cartabia”*, in *Arch. pen. (web)*, 6 aprile 2022.

¹⁸ Da notare come l'utilizzo del termine “educativo” in luogo di “rieducativo”, contemplato nella costituzione, intenda evocare la pronuncia C. Cost., sent. 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254, con commento di E. Gallo, *Un primo passo per il superamento dell'ergastolo*, che proponeva il cambio semantico, ovvero «un mutamento di segno al principio rieducativo immanente della pena, attribuendo a quest'ultima, proprio perché applicata nei confronti un soggetto ancora in formazione e alla ricerca di una propria identità, una connotazione educativa più che rieducativa, in funzione del suo inserimento maturo nel consorzio sociale».

¹⁹ Quest'ultima finalità sembra subvalente rispetto alle altre, cui è sottesa l'esigenza di incidere sullo sviluppo del soggetto giovane. In tal senso, A. De Caro, *Le nuove misure alternative e di comunità*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 106.

²⁰ Per più ampi riferimenti ai contenuti delle singole misure penali di comunità cfr. F.P.C. Iovino, *L'esecuzione della pena extra moenia: le misure penali di comunità*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 40 ss.

Inoltre, c'è la possibilità di eseguire tutte le misure penali di comunità presso comunità pubbliche (di cui vi sono pochi esemplari) o del privato sociale convenzionate (sulle quali occorre all'evidenza fare leva). Si tratta di una prospettiva molto importante soprattutto per quei soggetti più fragili, che non hanno un tessuto familiare e sociale in grado di accoglierli laddove dovessero essere posti in esecuzione di una misura penale di comunità.

Viene favorito l'accesso alle misure di comunità, evitando il passaggio negli istituti penali minorili, con la predisposizione da parte dell'Ufficio di servizio sociale per i minorenni di un programma di intervento educativo fin dall'inizio, anche per quelle misure che, di regola, per gli adulti non hanno né un contenuto rieducativo né prescrizioni all'interno del progetto di intervento, caratterizzandosi prevalentemente per obblighi "di stare" (si pensi alla detenzione domiciliare): in questo modo, arricchendo tutte le misure di un programma di intervento educativo, si privilegiano ancora una volta gli aspetti pedagogici rispetto a quelli prettamente custodiali.

Ancora, vengono scardinate per i minorenni le preclusioni assolute: l'unica pervicacemente mantenuta²¹ è stata ben presto dichiarata incostituzionale²².

²¹ L'art. 2, comma 3, d.lgs. n. 121/2018 prevede che, ai fini della concessione delle misure penali di comunità e dei permessi premio e per l'assegnazione al lavoro esterno, si applica l'art. 4-bis, commi 1 e 1-bis, l. 26 luglio 1975, n. 354, il quale consente la concessione dei benefici penitenziari ai condannati per taluni delitti, espressamente indicati, solo nei casi in cui gli stessi collaborino con la giustizia. L'effetto che ne consegue è di impedire ai minori condannati per taluni delitti particolarmente pericolosi di fruire di misure penitenziarie a carattere premiale. In particolare, le direttive di cui all'art. 1, comma 85, lett. p), nn. 5 e 6 della delega chiedevano di ampliare i criteri di accesso alle misure alternative alla detenzione e di eliminare ogni automatismo alla base della concessione o della revoca dei benefici penitenziari. Critici verso la scelta di non attuare la delega *in parte qua* F. Della Casa, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta della centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont.*, 25 giugno 2018, p. 2; F. Fiorentin, *Ordinamento penitenziario. La riforma incompiuta*, in *ilPenalista*, 1° ottobre 2018; G. Giostra, F. Gianfilippi, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest giust.*, 3, 2018, p. 130.

²² C. Cost., sent. 6 dicembre 2019, n. 263, in *Giur. cost.*, 2019, p. 3200 ss., con osservazione di M.G. Coppetta, *Incostituzionale il regime ostativo alla concessione dei benefici penitenziari ai minorenni: un epilogo annunciato*. Con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 3, d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, recante «Disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni, in attuazione della delega di cui all'art. 1, commi 82, 83 e 85, lettera p), della legge 23 giugno 2017, n. 103», per violazione degli artt. 76, 27, comma 3, e 31, comma 2, Cost. Per un approfondimento sulla pronuncia cfr. S. Bernardi, *L'ostatività ai benefici penitenziari non può operare nei confronti dei condannati minorenni: costituzionalmente illegittimo l'art. 2 comma 3 d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121*, in *Sist. pen.*, 29 gennaio 2020; L. Camaldo, *Meno carcere per tutti i condannati minorenni. La prima pronuncia d'illegittimità costituzionale del nuovo ordinamento penitenziario minorile*, in *Dir. pen. uomo*, 31 gennaio 2020, p. 1 ss.; L. Caraceni, *Tanto tuonò che piovve: incostituzionali gli automatismi ostativi alla concessione delle misure penali di comunità per i condannati minorenni. I riflessi di Corte cost.*, 6 dicembre 2109, n. 263 sull'assetto complessivo del d.lgs. 2 ottobre 2018, n. 121, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2020, p. 237 ss.; A. Pugiotto, *Due decisioni radicali della Corte costituzionale in tema di ostatività penitenziaria: le sentenze nn. 253 e 263 del 2019*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 3321 ss. nonchè in *Rivista AIC*, 2020, n. 1, 20 marzo 2020. Proprio in ragione della preminenza dello scopo (ri)educativo della pena per i minorenni, era stata precedentemente ritenuta illegittima, per contrasto con gli artt. 27 e 31 Cost., la preclusione posta dall'art. 656, c. 9, lett. a), c.p.p., nella parte in cui vietava la

Il d.lgs. n. 121/2018 aveva riprodotto anche per i minorenni le ostatività penitenziarie – che operano non già in forza di una pericolosità intrinseca soggettiva, sempre ovviamente e doverosamente da valutarsi da parte del giudice, ma soltanto in ragione del reato per il quale vi è titolo di condanna, che costituisce un segnale serio ma non decisivo della pericolosità della persona – impedendo l’accesso alle misure penali di comunità, ai permessi premio e all’assegnazione al lavoro esterno in mancanza di una collaborazione con la giustizia.

La Consulta ha quindi espunto dall’ordinamento la disciplina che estendeva la preclusione assoluta contemplata dall’art. 4-*bis*, commi 1 e 1-*bis*, o.p. ai minorenni condannati per reati di particolare gravità, correggendo – come era prevedibile – una disciplina ostile a recepire le puntuali indicazioni che, in tal senso, erano state tracciate dalla legge delega n. 103/2017 in vista dell’effettività trattamentale rieducativa.

Tuttavia, qualche sbarramento automatico purtroppo il sistema della dell’esecuzione minorile lo trova tutt’ora nei presupposti per l’accesso (a istanza di parte) alle misure, che prevedono delle soglie di pena (medio-basse) superate le quali l’esecuzione aperta non è ammessa²³.

Questi sbarramenti automatici di fatto sterilizzano quella che è l’efficacia educativa affidata a questi strumenti, perché contribuiscono ad arrestare percorsi educativi già in atto, magari avviati durante il processo, momento a partire dal quale l’intervento educativo prende le mosse²⁴.

sospensione dell’esecuzione della pena detentiva nei confronti dei minori condannati per i delitti di cui all’art. 4-*bis* l. n. 354/1975, in quanto trattavasi di un automatismo incompatibile con la «necessità di valutazioni flessibili e individualizzate, dirette a perseguire, con il recupero del minore, la finalità rieducativa della pena», da C. Cost. 22 febbraio 2017, n. 90, cit. A commento della citata decisione v. altresì F. Delvecchio, *La sospensione delle pene detentive brevi per imputati minorenni: dalla crisi del paradigma rieducativo al tramonto degli automatismi legislativi*, in *Dir. pen. proc.*, 2018, p. 201 ss.; F. Manfredini, *Verso l’esecuzione penale minorile: la Consulta dichiara illegittime le ipotesi ostative alla sospensione dell’ordine di carcerazione*, in *Dir. pen. cont.*, 7/8, 2017, p. 216 ss.

²³ Segnatamente, deve trattarsi di condanna non superiore a quattro anni di reclusione (sei in caso di affidamento in prova per tossicodipendenti). Sulla disciplina relativa all’esecuzione delle pene detentive, come modificata dal d.lgs. n. 121/2018, cfr. F. Delvecchio, *L’esecuzione delle pene detentive e delle misure penali di comunità*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 65 ss. In senso critico rispetto alla scelta di predisporre un meccanismo di accesso alle misure penali di comunità ad istanza di parte v. F. Tribisonna, *La disciplina per l’esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni tra buoni propositi e innegabili criticità*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, p. 736. La Commissione Cascini aveva proposto (all’art. 13 dello schema di decreto elaborato) una procedura d’ufficio, onde evitare un dannoso transito in carcere per i soggetti più deboli. In breve, si prevedeva che il pubblico ministero dovesse sospendere *ope legis* l’esecuzione della pena detentiva e, contestualmente, che fosse abolita ogni preclusione basata sulla tipologia di reato o entità della pena da scontare e conseguentemente, infine, che l’autorità dovesse compiere un obbligatorio vaglio giurisdizionale volto a decidere se ammettere oppure no il minore all’esecuzione aperta.

²⁴ Secondo «il principio di continuità educativa, che impone la presa in carico del minore da parte del sistema di giustizia penale dall’avvio del procedimento sino alla fase dell’esecuzione della pena», come ricorda F. Delvecchio, *L’esecuzione delle pene detentive e delle misure penali di comunità*, cit., p. 58.

4. Quanto all'esecuzione *intra moenia*, l'obiettivo è quello di ridurre, per quanto possibile, l'impatto negativo della segregazione sui percorsi evolutivi dei minorenni.

Grande centralità è data all'elaborazione del progetto di intervento educativo – alla cui stesura partecipano anche i servizi sociali, a voler sottolineare la necessità di un ponte con il momento di uscita dagli istituti penali minorili – personalizzato nelle prescrizioni e dotato di flessibilità esecutiva, che tiene conto delle attitudini, delle caratteristiche personologiche di ogni singolo minorenne e punta a dare una graduale restituzione di spazi di libertà, via via che si attingono gli obiettivi di recupero²⁵.

A riprova del fatto che è proprio dal processo penale che inizia l'intervento educativo, il progetto viene predisposto anche per gli imputati, che sono una buona parte dei soggetti in situazione detentiva *intra moenia* attraverso la custodia cautelare.

Nell'esecuzione viene riservata particolare attenzione alle attività di istruzione e di formazione professionale, talmente significative che il minorenne può essere ammesso a frequentarle anche all'esterno in ambiente libero, quando si ritiene che tale modalità possa favorire e facilitare il percorso educativo del giovane, contribuirne a valorizzare le potenzialità e a dotarlo delle abilità e competenze necessarie ai fini del suo recupero sociale. Per soddisfarne il bisogno di acquisizione si adotta lo strumento dell'art. 21, l. n. 354/1975, quello del lavoro all'esterno per gli adulti²⁶.

Ancora, si punta al rafforzamento dei legami con il mondo libero, in particolare con l'ambito dell'affettività²⁷; la riforma ha introdotto, in aggiunta ai normali colloqui, l'istituto della visita prolungata. Si tratta di un colloquio di durata sensibilmente superiore (fino a sei ore ogni volta, per quattro al mese) che il ristretto può intrattenere con familiari o altre persone con le quali abbia un significativo legame effettivo; la visita viene svolta all'interno di unità abitative appositamente attrezzate, per quanto possibile riproducenti un ambiente di vita domestico. Si vuole offrire, in sostanza, uno «squarcio di quotidianità familiare in un ambito nel quale le relazioni personali faticano a ritagliarsi spazi di normalità»²⁸.

²⁵ Secondo quanto previsto dall'art. 14, comma 4, d.lgs. n. 121/2018. Sui contenuti, finalità, variabilità, criticità del progetto educativo *intra moenia* v. O. Bruno, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 112 ss.

²⁶ Sui profili problematici del “rinvio” alle regole previste per i detenuti maggiorenni si rimanda a C. Iasevoli, *I canali di comunicazione con il mondo esterno*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 152 ss.

²⁷ Sulla centralità della famiglia nel trattamento penitenziario A. Ciavola, *Diritto all'affettività*, in G. Giostra (a cura di), *Carceri: materiali per la riforma (working paper)*, in *Dir. pen. cont.*, 17 maggio 2015, p. 274 ss. Sul tema, a seguito della riforma, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd. lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 127 s. Sul principio di “territorialità” nell'esecuzione della pena, nonché sulla deroga a tale principio, in caso di «specifici motivi ostativi anche dovuti a collegamenti con ambienti criminali», cfr. F. Villa, *sub art. 22 d.lgs. n. 121/2018*, in R. Polidoro (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario. Lavoro-Minorenni-Assistenza sanitaria e vita penitenziaria. I Decreti legislativi 2 ottobre 2018, numeri 121, 123, 124*, Pacini Giuridica, Pisa 2019, p. 79 ss.

²⁸ Così V. Sisto, *Il diritto all'“affettività” del minorenne detenuto*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, cit., p. 171.

All'interno degli istituti vengono strutturate delle sezioni a custodia attenuata²⁹, a cui sono destinati i detenuti che non presentano particolari profili di pericolosità e che sono prossimi al fine pena o che comunque svolgono già attività all'esterno. Chiara la finalità di favorire la massima responsabilizzazione, prevedendo spazi di autonomia nella gestione personale e comunitaria della vita detentiva, perché – è noto – la vita in carcere normalmente è scandita da regole imposte da altri (ogni gesto, ogni comportamento è deciso da qualcun altro, non è frutto di una scelta responsabile, consapevole e autonoma, ma è accordato o negato) e la disciplina è gestita secondo l'equazione ricompensa-punizione.

Si tratta di una condizione di totale deresponsabilizzazione e di dipendenza dall'adulto-autorità, che è tipico delle istituzioni totali come il carcere. L'educazione-autorità però, oltre ad essere un ossimoro dal punto di vista costituzionale, lo è dal punto di vista pedagogico; in altri termini, se lo scopo della pena è quello di educare, di fornire opportunità di crescita e maturazione verso comportamenti socialmente adeguati nel rispetto delle regole condivise, non è all'obbedienza che si deve mirare, ma alla responsabilizzazione, all'acquisizione della consapevolezza che il rispetto delle regole non deve essere dettato dalla paura della punizione, ma da un'adesione consapevole, da un riconoscimento del loro valore sociale prima che giuridico.

5. Un altro aspetto critico della legge penitenziaria minorile riguarda i giovani adulti, quella fascia che va tra i diciotto e i venticinque anni d'età; è una fascia delicata³⁰ e nevralgica perché, di tutti gli "utenti" del circuito minorile, i giovani adulti sono statisticamente quasi il doppio degli infradiciottenni.

Il d.lgs. n. 121/2018 ha modificato la regola, ispirata al *favor minoris*, in base alla quale l'ultrattività delle norme minorili riconosciuta fino ai venticinque anni – per evitare il blocco del processo educativo in atto, che si ha quando si cambia circuito, da quello minorile a quello degli adulti – poteva ridursi a ventuno anni in casi concreti particolari, in presenza di ragioni di particolare pericolosità sociale.

Avendo l'art. 9, d.lgs. n. 121/2018 eliminato ogni riferimento agli infraventunenni, risulta oggi possibile anticipare l'applicazione precoce dell'ordinamento penitenziario degli adulti già dal compimento del diciottesimo anno di età, laddove il giudice ravvisi la ricorrenza di «particolari ragioni di sicurezza», da valutarsi tenendosi conto anche delle finalità rieducative, ovvero quando queste ultime non risultino perseguibili «a causa della mancata adesione al trattamento in atto».

Il ché assume un carattere paradossale per una legge che doveva favorire le misure aperte, tanto più che la discrezionalità concessa all'autorità giudiziaria appare

²⁹ Si v. *amplius* a riguardo C. Iasevoli, *I canali di comunicazione con il mondo esterno*, cit., p. 155 ss.

³⁰ Sul tema I. Mastropasqua, N. Buccellato, C. Colicelli (a cura di), *Giustizia minorile e giovani adulti*, Gangemi, Roma 2015.

particolarmente ampia³¹ e sussiste il concreto pericolo di scaricare sulle giovani spalle dell'interessato tutta la responsabilità del fallimento del trattamento, magari determinatosi proprio a cagione dell'inadeguatezza di quest'ultimo³².

6. Nonostante il non massiccio ampliamento delle possibilità di accesso alle misure di comunità e le altre criticità evidenziate, il sistema dell'esecuzione penale minorile, che non ha rinunciato al carcere, sembra in linea tendenziale almeno aver raggiunto l'obiettivo di renderlo sempre più *l'extrema ratio*.

Un dato appare significativo a riguardo: al dicembre 2021 si registrano 343 detenuti in istituto a fronte di circa 13.000 giovani in esecuzione penale. Significa che la percentuale delle esecuzioni intramurarie non risulta in assoluto alta, fermo restando che ciascun caso di condannato detenuto minorenni deve interrogarci profondamente.

Il problema rimane però in questo: che il principio per cui il carcere deve essere *l'extrema ratio* non sembra applicato in maniera paritetica.

Vi è infatti una sovra rappresentazione di stranieri negli istituti penali minorili italiani: su 343 presenti, ben 148 sono stranieri e "solo" 195 gli italiani³³.

Questo fotogramma della situazione carceraria pone conseguentemente almeno due ulteriori questioni: una attiene al *quomodo* in cui i detenuti stranieri vengono trattati in carcere; l'altra, al superamento delle cause che inibiscono loro l'accesso alle misure di comunità.

7. Le difficoltà maggiori che vengono riscontrate negli istituti penali rispetto al percorso trattamentale dei minori stranieri sono varie e di diversa natura.

Viene riportata la carenza di risorse economiche utili a consentire alle strutture di garantire un'adeguata formazione per gli operatori, permettendo loro di avere conoscenza del contesto di provenienza di tali giovani e dei loro modelli culturali.

Inoltre, tale mancanza di risorse non consente di creare percorsi adatti alle esigenze dei minori stranieri, che risultano diverse da quelle dei minori italiani in quanto tendono

³¹ F. Delvecchio, *L'esecuzione delle pene detentive e delle misure penali di comunità*, cit., p. 62, che ritiene come criteri così generici possano «autorizzare una valutazione sulla pericolosità sociale in chiave marcatamente soggettiva» e non «scongiurare una volta per tutte il rischio di classificazioni per tipi d'autore o che diano esclusiva rilevanza alla natura o alla gravità del reato commesso».

³² L. Caraceni, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni*, cit. Vedasi anche Id., *Schema per l'introduzione di norme riguardanti l'adeguamento dell'ordinamento penitenziario alle esigenze educative dei condannati minorenni e giovani adulti*, in G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Sapienza Università Editrice, Roma 2017, p. 277, per l'analitica indicazione di una serie di criteri oggettivi di valutazione della pericolosità sociale dell'infraventicinquenne da prendere in considerazione per modificare il regime esecutivo.

³³ Si veda l'articolo di approfondimento del *VI Rapporto sulla giustizia minorile in Italia* dell'associazione Antigone, intitolato *Keep it trill* e presentato l'11 febbraio 2022, di G. Santoro, *Minori irregolari, circuito penale e detenzione amministrativa*, in www.ragazzidentro.it.

a concretarsi in bisogni “adulti”, quali accedere al più presto al mercato del lavoro, ottenere documenti regolari³⁴ e imparare la lingua³⁵.

Viene segnalata, infatti, una difficoltà comunicativa legata alla non conoscenza dell’italiano, che pone gli stranieri in una situazione di isolamento con gli operatori e con il resto della popolazione detenuta.

Sarebbe stato apprezzabile se il d.lgs. n. 121/2018 avesse introdotto previsioni che agissero nell’ottica di una più generale spinta verso il rafforzamento dei processi di integrazione dei minori in una realtà, quella del sistema carcerario, contraddistinta da multietnicità³⁶.

Invece, «colpisce che per i minori stranieri non siano state contemplate norme dai contenuti omogenei a quelle degli artt. 19 e 27 l. 354/75 (scalfite dal d.lgs. 123/2018) ove si è poggiato l’interesse per l’integrazione, anche attraverso l’insegnamento della lingua italiana e la conoscenza dei valori costituzionali, e l’inserimento della figura del mediatore culturale nella commissione che organizza le attività culturali, ricreative e sportive»³⁷.

Nonostante negli istituti penitenziari minorili non vi sia un problema di sovraffollamento, l’elevata presenza di stranieri negli stessi rende insufficiente il numero dei mediatori culturali, che per questi giovani, che provengono da culture diverse e hanno sensibilità diverse, sono assolutamente indispensabili per il miglioramento del progetto educativo.

Né si tiene in debito conto per i minori stranieri, che versano in una condizione di particolare vulnerabilità, «della necessità anche di interpreti, quali figure di interrelazione principale tra il recluso non autoctono e il carcere»³⁸.

³⁴ Secondo G. Santoro, *Minori irregolari, circuito penale e detenzione amministrativa*, cit., «Mentre per i minorenni stranieri - compresi quelli che hanno finito di scontare una pena - è previsto un generale divieto di espulsione (art. 19 Testo Unico Immigrazione), i giovani adulti non godono della stessa tutela e al momento della loro liberazione è concreto il rischio di espulsione dal territorio italiano anche quando abbiano intrapreso virtuosi percorsi di reinserimento».

³⁵ Si rinvia ancora all’approfondimento, relativo al summenzionato *VI Rapporto* di Antigone del 2022, di B. Centonze, *I minori stranieri nel sistema penale*, secondo cui «Per i minori stranieri che hanno commesso un reato, dunque, numerosi altri sono gli aspetti problematici sui quali bisognerebbe intervenire: la condizione di irregolarità sul territorio [...], la lontananza o la mancanza di figure genitoriali di supporto, l’assenza di una dimora legale, le difficoltà di accertamento dell’età anagrafica e le carenze linguistiche». Anche per O. Bruno, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, cit., p.117, si sarebbe dovuto tenere «in debito conto, per i minori stranieri, che versano in una condizione di particolare vulnerabilità, della necessità dell’insegnamento della lingua italiana, del potenziamento dell’offerta culturale e dell’istruzione e la conoscenza dei principi sovraordinati, in uno con quella di implementare la presenza, negli istituti di pena, dei mediatori culturali e interpreti quali figure di interrelazione principale tra il recluso non autoctono e il carcere. Il che, rappresenterebbe una valida base di partenza per ipotizzare un (primo) collocamento o (ri)posizionamento sociale del detenuto».

³⁶ In questi termini, cfr. O. Bruno, *Trattamento intra moenia e aspetti spazio-temporali della detenzione*, cit., p. 95. L’A. sottolinea come tali profili siano stati paradossalmente valorizzati per gli adulti.

³⁷ O. Bruno, *ivi*, p. 135 s.

³⁸ O. Bruno, *ivi*, p. 117.

Inoltre, «avvedutezza avrebbe richiesto di inserire nel d.lgs. 121, in aderenza a quanto previsto per gli adulti [...] un manipolo di norme in materia di lavoro penitenziario (retribuito), intramurario ed esterno» in modo che anche i minori e i giovani adulti intenzionati ad impegnarsi in percorsi professionali possano acquisire una preparazione di carattere tecnico-specialistica adeguata alle normali condizioni lavorative, che li agevoli a reinserirsi socialmente³⁹.

È ben vero che, in base all'art. 1, d.lgs. n. 121/2018, le disposizioni degli adulti si osservano in via suppletiva e che i molti spazi incompleti continueranno ad essere compensati, per lo più, dall'applicazione di queste ultime previsioni, ma le tematiche sopra accennate abbisognavano di opportuni adeguamenti che tenessero conto del grado di maturità dei detenuti.

Peraltro, l'interazione di norme tra sistemi è priva della formula di salvaguardia “in quanto compatibili” (o clausola di compatibilità) che terrebbe indenne il procedimento esecutivo minorile da quelle disposizioni che si potrebbero porre in contrasto con i suoi caratteri e obiettivi.

8. L'altro punto critico riguarda la preclusione all'accesso delle misure di comunità, che non dipende da profili di meritevolezza soggettiva (assai spesso non si tratta di ragazzi particolarmente pericolosi), ma dalla carenza di un domicilio e di significative risorse socio-familiari.

Pertanto, le misure di comunità – che costituiscono l'essenza stessa dell'esecuzione penale minorile – presentano una discriminatorietà intrinseca in rapporto ai minori stranieri: sembrano richiedere loro delle risorse, la cui assenza dovrebbe invece essere compensata dal sistema di *welfare*. Da questo punto di vista è da apprezzare la scelta normativa volta a potenziare il cosiddetto collocamento del minore in comunità pubblica o del privato sociale, che potrebbe consentire di superare la carenza di un domicilio idoneo.

A ciò si aggiunga l'incapacità delle istituzioni di confrontarsi con persone appartenenti a culture differenti e a condizioni di vita diverse, realizzando quello che in dottrina viene definito il paradosso dell'egualitarismo.

Invero, molte delle distorsioni permangono anche allorché il minore straniero ha un contesto familiare di riferimento e ciò, principalmente, per incapacità delle istituzioni di interagire con i rispettivi nuclei familiari, a loro volta vulnerabili (gli adulti, spesso privi di permesso di soggiorno, sono di per sé diffidenti a rapportarsi con le istituzioni).

A riguardo, la prassi consegna degli esempi in cui è stata efficacemente sperimentata l'attività di mediazione sociale come metodologia operativa in grado di introdurre nel nostro sistema minorile un nuovo paradigma, in cui sono le istituzioni ad avvicinarsi all'ambiente sociale, culturale ed educativo del minore imputato o

³⁹ O. Bruno, *ivi*, p. 139.

condannato, in modo da inaugurare una nuova relazione che possa portare a progettualità veramente calzanti sulle peculiarità del giovane e della sua famiglia e finalmente riconosciute ed accettate da tutti i soggetti ai quali le stesse si riferiscono, mediante un approccio olistico⁴⁰.

9. Una risorsa dall'enorme potenziale di cui tutti dovrebbero poter beneficiare, indipendentemente dalla provenienza geografica o dal ruolo processuale rivestito, è la giustizia riparativa.

Il d.lgs. n. 121/2018 ha inteso favorire «i percorsi di giustizia riparativa e di mediazione con le vittime di reato» nella fase *post-iudicatum*, aiutando anche queste ultime ad emergere dai margini dell'esecuzione penale cui sono solitamente relegate.

Nonostante il promettente *incipit* dell'art. 1, d.lgs. n. 121/2018 non sono state specificate le circostanze e le modalità di applicazione dei percorsi di *restorative justice*⁴¹, le cui possibilità di innesto – lasciate alla capacità degli operatori di lanciare il cuore oltre l'ostacolo – sono state create «valorizzando gli “spazi normativi” offerti dalle disposizioni relative alle prescrizioni del giudice (art. 3)» e al programma di intervento educativo comune a tutte le misure penali di comunità, «nonché, in caso di esecuzione in istituto, dalla disciplina del progetto di intervento rieducativo (art. 14)»⁴².

Si auspica che l'assenza di un adeguato quadro normativo a riguardo venga superata attraverso il decreto delegato di attuazione della c.d. “Riforma Cartabia”.

Intanto va ribadito come gli strumenti di giustizia riparativa possano essere letti quali pratiche di inclusione: esperita in un ambito multiculturale, l'esperienza riparativa può esaltare le potenzialità di incontro e di riconoscimento di tali strumenti⁴³.

10. La legge penitenziaria minorile rappresenta un indubbio passo avanti nella creazione di un sistema esecutivo differenziato e tarato sui bisogni di una personalità in formazione. Tuttavia, appare essere stato costruito come un adeguamento dell'ordinamento penitenziario per adulti e non come strumento effettivamente autonomo e speciale; assomiglia ancora troppo al modello ricavabile dalla legge n. 354/1975⁴⁴.

⁴⁰ Per maggiori dettagli cfr. l'approfondimento - relativo al IV Rapporto di Antigone sugli Istituti Penali per Minori intitolato “Guardiamo Oltre” (2017) - di G. Crescini, G. Santoro, *Minori stranieri a processo. La difesa e la sfida della mediazione sociale*, in www.ragazzidentro.it.

⁴¹ Sul rapporto tra giustizia riparativa ed esecuzione penale minorile v. M. Pisati, *La giustizia riparativa nell'esecuzione penale: riforme inattuata*, in *Jus (online)*, 1, 2022, p. 162 ss.

⁴² G. Di Paolo, *La giustizia riparativa nel procedimento penale minorile*, in *Dir. pen. cont.*, 16 gennaio 2019, p. 6.

⁴³ D. De Felice, L. Oliveira, E. Rodrigues, *Estraneo uguale a straniero. La giustizia riparativa per i minorenni come potenziale strumento di inclusione*, in *Società Mutamento Politica*, 2020, p. 156 s.

⁴⁴ V. Manca, *Misure mirate, ma resta il modello “carcerocentrico”*, in *Guida dir.*, 48, 2018, p. 70, rileva come sia un peccato «che il legislatore consegni alla prassi un modello di esecuzione penale, fortemente carcerocentrico, con la “pietra tombale” del 4-bis Op, applicato anche agli autori di reato di minore età;

La conclusione non può che coincidere con la formulazione di un auspicio: che il Parlamento rimetta mano quanto prima alla materia per dotare l'esecuzione penitenziaria minorile di un archetipo che metta in discussione il binomio tradizionale punizione-segregazione, ricorrendo a strumenti modulati in una dimensione più educativa che punitiva, che puntino a sostenere e a responsabilizzare⁴⁵.

E per far ciò non è necessario partire da zero.

Alcune preziose indicazioni provengono ancora dal Giudice delle leggi⁴⁶.

La Consulta, pur dichiarando infondata una questione di costituzionalità sollevata in relazione ai limiti di pena previsti per l'accesso alle misure penali di comunità da parte dei minorenni, ha nel contempo richiamato il legislatore alla necessità di elaborare «assetto normativo diversi, più flessibili e attributivi di maggiori spazi per una valutazione del giudice» individualizzata e ha specificato espressamente anche il modello da cui prendere le mosse.

Per ben due volte nella motivazione del provvedimento si richiama lo «schema governativo di decreto legislativo recante disciplina dell'esecuzione delle pene nei confronti dei condannati minorenni» – il riferimento è al testo della Commissione Cascini⁴⁷, una delle Commissioni coordinate dal Prof. Giostra, già coordinatore del Comitato di esperti per predisporre le linee di azione degli “Stati generali

un modello in cui le differenze rispetto all'esecuzione detentiva degli adulti sfumano e si perdono nei tecnicismi delle norme».

⁴⁵ L'opinione che l'opera riformatrice sia soltanto iniziata e che occorra completarla si ricava, in dottrina, dagli scritti di A.M. Capitta, *La piccola riforma penitenziaria e le sue ricadute sul sistema*, in *Arch. pen. (web)*, 2, 2019, p. 1 ss.; L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. (web)*, 2, 2018, p. 1 ss.; A. Conti, *L'ordinamento penitenziario minorile tra l'insegnamento della Corte Costituzionale e il legislatore delegato: automatismi e valutazioni individualizzate*, in *Minorigiustizia*, 1, 2018, p. 50 ss.; C. Cottatellucci, F. Vitrano, *Le ragioni della giustizia minorile: il sistema delle norme e la protezione dei diritti*, ivi, p. 5 ss.; L. Eusebi, *Le buone ragioni della giustizia (penale) minorile*, ivi, p. 16 ss.; F. Fiorentin, *Ordinamento penitenziario. La riforma incompiuta*, in *ilPenalista*, 1° ottobre 2018; S. Marietti, *Carceri minorili: una riforma mancata*, in *Minorigiustizia*, 1, 2018, p. 29 ss.; L. Muglia, *Verso il nuovo ordinamento penitenziario: le esigenze educative dei condannati minorenni*, ivi, p. 38 ss.; G. Paccagnella Casari, *La riforma dell'Ordinamento Penitenziario: soluzioni timide per problemi gravi*, in *Giur. pen. (web)*, 3, 2019, p. 1 ss.; F. Palazzo, *Il volto del sistema penale e le riforme in atto*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2019, p. 5 ss.; S. Romice, *L'ordinamento penitenziario tra riforma (mancata) e controriforma (annunciata)*, in *Giur. pen. (web)*, 2 ottobre 2018; F. Siracusano, “*Cronaca di una morte annunciata*”: *l'insopprimibile fascino degli automatismi preclusivi penitenziari e le linee portanti della “riforma tradita”*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2019, p. 1 ss.

⁴⁶ C. Cost., sent. 2 dicembre 2021, n. 231, in *Giur. cost.*, 2021, p. 2580 ss., con osservazione di C.G. Scorza, V. Starita, *La Consulta auspica criteri più flessibili per l'accesso dei condannati minorenni alle misure di comunità: un'occasione perduta?*

⁴⁷ Con d.m. del 19 luglio 2017 del Ministro della Giustizia sono state costituite presso l'Ufficio legislativo tre Commissioni di studio per la elaborazione degli schemi di decreto legislativo per la riforma dell'ordinamento penitenziario e del sistema delle misure di sicurezza personali prevista dalla l. n. 103/2017, di cui una specifica per la riforma in tema di ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo, la cui presidenza veniva affidata al Dott. Cascini. Il testo della relazione conclusiva dei lavori della c.d. “Commissione Cascini”, accompagnata dal progetto di articolato normativo proposto, è pubblicato in www.giustizia.it.

sull'esecuzione penale»⁴⁸, che, tra l'altro (con il Tavolo 7 in particolare), hanno elaborato proposte riguardanti gli stranieri minorenni⁴⁹ — e che non è stato recepito in tutta la sua portata.

Anche quel testo — che prevedeva l'applicazione delle misure penali di comunità «senza limitazioni relative al titolo di reato e alla durata della pena inflitta»⁵⁰ — presenta certamente molte imperfezioni, ma è un buon punto di partenza, secondo la Corte costituzionale, perché i diritti fondamentali di tutti i minorenni trovino l'effettiva promozione e perché la detenzione (*intra moenia*) diventi davvero quella *extrema ratio* tanto agognata e addirittura scomparsa dall'orizzonte minorile.

E con essa scomparirebbe anche quella discriminazione che, in riferimento ai minori stranieri, purtroppo, ancora oggi ci consegnano i dati.

⁴⁸ L'iniziativa ha previsto la costituzione di un Comitato di esperti (con D.M. 8 maggio 2015 del Ministro della Giustizia Andrea Orlando) e l'istituzione di 18 Tavoli tematici ai cui lavori hanno partecipato complessivamente oltre 200 persone. Le relazioni prodotte dai Tavoli sono state pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia per essere sottoposte a consultazione pubblica. Tuttavia, il «processo riformatore [...] è invece stato condannato a una diaspora senza attuale ritorno, a ciò che è stato reso evanescente, ai semi di cambiamento, deposti sul terreno della delega anche grazie alla generosità e al rigore del lavoro progettuale degli Stati generali, che sono stati sterilizzati per sopravvenuta mancanza di acqua, o per sottrazione di terreno fertile, soffocato dai rovi di furori securitari concimati, non di rado, da calcoli politici avventati, quando non ottusi»: il desolante destino dei lavori è così affrescato, con ineguagliabili espressioni, da G. Di Chiara, *Le terre del rammarico: i cantieri inconclusi del percorso riformatore*, cit., p. 5.

⁴⁹ Nel *Documento finale* degli Stati generali dell'esecuzione penale (Parte III La tutela dei soggetti vulnerabili, punto 3. Minorenni autori di reato, sub 3.6 Stranieri), p. 43, in www.giustizia.it, si legge che «Per quanto riguarda i minorenni stranieri [...] al fine di aumentare i contatti con la società esterna e di favorire l'accesso alle misure alternative, si suggerisce l'introduzione di sussidi e premi per agevolare l'inserimento nei lavori remunerati interni al carcere e la previsione di strutture abitative, oltre alle comunità del territorio, che possano temporaneamente ospitare i giovani adulti in carico ai Servizi della Giustizia Minorile cui sono applicabili misure alternative al carcere». Altrettanto degni di nota sono i suggerimenti che possono leggersi a pag. 4 della *Relazione* finale del Tavolo 7, dedicato a «Stranieri e esecuzione penale», in www.giustizia.it.

⁵⁰ Così l'art. 4, comma 2, dell'articolato elaborato dalla Commissione ministeriale per la riforma dell'ordinamento penitenziario minorile e di modelli di giustizia riparativa in ambito esecutivo presieduta dal dott. Francesco Cascini.

Angelica Riccardi

L'INAPPLICABILITÀ DEL GIUDIZIO DI OTTEMPERANZA ALLE CONTROVERSIE DI LAVORO PUBBLICO*

ABSTRACT

Il saggio verte sull'applicabilità del giudizio di ottemperanza alle controversie di lavoro alle dipendenze di amministrazioni in regime privatistico.

Dopo aver ricostruito i presupposti di applicazione dell'istituto sul piano generale – che sono da individuare nelle limitazioni ai poteri del giudice ordinario stabilite dall'art. 4 dell'Allegato E – si rileva l'insussistenza degli stessi nelle controversie di cui all'art. 63 del d.lgs. n. 165/2001, che attengono a un'attività che le amministrazioni svolgono con capacità e poteri di diritto privato.

The essay deals with the applicability of the judgment of ottemperanza to disputes concerning the employment in public administration under private sector legal scheme.

After reconstructing the requirements for the institute's application on a general level – which are to be found in the limitations on the ordinary judge's powers established by art. 4 of the Allegato E – it is noted that it cannot be operative with regard to the disputes referred to in Article 63 of Legislative Decree No. 165/2001, which pertain to an activity that public administrations carry out with private law legal capacities and powers.

PAROLE CHIAVE

Lavoro pubblico – giudizio di ottemperanza – esecuzione delle sentenze

Public labour – compliance judgment – execution of the judgment

SOMMARIO: 1. Il giudizio di ottemperanza. Presupposti di applicazione dell'istituto. – 2. Insussistenza dei presupposti nelle controversie relative all'impiego privatizzato.

1. Il quadro dei poteri del giudice del lavoro verso la pubblica amministrazione, già *ex se* alquanto complesso¹, acquisisce ulteriori elementi di problematicità con riguardo alla fase esecutiva: il vuoto di regolamentazione *in subiecta materia* della legislazione di riforma non è mai stato colmato², a fronte di uno speciale sistema proprio del

*Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

¹ Su questi profili sia consentito il rinvio ad A. Riccardi, *I poteri del giudice ordinario nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2020, pp. 107 ss.

² Il “silenzio” del legislatore anche nella seconda fase della riforma, che pure aveva integrato altre lacune in tema di poteri del giudice ordinario, avrebbe determinato «per il pubblico dipendente una sostanziale

giudizio amministrativo (il giudizio di ottemperanza) che è in certi limiti applicabile anche alle sentenze emanate dall'autorità giudiziaria ordinaria.

Il c.d. giudizio di ottemperanza (*rectius* giudizio amministrativo di attuazione del giudicato civile) venne infatti istituito per «ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico» (art. 4, l. n. 5992/1889) – con l'assegnazione alla Sezione IV del Consiglio di Stato del compito di decidere dei ricorsi volti all'attuazione di queste sentenze – in funzione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi «in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei Tribunali » stabilito dall'art. 4 della l. n. 2248/1865 All. E. Questo giudizio affonda le sue radici nei grandi archetipi della giustizia amministrativa (dal principio di separazione dei poteri a quello dello Stato di diritto) che avevano portato a ritenere che il potere di imporre all'amministrazione pubblica il rispetto delle decisioni di un giudice potesse essere attribuito «solo ad un organo dalla incerta natura giurisdizionale ma di sicura fiducia dell'esecutivo, e in questo senso sicuro tutore dell'interesse (indicato da quest'ultimo come) pubblico»³.

Solo successivamente il giudizio di ottemperanza venne applicato anche alle sentenze amministrative, «non per estensione diretta e nemmeno per analogia [...] ma per un fatto di pura e semplice (direi, brutta) normazione giurisprudenziale»⁴, e tale appropriazione di un istituto pensato ad altri fini ad opera dello stesso giudice che avrebbe dovuto applicarlo – che venne legittimata dal legislatore solo dopo vari decenni con la l. n. 1034/1971⁵ – servì a questo per far fronte alla trasformazione del giudizio amministrativo da processo di mero annullamento a processo con elementi ordinatori e, conseguentemente, all'esigenza di assicurare l'attuazione della sentenza anche per questa parte. Con il giudizio di ottemperanza si perviene all'«adempimento degli

riduzione della tutela attraverso la totale privazione del suo contenuto specifico» (E.A. Apicella, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni* (voce), in *Enc. dir.*, Agg. VI, Giuffrè, Milano 2002, p. 642).

³D. Sorace, *Atto amministrativo* (voce), in *Enc. dir.*, Annali III, Giuffrè, Milano 2010, p. 96. Ancora in tema F. Francario, *Il giudizio di ottemperanza. Origini e prospettive*, in B. Capponi, A. Storto (a cura di), *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della p.a.*, ESI, Napoli 2018, pp. 86 ss.

⁴Così, con la consueta incisività, M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, VI ed., il Mulino, Bologna 2002, p. 326, al quale si rimanda anche per la ricostruzione di tale vicenda giurisprudenziale, dalla sua origine (Cons. Stato, IV, 2 marzo 1928, n. 181) ai suoi sviluppi successivi (Cons. Stato, Ad. plen., 21 marzo 1969, n. 10; Cass. civ., Sez. Un., 18 settembre 1970, n. 156).

⁵Che prevedeva all'art. 37, co. 3: «Quando i ricorsi siano diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato degli organi di giustizia amministrativa, la competenza è del Consiglio di Stato o del tribunale amministrativo regionale territorialmente competente secondo l'organo che ha emesso la decisione, della cui esecuzione si tratta».

Questa disposizione è stata abrogata dal d.lgs. n. 104/2010 (art. 4, co. 1, punto 10, Allegato 4), che al Libro Quarto, Titolo I, pone una più dettagliata disciplina del giudizio di ottemperanza sulla falsariga della precedente (vedi in particolare l'art. 112, che al comma 2 stabilisce: «L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo»).

obblighi (specifici e diretti)» che scaturiscono dal giudicato amministrativo attraverso la surrogazione del giudice all'amministrazione inadempiente nell'attuazione della sentenza. Il giudice, invero, non si limita ad accertare la legittimità dell'atto o comportamento dell'amministrazione rimettendo a questa il compito di trarre da tale verifica le necessarie conseguenze, ma «traduce esso stesso i risultati della sua verifica in vincoli per l'amministrazione e pretende di controllarne, in apposite e adeguate procedure, il rispetto»⁶ (con una vera e propria "sostituzione" all'amministrazione⁷ che assicura ai soggetti protetti una tutela specifica⁸).

2. L'esistenza nel sistema giustiziale amministrativistico di uno strumento *ad hoc* diretto a dare attuazione alle sentenze del giudice civile – che trova attualmente la sua regolamentazione all'art. 112 del d.lgs. n. 104/2010⁹ – ha portato parte della dottrina a sostenere che anche a seguito della privatizzazione dei rapporti alle dipendenze di amministrazioni si abbia spazio per il giudizio di ottemperanza, in considerazione del fatto che questo tipo di giudizio «è ammesso anche in presenza di sentenze civili che riguardino rapporti tipicamente privatistici» e trova la sua ragion d'essere non nell'«incidenza su un potere riconosciuto all'Amministrazione, ma [nell'] esigenza di una garanzia più efficace nei confronti dell'Amministrazione come soggetto»¹⁰.

⁶ I passi riportati sono di M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., pp. 327, 328.

Tra gli ultimi studi a carattere generale sull'istituto dell'ottemperanza vedi B. Capponi, A. Storto (a cura di), *Esecuzione civile e ottemperanza amministrativa nei confronti della p.a.*, ESI, Napoli 2018.

⁷ A. Corpaci, *Tutela in forma specifica e pubbliche amministrazioni*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 320 ss.

L'attribuzione al giudice amministrativo di poteri più penetranti di quelli del giudice civile nella fase di esecuzione della sentenza è immediatamente collegata da G. Rossi, *Giudice e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 1222, alla "doverosità" dell'azione amministrativa.

⁸ Questo carattere specifico della tutela fornita dalle corti appartenenti all'ordine amministrativo rappresenta da tempo il più importante argomento per sostenere la maggiore convenienza per il cittadino del giudizio in esame rispetto a quello civile, nel quale può conseguirsi una mera condanna dell'amministrazione al risarcimento del danno (in tal senso la dogmatica pubblicistica assolutamente prevalente, da E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, III ed., Cedam, Padova 1957, p. 444, a M. Mazzamuto, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, p. 155).

⁹ Che prevede l'esperibilità dell'azione di ottemperanza per conseguire l'attuazione delle sentenze del giudice ordinario (vedi nota 5).

¹⁰ Così A. Travi, *La giurisdizione civile nelle controversie di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 318, evidenziando da un lato la non posizione dal legislatore della riforma di una riserva al giudice ordinario del contenzioso del lavoro pubblico, dall'altro l'assenza nel processo civile di esecuzione di «modalità adeguate per un'esecuzione in forma specifica che contempra la possibilità di una piena sostituzione all'Amministrazione inadempiente».

Per l'esperibilità del giudizio di ottemperanza nelle controversie di lavoro pubblico anche G. Ianniruberto, *Il processo del lavoro rinnovato*, Cedam, Padova 1999, p. 253; R. Tiscini, *Commento all'art. 29*, in M. Dell'Olio, B. Sassani (a cura di), *Amministrazioni pubbliche, lavoro, processo. Commento ai D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e 29 ottobre 1998 n. 387*, Giuffrè, Milano 2000, p. 331; P. Sandulli, A.M. Socci, *Il processo del lavoro. La disciplina processuale del lavoro privato, pubblico e*

Tale esigenza di effettività della tutela è posta in rilievo richiamandosi ai consueti (si sarebbe stati tentati di dire “abusati”) argomenti della speciale posizione ordinamentale dell’amministrazione¹¹ e della necessità di conservare ai suoi dipendenti il livello di tutela precedentemente goduto¹². In questa prospettiva si è, inoltre, sottolineato che il ricorso al giudizio di ottemperanza rappresenta l’unica soluzione praticabile qualora la decisione di condanna implichi «l’obbligo per l’amministrazione di rimuovere o emanare atti amministrativi»¹³.

La possibilità di instaurare questo tipo di giudizio per le controversie di cui all’art. 63, d.lgs. n. 165/2001, è stata sostenuta anche richiamandosi a considerazioni di tipo sistematico, osservando che la normativa generale in materia di ottemperanza ricomprende necessariamente anche i giudicati in tema di lavoro¹⁴ e che la “intromissione” del giudice amministrativo in sede esecutiva nel rapporto privatistico tra amministrazione e dipendente è «né più né meno la stessa che si ha in qualsiasi altro rapporto privatistico corrente con la P.A. che sia stato oggetto di cognizione giudiziale da parte del giudice ordinario», costituisce cioè un dato “fisiologico” del sistema processuale¹⁵.

previdenziale, II ed., Giuffrè, Milano 2010, pp. 550 ss., che tuttavia ne pongono in rilievo le numerose criticità, in particolare derivanti dai poteri di integrazione del giudice amministrativo in sede di ottemperanza.

¹¹ E, nella specie, l’assoggettamento «ai principi di legalità, buona amministrazione e imparzialità di cui all’art. 97 della Costituzione» che differenziano l’amministrazione da un datore di lavoro privato (al quale, invece, «l’ordinamento attribuisce la facoltà di scegliere [...] tra adempiere spontaneamente i propri obblighi di fare infungibili o risarcire il danno»): A. Police, *Inottemperanza della p.a. ai provvedimenti del giudice ordinario (in materia di pubblico impiego) ed esecuzione in forma specifica*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, pp. 925 ss.

Ancora sulla “specificità” dell’amministrazione che rende tuttora operativo il giudizio di ottemperanza, A. Pozzi, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva tra principi costituzionali e effettività di tutela*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2007, pp. 595 ss.

¹² Sulla «inaccettabile ed ingiustificabile diminuzione dell’effettività di tutela del dipendente pubblico rispetto al sistema precedente» che conseguirebbe alla negazione dell’esperibilità del giudizio di ottemperanza, A. Police, *Inottemperanza della p.a.*, cit., p. 935. Nello stesso senso F. Roselli, *Giurisdizione ordinaria e riforma del lavoro pubblico: prime questioni applicative*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, pp. 1031 ss.; D. Iaria, *L’ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro e del giudice amministrativo dopo i decreti legislativi n. 80 e n. 387 del 1998*, in *Lav. pubbl. amm.*, 1999, p. 304.

Questo tipo di argomentazioni è ripreso anche da parte della giurisprudenza, v. T.A.R. Reggio Calabria, 4 ottobre 2004, n. 751, in *Foro amm.*, 2004, p. 3156: «a presidio di una piena effettività della tutela giurisdizionale nei confronti dell’amministrazione, deve ammettersi il giudizio di ottemperanza innanzi al giudice amministrativo anche per l’esecuzione delle sentenze del giudice civile in tema di rapporti di lavoro contrattualizzati».

¹³ A. Corpaci, *La tutela giurisdizionale dei pubblici dipendenti*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1993, pp. 612 ss.

¹⁴ Per queste considerazioni M. Dell’Olio, *La tutela dei diritti del dipendente pubblico dinanzi al giudice ordinario*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, p. 136; A. Iannotta, *Il giudizio d’ottemperanza e le sentenze in materia d’impiego con una pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 2004, pp. 134 ss., sottolineando l’assenza di una “deroga espressa” a tale disciplina.

¹⁵ D. Iaria, *L’ambito oggettivo della giurisdizione*, cit., p. 304, che ritiene che il ricorso al giudizio de quo rappresenti un sistema complementare di tutela che si aggiunge all’esperibilità dell’azione esecutiva prevista dal Codice di procedura civile, per cui è rimessa alla «libera valutazione del soggetto titolare

Questa impostazione è tuttavia da rigettare, in quanto basata su una considerazione parziale e incompleta del quadro normativo di riferimento.

Il giudizio di ottemperanza, come accennato, venne introdotto dalla l. n. 5992/1889¹⁶ per dare consistenza ed effettività all'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi «al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso» previsto dall'art. 4 della l. n. 2248/1865 All. E, e negli stessi limiti è stato successivamente regolato dalla l. n. 1034/1971¹⁷ e dal d.lgs. n. 104/2010¹⁸.

Questo tipo di giudizio ha dunque un'area di operatività ben definita, da individuarsi in quella in cui vigono le limitazioni ai poteri del giudice ordinario (divieto di revoca o modifica di atti amministrativi) stabilite dall'art. 4 dell'Allegato E: poiché il giudice ordinario non ha di questi poteri, la revoca o modifica dell'atto avviene appunto attraverso il particolare meccanismo dell'ottemperanza¹⁹.

Questo meccanismo, conseguentemente, non ha spazi di applicabilità riguardo a un'attività, come quella di gestione dei rapporti di impiego, che l'ente svolge con poteri e capacità del privato datore di lavoro per espressa disposizione normativa. Come le limitazioni fissate alla giurisdizione del giudice ordinario dagli articoli 4 e 5 della l. n. 2248/1865 All. E non trovano applicazione in relazione agli atti di diritto privato posti

del diritto giudizialmente accertato la decisione se percorrere la via dell'esecuzione civile o quella del giudizio di ottemperanza oppure entrambe; ovvero ancora di intraprendere l'una dopo aver eventualmente sperimentato in toto o in parte l'altra».

Ancora sul ricorso di ottemperanza quale «concorrente, e non alternativo, con il rimedio dell'esecuzione forzata», A. Police, *Inottemperanza della p.a.*, cit., pp. 925 ss.

¹⁶ Art. 4: «La sezione quarta del Consiglio di Stato decide, pronunciando anche in merito: [...] 4. Dei ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dei tribunali che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico».

La norma venne poi trasfusa, con la mera variazione del riferimento al giudice (Consiglio di Stato in sede giurisdizionale), nell'art. 27, n. 4, del r.d. n. 1054/1924.

¹⁷ Art. 37: «I ricorsi diretti ad ottenere l'adempimento dell'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi, in quanto riguarda il caso deciso, al giudicato dell'autorità giudiziaria ordinaria, che abbia riconosciuto la lesione di un diritto civile o politico, sono di competenza dei tribunali amministrativi regionali quando l'autorità amministrativa chiamata a conformarsi sia un ente che eserciti la sua attività esclusivamente nei limiti della circoscrizione del tribunale amministrativo regionale. Resta ferma, negli altri casi, la competenza del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale».

¹⁸ Vedi nota 5.

¹⁹ Tale delimitazione dell'area di esperibilità del giudizio di ottemperanza è stata segnata con chiarezza, sul piano generale, da Cass. civ., Sez. Un., 14 febbraio 1987, n. 1609, in *Dir. proc. amm.*, 1988, p. 447: «il connotato fondamentale del giudizio di ottemperanza deve ravvisarsi nella possibilità per il giudice amministrativo di sostituirsi alla pubblica amministrazione inerte e di compiere in sua vece la valutazione di quale sia, fra i vari strumenti idonei a rendere conforme al giudicato i suoi rapporti con gli altri soggetti dell'ordinamento, quello più congruo al pubblico interesse. [...] Nella prospettiva dianzi delineata deve ritenersi che alla decisione del giudice amministrativo segue, in caso di inerzia dell'amministrazione, il giudizio di ottemperanza qualora l'esecuzione della pronuncia implichi il dispiegamento di un'attività dei pubblici poteri di natura provvedimentale, di fronte alla quale il privato sia titolare di un interesse legittimo; mentre se la decisione concerne diritti soggettivi [...] deve ammettersi il principio del ricorso all'esecuzione forzata per espropriazione secondo il Codice di procedura civile».

in essere dall'amministrazione (riguardo ai quali il giudice civile dispone degli ordinari poteri che gli sono riconosciuti nei confronti della generalità dei consociati), così non trova applicazione il giudizio di ottemperanza che per superare queste limitazioni è concepito²⁰.

Nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di enti pubblici, infatti, non vengono direttamente in questione atti amministrativi, quindi il problema di una revoca o modifica di atti di tale tipologia attraverso il giudizio di ottemperanza non si pone neppure²¹.

Anche nelle ipotesi di connessione tra atto di gestione del lavoro e atto amministrativo di organizzazione presupposto, la concreta praticabilità del giudizio di ottemperanza risulta dubbia, in quanto l'obbligo di conformazione richiede «un vero e proprio accertamento, avente forza di giudicato, circa l'illegittimità dell'atto» che non può aversi nelle controversie in esame, nelle quali la questione della legittimità dell'atto pubblicistico è esaminata in via meramente incidentale²².

Questo dato di fondo non ha tuttavia impedito a una parte consistente delle corti amministrative di continuare ad ammettere l'esperibilità del giudizio di ottemperanza in tema di controversie di lavoro privatizzato, spesso con una serie di articolate (quanto inconsistenti) specificazioni e giustificazioni. In questa operazione di “recupero

²⁰ M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, cit., p. 326.

Per queste considerazioni, con specifico riferimento alle controversie sui rapporti alle dipendenze di enti pubblici, A. Corpaci, *Tutela in forma specifica*, cit., p. 330: «l'istituto nasce in specifica connessione con i divieti posti al giudice ordinario dall'art. 4 della legge n. 2248 del 1865, All. E, e alla corrispondente riserva alla pubblica amministrazione del potere di annullamento e revoca di atti amministrativi. [...] È con riferimento a tale area e a tale specifico obbligo che viene configurata e si giustifica una eccezione alla giurisdizione ordinaria ed agli strumenti ordinari di esecuzione delle sentenze del giudice ordinario»; ancora in tema, A. Riccardi, *L'organizzazione del lavoro nell'amministrazione pubblica. Vol. II - Profili processuali*, Cacucci, Bari 2018, pp. 218 ss.

²¹ Di grande chiarezza su questi profili G. Trisorio Liuzzi, *L'esecuzione delle decisioni del giudice civile nelle controversie di lavoro pubblico*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 2004, p. 393: «se, come si è detto, con la riforma del rapporto di lavoro pubblico si è eliminata la rilevanza del potere pubblico e del provvedimento amministrativo; se la gestione del rapporto di pubblico impiego è ormai di natura privata e ad essa è estraneo l'esercizio del potere pubblico; se all'attività inerente alla gestione del rapporto di lavoro non si applica la disciplina dell'atto amministrativo; se non si hanno più atti di esercizio del potere discrezionale della pubblica amministrazione, ma veri e propri atti di autonomia privata; se pertanto non si tratta di rimuovere o di emanare atti amministrativi, è inevitabile concludere per la non operatività del giudizio di ottemperanza».

²² E. Apicella, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 637. Per ulteriori approfondimenti, A. Riccardi, *L'organizzazione del lavoro*, cit., pp. 221 ss.; S. Menchini, *La tutela del giudice ordinario*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di Diritto amministrativo. Il processo amministrativo*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 3713 ss.

Contra C. Cecchella, *La tutela giurisdizionale nella riforma del pubblico impiego*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pp. 1372 ss.; F. Miani Canevari, *Privatizzazione del pubblico impiego e giurisdizione del giudice ordinario*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, p. 771, secondo cui, in caso di atti amministrativi presupposti, la limitazione dei poteri del giudice del lavoro alla sola disapplicazione rende il giudizio di ottemperanza «l'unico mezzo per ottenere l'esecuzione specifica della sentenza».

conservativo” si sono così avute sentenze che hanno sottolineato che il giudice dell’ottemperanza si limita «alla mera esecuzione della sentenza civile senza integrarla in alcun modo»²³, se non semplicemente «a prendere atto dell’adempimento, da parte dell’amministrazione, del giudicato, essendo a esso precluso l’entrare nel merito del corretto adempimento»²⁴ – premurandosi di puntualizzare che l’esperienza del giudizio *de quo* «non comporta alcun pericolo di un indiretto e surrettizio recupero del sindacato sul rapporto di pubblico impiego»²⁵ – ; o che hanno (con una certa improntitudine) escluso la possibilità del giudizio in esame solo perché si trattava di sentenze non definitive o cautelari²⁶.

Parimenti non sono accoglibili tesi intermedie che “recuperano” in parte i meccanismi dell’ottemperanza affermando che l’applicazione della regolazione ordinariamente prevista in materia di attuazione delle sentenze civili è suscettibile di “adattamenti” in considerazione delle peculiarità che connotano gli enti pubblici. Si è, in particolare, sostenuto che per l’esecuzione di sentenze in cui gli obblighi – oggetto di condanna ovvero strumentali rispetto al pieno esplicarsi dell’effetto costitutivo, modificativo o estintivo prodotto dalla sentenza – consistano in attività di altro tipo rispetto al pagamento di somme (che sono invece eseguibili con l’ordinaria procedura espropriativa), è possibile “trapiantare” nel procedimento di esecuzione civile alcuni elementi propri del procedimento di ottemperanza, quali la nomina giudiziale di un commissario *ad acta*²⁷. Questa commistione di procedimenti consentirebbe di superare il “limite intrinseco” dell’esecuzione civile rappresentato dall’insurrogabilità del datore di lavoro privato inadempiente agli obblighi di *facere e non facere*, limite che invece non sussiste verso un datore di lavoro pubblico poiché «fungibilità e infungibilità attengono tipicamente alle prestazioni dovute dai privati, avuto riguardo alla preminenza delle posizioni di libertà e di intangibilità della sfera personale, mentre il loro impiego non ha senso di fronte all’attività di soggetti pubblici esercenti attività

²³ T.A.R. Catanzaro, 10 luglio 2015, n. 1235, in *DeJure*, 2016; T.A.R. Napoli, 10 aprile 2014, n. 2041, in *Foro amm.*, 2014, 4, p. 1256; T.A.R. Bolzano, 9 febbraio 2012, n. 50, in *Foro amm.*, 2012, 2, p. 385. Anche Cons. Stato, Sez. III, 5 luglio 2016, n. 2975, in *DeJure*, 2016, ha “generosamente” concesso che «in sede di ottemperanza non è possibile trattare questioni rimaste estranee al giudizio di cognizione».

²⁴ T.A.R. Brescia, 9 novembre 2019, n. 975, in *Foro amm.*, 2019, 11, p. 1854.

²⁵ Così T.A.R. Napoli, Sez. VII, 3 settembre 2021, n. 5696, in *DeJure*, 2022; T.A.R. Milano, Sez. II, 2 aprile 2021, n. 866, in *DeJure*, 2021; T.A.R. Cagliari, Sez. II, 2 dicembre 2020, n. 670, in *Foro amm.*, 2020, 12, p. 2383; T.A.R. Napoli, 19 novembre 2018, n. 6654, in *Foro amm.*, 2018, 11, p. 2071; T.A.R. Reggio Calabria, 4 ottobre 2004, n. 751, in *Giust. civ.*, 2005, 3, I, p. 834.

²⁶ T.A.R. Napoli, 17 gennaio 2014, n. 315, in *DeJure*; T.A.R. Bari, 1 giugno 2010, n. 2116, in *Foro amm.*, 2010, 6, p. 2152; T.A.R. Napoli, 26 novembre 2003, n. 13959, in *Foro amm.*, 2003, p. 3324; T.A.R. Catania, 7 novembre 2003, n. 1832, in *Foro amm.*, 2003, p. 3379.

²⁷ G. Melià, *L’effettività della tutela giurisdizionale nel pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, p. 70, valorizza il ruolo che il commissario *ad acta* può svolgere anche nell’esecuzione civile «in quanto soggetto esperto degli affari dell’amministrazione, cui il giudice [...] ha da sempre delegato quell’“ingresso utile negli uffici” che appare strumentale alla più conveniente sistemazione del conflitto di interessi latente nell’attuazione della pronuncia del giudice».

funzionalizzata»²⁸.

Questa tesi non è condivisibile non solo nei suoi presupposti – atteso che l’attività di gestione del lavoro svolta dall’ente non è funzionalizzata, essendo questo portatore di un mero interesse organizzatorio a carattere privatistico²⁹ –, ma anche nelle sue conseguenze – in quanto reintrodurrebbe un regime e un sindacato giudiziale propri del potere pubblico in un ambito devoluto dal legislatore al diritto comune³⁰ –.

Al dato fondamentale e dirimente del tipo di attività posto in essere dall’amministrazione nella gestione dei rapporti di lavoro devono aggiungersi considerazioni ulteriori, che avvalorano anche su un piano di opportunità la non ammissibilità del giudizio *de quo* in relazione alle controversie in materia.

La riattrazione delle controversie di lavoro pubblico nell’area di giurisdizione delle corti appartenenti all’ordine amministrativo, seppur solo nella fase dell’esecuzione della sentenza, porterebbe di fatto a “restituire” a queste la materia³¹, atteso che nel giudizio di ottemperanza il giudice amministrativo generalmente «non si limita ad eseguire la decisione del giudice ordinario, ma la interpreta e la integra»³² e che, inoltre, gli atti posti in essere dal commissario nominato nel corso del giudizio sono impugnabili in questa stessa sede (e quindi nuovamente rimessi al giudice amministrativo). Risultato di questa operazione sarebbe consentire alla magistratura amministrativa di esercitare i “poteri sostitutivi” implicati dal giudizio di

²⁸ Così B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria, poteri del giudice ed esecuzione della sentenza nelle controversie di lavoro con la pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1999, p. 425, il quale sostiene che nel caso dell’amministrazione-datore di lavoro «il profilo delle prerogative soggettive è assorbito dalla funzionalizzazione dell’attività» e, conseguentemente, «l’ostacolo dell’infungibilità neppure può porsi: tornano ad esercitare la loro naturale espansività le regole generali dell’ordinamento». Vedi in tema anche A. Pozzi, *Lavoratori pubblici e giurisdizione esclusiva*, cit., p. 621, per il quale «il principio di imparzialità e parità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati è un valore in positivo e non un limite alla tutelabilità delle pretese, sicché la maggior tutela che sarebbe accordata al pubblico dipendente rispetto a quello privato con il rimedio dell’ottemperanza non può costituire motivo per la sua eliminazione».

²⁹ A. Riccardi, *L’organizzazione del lavoro nell’amministrazione pubblica. Vol. I - Profili sostanziali*, Cacucci, Bari 2011, pp. 63 ss.

³⁰ A. Corpaci, *Tutela in forma specifica*, cit., p. 332, che conclude che la questione della fungibilità/infungibilità va impostata allo stesso modo per le pubbliche amministrazioni e per i datori di lavoro privati.

³¹ A. Riccardi, *I poteri del giudice ordinario*, cit. p. 130; E. Apicella, *Lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 643.

³² Così G. Trisorio Liuzzi, *L’esecuzione delle decisioni*, cit., p. 390.

Chiaramente in questo senso R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull’arbitrato in materia di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1998, p. 716, che rileva che il giudizio *de quo*, «non potendo esperirsi in relazione ad una pronuncia tendenzialmente completa quanto alla definizione degli obblighi della pubblica amministrazione, emessa da un giudice (quello amministrativo) dotato di potestà decisoria esclusiva, ma dovendo riguardare, invece, una pronuncia completamente carente sotto questo profilo, emessa da un giudice (quello ordinario) con giurisdizione limitata, finirà per trasformarsi in un vero e proprio autonomo (ed aggiuntivo) giudizio di merito».

ottemperanza³³ «non già in relazione ad atti amministrativi, bensì ad atti posti in essere nella qualità di privato datore di lavoro», con un ulteriore svuotamento non solo del trasferimento di giurisdizione operato dalla normativa di riforma, ma della stessa logica a questa sottesa³⁴.

Parimenti contro una delle essenziali finalità alla base della riforma – *id est* la «convergenza degli assetti regolativi del lavoro pubblico con quelli del lavoro privato»³⁵ – si porrebbe l’esperienza per le controversie in esame di un regime di esecuzione delle sentenze differente da quello stabilito in tema di lavoro privato³⁶. Non deve inoltre trascurarsi che dal giudizio di ottemperanza risulterebbe una specificità della tutela dei pubblici impiegati non riconosciuta dal diritto sostanziale³⁷, con la conseguenza di un’ulteriore divaricazione della disciplina dei rapporti lavorativi nel settore pubblico e privato.

In conclusione, per l’esecuzione delle sentenze del giudice ordinario verso la pubblica amministrazione trova applicazione la normativa posta nel Libro III del

³³ In generale, sulla “estraneità” dell’obbligo di conformazione al contenuto e agli effetti della sentenza del giudice civile e sul ruolo rivestito per converso dal giudice amministrativo nella determinazione concreta di questo obbligo (riconducibile ancora una volta al principio di legalità proprio del sistema pubblicistico), vedi M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Giuffrè, Milano 1983, pp. 63 ss.; V. Caianiello, *Esecuzione di sentenze nei confronti della pubblica amministrazione (voce)*, in *Enc. dir.*, Agg. III, Giuffrè, Milano 1999, pp. 612 ss.

³⁴ D. Borghesi, *Rapporto di lavoro ed esecuzione in forma specifica*, in M. Barbieri, F. Macario, G. Trisorio Liuzzi (a cura di), *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano 2004, p. 348. Considerazioni simili in B. Sassani, *Giurisdizione ordinaria*, cit., p. 423; A. Vallebona, *Provvedimenti del giudice ed esecuzione nelle controversie di lavoro pubblico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, p. 221.

³⁵ Così, da ultimo, l’art. 2, co. 1, lett. a), della l. n. 15/2009, che riprende uno degli obiettivi, probabilmente il più decisivo, che sin dall’inizio ha motivato il processo di riforma del lavoro alle dipendenze di enti pubblici (vedi, con riferimento ai vari stadi di questo processo, T. Treu, *Finalità della riforma*, in F. Carinci (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 1995, pp. 5 ss.; A. Corpaci, *Art. 1. Commento*, in A. Corpaci, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *La riforma dell’organizzazione, dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in *NLCC*, Cedam, Padova 1999, pp. 1051 ss.; T. Treu, V. Ferrante, *Finalità della riforma. La privatizzazione dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci, M. D’Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, Giuffrè, Milano 2000, II ed., pp. 5 ss.; M. Gelonesi, *I problemi di giurisdizione conseguenti alle innovazioni introdotte dalla recente riforma del pubblico impiego*, in *Giur. mer.*, 2000, pp. 241 ss.; A. Bellavista, A. Garilli, *Riregolazione legale e decontrattualizzazione: la neoibridazione normativa del lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2010, pp. 1 ss.; A. Boscati, *La politica del Governo Renzi per il settore pubblico tra conservazione e innovazione: il cielo illuminato diverrà luce perpetua?*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D’Antona".IT – 228/2014*, pp. 2 ss.).

³⁶ L. De Angelis, *Lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni e giurisdizione*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 576 ss.

Sottolinea la disparità di trattamento tra lavoratori pubblici e privati che conseguirebbe all’esperienza del giudizio di ottemperanza nelle controversie di impiego pubblico anche F. Patroni Griffi, *Lavoro pubblico e giurisdizione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2000, p. 212, che pure ritiene che questo tipo di giudizio sia ammissibile nel nuovo contesto privatizzato.

³⁷ A. Corpaci, *Tutela in forma specifica*, cit., pp. 331 ss.

Codice di procedura civile, negli stessi termini e modalità stabiliti per gli altri soggetti dell'ordinamento che siano titolari di rapporti di lavoro subordinato³⁸ – e, in particolare, con le medesime criticità sul versante dell'infungibilità degli obblighi di fare e non fare³⁹.

³⁸ G. Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in F. Carinci, M. D'Antona (diretto da), *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, II ed., Giuffrè, Milano 2000, p. 1839.

³⁹ Opportune su questi profili le precisazioni di D. Borghesi, *Rapporto di lavoro*, cit., p. 349: «se infatti si vuole dare un senso compiuto alla locuzione secondo la quale le amministrazioni operano con i poteri del privato datore di lavoro, bisogna riconoscere che ad esse competono gli stessi margini di valutazione, anche discrezionale, che spettano ai privati e che l'infungibilità è una componente di tale valutazione. Componente che sia detto per inciso ha le sue radici nel rispetto della sfera individuale e, per essere riconosciuta, non ha bisogno di essere ricondotta alla libertà di impresa sancita dall'art. 41 Cost.».

Nicola Triggiani

RIFORMA PENITENZIARIA, FEDE RELIGIOSA E ALIMENTAZIONE DEI DETENUTI *

ABSTRACT

La riforma penitenziaria del 2018 ha previsto che, su richiesta, ai detenuti e agli internati deve essere garantita una alimentazione rispettosa del loro credo religioso (art. 11, comma 1, lett. b, d.lgs. n. 123/2018). La clausola esonerativa "ove possibile" ridimensiona tuttavia in modo significativo la portata della previsione, peraltro già contenuta nel regolamento penitenziario del 2000.

The reform of the prison system in 2018 provided that, upon request, prisoners and internees shall be guaranteed with a diet that respects their religious beliefs (Article 11, paragraph 1, letter b, Legislative Decree no. 123/2018). However, the exemption clause "if possible" significantly reduces the scope of the provision, which is already contained in the prison regulations released in 2000.

PAROLE CHIAVE

Credo religioso – alimentazione – detenuti

Religious belief – nutrition – prisoners

SOMMARIO: 1. Le disposizioni sul regime alimentare dei detenuti e la novella del 2018. – 2. Il rispetto delle prescrizioni religiose e la clausola esonerativa "ove possibile". – 3. Oltre la tutela dei diritti: la prevenzione dei fenomeni di radicalizzazione.

1. In attuazione della delega sulla riforma dell'ordinamento penitenziario contenuta nella legge 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. «riforma Orlando»)¹, l'art. 11 d.lgs.

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*. Destinato al volume *La sostenibile leggerezza dell'umano. Scritti in onore di Domenico Garofalo*, a cura di M.T.P. Caputi Jambrenghi e A. Riccardi, Cacucci, Bari.

¹ Sulla delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario contenuta nella l. n. 103/2017 – elaborata alla luce dei c.d. «Stati generali dell'esecuzione penale» (i cui lavori, inaugurati dal Ministro della Giustizia Andrea Orlando il 19 maggio 2015 e proseguiti per un anno, sono in gran parte pubblicati in Aa.Vv., *Gli Stati generali dell'esecuzione penale*, con Prefazioni di A. Orlando, G. Giostra, B. Migliucci, Pacini, Pisa, 2016) – v. P. Bronzo, *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in *Legisl. pen. (web)*, 19 gennaio 2018, p. 1 ss.; P. Corvi, *Venti di riforma sull'esecuzione penale: la delega per la modifica dell'ordinamento penitenziario*, in G.M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina, E.M. Mancuso (a cura di), *Le recenti riforme in materia penale. Dai decreti di depenalizzazione (d.lgs. n. 7 e n. 8/2016) alla legge «Orlando» (l. n. 103/2017) e relativi decreti attuativi (3 ottobre 2017)*, Wolters Kluwer Cedam, Milano 2017, p. 587 ss.; P. Dell'Anno, *Le tre deleghe sulla riforma processuale introdotte dalla legge n.*

2 ottobre 2018, n. 123 (collocato nel Capo IV, rubricato genericamente «Disposizioni in tema di vita penitenziaria») ha previsto numerose modifiche alle norme in tema di trattamento penitenziario².

103 del 2017, in *Proc. pen. giust.*, 2017, p. 1093 ss.; A. Della Bella, *Riforma Orlando: la delega in materia di ordinamento penitenziario*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 20 giugno 2017, p. 1 ss.; F. Fiorentin, *I principi e criteri direttivi della delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in C. Parodi (a cura di), *Riforma Orlando: tutte le novità*, Giuffrè, Milano 2017, p. 131 ss.; Id., *La delega di riforma in materia di esecuzione penitenziaria (comma 85 L. N. 103/2017)*, in A. Marandola, T. Bene (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario (L. 103/2017)*, Giuffrè, Milano 2017, p. 415 ss.; Id., *La delega per la riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. Modifiche al Codice penale, Codice di procedura penale e Ordinamento penitenziario*, Pacini, Pisa 2017, p. 305 ss.; Id., *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018) in vigore dal 10 novembre 2018*, Giuffrè Francis Lefevre, Milano 2018, p. 7 ss.; A. Furguele, *La riforma del sistema penitenziario: un progetto ambizioso*, in A. Scalfati (a cura di), *La riforma della giustizia penale. Commento alla legge 23 giugno 2017, n. 103*, Giappichelli, Torino 2017, p. 325 ss.; R. Polidoro, *L'auspicata riforma dell'ordinamento penitenziario*, in G. Spangher (a cura di), *La riforma Orlando. I nuovi decreti*, Pacini, Pisa 2018, p. 369 ss.; G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, University Press, Pisa 2018, p. 11 ss.

In ordine alle proposte per l'attuazione della delega, v. G. Giostra, P. Bronzo (a cura di), *Proposte per l'attuazione della delega penitenziaria*, Sapienza Università Editrice, Roma 2017.

² Per una panoramica sulle modifiche relative al trattamento penitenziario all'interno degli istituti, sia consentito rinviare a N. Triggiani, *L'ampliamento di tutele durante la vita inframuraria*, in M. Colamussi (a cura di), *La nuova disciplina penitenziaria*, Giappichelli, Torino, 2020, p. 245 ss.

Emerge, peraltro, come in questo settore – analogamente a quanto si può riscontrare in tanti altri – il testo del d.lgs. n. 123/2018 si configuri come una versione drasticamente ridotta, e in parte anche modificata, di quella elaborata in sede di prima attuazione della legge delega dalla Commissione ministeriale presieduta dal Prof. Glauco Giostra – istituita con d.m. 19 luglio 2017 – e poi (parzialmente) tradotta nello schema di d.lgs. n. 501 e nello schema di d.lgs. n. 17, entrambi non approvati dalle Camere, così da snaturarne la sostanza. In generale, la dottrina ha espresso profonda delusione per la riforma approvata, in rapporto a quella originariamente varata dal «Governo Gentiloni» in attuazione della delega, sottolineando che si tratta di una riforma «incompiuta»: v. S. Anastasia, *Introduzione*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giappichelli, Torino 2019, p. X s.; M. Bortolato, *Luci ed ombre di una riforma a metà: i decreti legislativi 123 e 124 del 2 ottobre 2018*, in *Quest. giust.*, 3, 2018, p. 119 ss.; L. Cesaris, *Quel che resta della riforma penitenziaria*, in *Giur. pen. (web)*, 12, 2018, p. 1 ss.; A. Della Bella, *Riforma dell'ordinamento penitenziario: le novità in materia di assistenza sanitaria, vita detentiva e lavoro penitenziario*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 7 novembre 2018, p. 1 ss.; F. De Simone, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, in *Arch. pen. (web)*, 1, 2018, p. 1 ss., che arriva ad affermare come sia improprio parlare di «riforma» a fronte dell'introduzione e della modifica di alcune norme dell'ordinamento penitenziario in ordine sparso, prive della carica innovativa propria dei provvedimenti di riforma; R. De Vito, *Introduzione. La fine era nota: storia di una riforma minima*, in *Quest. giust.*, 3, 2018, p. 113 ss.; E. Dolcini, *Carcere, problemi vecchi e nuovi*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 19 novembre 2018, p. 1 ss.; F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 10 s.; G. Giostra, F. Gianfilippi, *Quel che poteva essere (e la necessità di perseverare)*, in *Quest. giust.*, 3, 2018, p. 129 ss.

Prima dell'approvazione definitiva, in senso critico sull'accantonamento dell'originaria proposta di riforma, v. F. Della Casa, *L'urgenza della riforma penitenziaria: un malinconico anacronismo nell'era della riscoperta centralità del carcere*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 25 giugno 2018, p. 1 ss.; E.N. La Rocca, *Il progetto «estivo» di riforma dell'ordinamento penitenziario tra l'inutile e il fantomatico*, in *Arch. pen. (web)*, 6 settembre 2018, p. 1 ss.

Sulla prima versione del decreto legislativo di attuazione (A.G. n. 501), v. E.N. La Rocca, *Lo schema di*

Si tratta di innovazioni certamente non radicali, ma comunque utili ad offrire condizioni di detenzione migliori, potenziando i diritti delle persone recluse. Tra queste, merita di essere segnalata la previsione di cui all'art. 11, comma 1, lett. b), che ha sostituito l'art. 9, comma 1, ord. pen. in tema di alimentazione³ con la seguente formulazione: «Ai detenuti e agli internati è assicurata un'alimentazione sana e sufficiente, adeguata all'età, al sesso, allo stato di salute, al lavoro, alla stagione, al clima. *Ai detenuti che ne fanno richiesta è garantita, ove possibile, un'alimentazione rispettosa del loro credo religioso*».

In realtà, l'innovazione è rappresentata dall'inserimento del secondo periodo, perché il primo è rimasto immutato.

A fronte di un vero e proprio «obbligo alimentare» che grava sullo Stato nei confronti dei detenuti e degli internati, questi ultimi, per contro, vantano un diritto a una alimentazione sana, sufficiente e rispondente alle loro esigenze primarie: si tratta di un diritto direttamente riconducibile al diritto alla salute⁴.

La norma individua anche i parametri cui deve essere rapportata l'adeguatezza qualitativa e quantitativa del regime alimentare: età, sesso, condizioni di salute⁵, attività lavorativa svolta, stagione, clima. In particolare, la quantità e la qualità del vitto giornaliero sono determinate da apposite tabelle (le c.d. «tabelle vittuarie»), approvate con decreto ministeriale previo parere dell'Istituto superiore della nutrizione (art. 9, comma 4, ord. pen.; art. 11, comma 4, reg. pen.)⁶. E il controllo sull'applicazione delle tabelle e sulla preparazione e distribuzione del vitto è effettuato da una rappresentanza dei detenuti o degli internati designata mensilmente per sorteggio e integrata da un delegato del direttore (c.d. «commissione cucina»: art. 9, comma 6, ord. pen.; art. 12, commi 1, 2, 3, 4 e 5, reg. pen.)⁷.

decreto legislativo per la riforma penitenziaria, in *Arch. pen. (web)*, 20 febbraio 2018, p. 1 ss.

³ Sulla disciplina del regime alimentare dettata dall'art. 9 ord. pen., dopo la novella del 2018, v., per tutti, F. Cascini, F. Stilla, *sub art. 9*, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, Giuffrè, Milano 2019, p. 116 ss.; A. Diddi, *Manuale di diritto penitenziario*, 3^a ed., *Aggiornato alla «Riforma Cartabia» e al decreto sull'ergastolo ostativo*, Pacini, Pisa, 2022, p. 146 ss.; F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2020, p. 216 ss.; C. Renoldi, *sub art. 9 ord. pen.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano 2019, p. 113 ss.

⁴ Cfr. C. Renoldi, *sub art. 9 ord. pen.*, in F. Della Casa-G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6^a ed., cit., p. 114.

⁵ In relazione alle esigenze di cura e di salute del detenuto, v. Circ. DAP del 7 aprile 1988, n. 686040, che ha previsto la possibilità di modificare il vitto del detenuto adeguandolo, su proposta del sanitario, alle esigenze specifiche del singolo detenuto.

⁶ Da segnalare che l'art. 11, comma 4, reg. pen. impone l'obbligo di aggiornare periodicamente, almeno ogni cinque anni, le tabelle vittuarie, tenendo conto dei progressi delle scienze alimentari e nutrizionali e recependo le possibili variazioni della produzione alimentare.

⁷ «Tale scelta non solo offre ai detenuti uno strumento funzionale alla gestione delle problematiche relative al vitto ma favorisce il coinvolgimento dei detenuti nelle operazioni di preparazione e di distribuzione dei pasti e, più in generale, nella gestione della vita penitenziaria con ricadute positive in termini trattamentali»: così F. Cascini, F. Stilla, *sub art. 9*, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., p. 117 s.

I detenuti e gli internati possono, comunque, acquistare, a proprie spese, entro i limiti fissati dai regolamenti interni, generi alimentari e di conforto (il c.d. «sopravvitto») presso spacci interni gestiti direttamente dall'amministrazione penitenziaria o affidati in appalto ad imprese private che esercitano la vendita⁸. I prezzi, controllati dall'autorità comunale, non possono essere superiori rispetto a quelli praticati negli esercizi commerciali della grande distribuzione del luogo in cui l'istituto penitenziario ha sede e sono controllati dalla rappresentanza dei detenuti sopra ricordata, che verifica anche la qualità dei generi venduti (art. 9, ult. comma, ord. pen.; art. 12, comma 6, reg. pen.).

I detenuti possono altresì ricevere generi alimentari e di conforto anche dai familiari: i «pacchi» che li contengono – inviati o consegnati in occasione delle visite in istituto – «rappresentano una forma importante di collegamento tra la popolazione carceraria e il mondo esterno»⁹ e sono oggetto di puntuale regolamentazione (art. 14 reg. pen.).

2. Fino alla novella del 2018, in riferimento alla qualità del cibo somministrato mancava un riferimento alla religione¹⁰, contenuto solo nel regolamento penitenziario approvato con d.P.R. 30 giugno 2000, n. 230 (art. 11, comma 4, reg. pen.)¹¹.

Il d.lgs. n. 123/2018 viene, dunque, a colmare tale lacuna prevedendo, a livello di legge ordinaria, per i detenuti che ne facciano richiesta, un'alimentazione rispettosa della loro fede religiosa, in modo da garantire le esigenze di una popolazione carceraria ormai multietnica e multiculturale,¹²: ciò in ossequio agli artt. 8 e 19 Cost., che

⁸ L'art. 14 reg. pen. affida al regolamento interno l'individuazione dei generi alimentari e dei beni che possono essere acquistati negli spacci: ciò al fine di impedire al detenuto «di fare incetta di a sua scelta di beni non consentiti, costosi o voluttuari, comunque tali da consentirgli di acquisire all'interno della comunità carceraria una posizione di prestigio, di potere o comunque di una capacità di condizionamento degli altri detenuti». Così, ancora, F. Cascini, F. Stilla, *sub* art. 9, in F. Fiorentin, F. Siracusano (a cura di), *L'esecuzione penale. Ordinamento penitenziario e leggi complementari*, cit., p. 118.

Merita di essere evidenziato che anche le bevande alcoliche possono essere acquistate negli spacci interni: per il consumo giornaliero di vino è stabilito un tetto massimo di mezzo litro, di gradazione non superiore a dodici, mentre per la birra il limite è di un litro.

⁹ F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, cit. p. 217.

¹⁰ In questi termini, G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, cit., p. 92.

¹¹ Non è superfluo ricordare che il Dipartimento dell'Amministrazione penitenziaria del Ministero della Giustizia ha dovuto rispondere per la prima volta a delle richieste in tema di alimentazione il 13 marzo 1989, con la Circ. n. 583268-6.

¹² Sul rapporto cibo-religione e sulle problematiche poste dalla società multiculturale, v., tra gli altri, F. Alicino, *Religion and Sustainable Food in the Age of Consumer Culture*, in *Riv. studi sostenibilità*, 1, 2014, p. 101 ss.; G. Brunori, L. Dvortsin, *Sicurezza alimentare e religiosa*, in AA.Vv., *Regolare il cibo, ordinare il mondo: diritti religiosi e alimentazione*, il Mulino, Bologna 2014, p. 125 ss.; S.I. Capasso, *La tutela della libertà religiosa nelle carceri*, in *www.statoechiase.it*, 19, 2016, p. 1 ss.; A.G. Chizzoniti (a cura di), *Cibo, religione e diritto. Nutrimento per il corpo e per l'anima*, Libellula, Tricase (Le) 2015; G. Colombo (a cura di), *A tavola con Dio e con gli uomini*, Vita e Pensiero, Milano 2016; A. Fuccillo, *Il cibo degli Dei. Diritto, religioni, mercati alimentari*, Giappichelli, Torino 2015; A. Fuccillo, F. Sorvillo, L. Decimo, *Diritto e religioni nelle scelte alimentari*, in *www.statoechiase.it*, 18, 2016, p. 1 ss.; M. Masini, *Mangiare con Dio. Cibo e ritualità nell'ebraismo, nel cristianesimo e nell'islam*, Foschi,

sanciscono la libertà di culto, e al criterio di cui all'art. 1, comma 85, lett. o) della delega, volto a favorire l'integrazione delle persone detenute straniere¹³, anche se è evidente che la norma non riguarda solo gli stranieri. In effetti, la nuova formulazione dell'art. 9, comma 1, ord. pen., oltre a dare attuazione al criterio di delega rubricato alla lett. o), «è la sola frase dell'intero decreto che può essere ricondotta al criterio di delega sotto la lett. v), che chiedeva la revisione delle attuali previsioni in materia di libertà di culto e dei diritti ad essa connessi»¹⁴.

Occorre ricordare che, ad esempio, i fedeli di religione islamica o ebraica sono tenuti ad osservare, rispettivamente, i precetti della cucina *halal* e *kosher*, che – oltre a vietare il consumo di carne di maiale e di altri cibi – prevedono procedure specifiche per la macellazione rituale degli animali e comportano controlli rigorosi sui processi di lavorazione degli alimenti e sugli ingredienti utilizzati. E che la questione alimentare non sia una questione limitata ad una minoranza esigua della popolazione detenuta emerge dai dati statistici, secondo cui la religione musulmana è la seconda religione professata dalle persone detenute dopo quella cattolica.

La modifica del 2018 tiene evidentemente conto delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo che in passato avevano ravvisato la violazione dell'art. 9 C.e.d.u. in casi in cui non era stata assicurata ad un detenuto di religione buddista la prescritta e richiesta alimentazione vegetariana¹⁵; del resto, anche la giurisprudenza

Santarcangelo di Romagna, 2013; N. Moustafa, *The Right to Free Exercise of Religion in Prisons: How Courts Should Determine Sincerity of Religious Belief Under RLUIPA*, in *Michigan Journal of Race and Law*, 20, 2014, p. 213 ss.; M.R. Piccinni, *La tutela della libertà religiosa nel sistema carcerario italiano alla prova del multiculturalismo*, in AA.Vv. *La libertà religiosa nel sistema carcerario italiano e le problematiche legate al multiculturalismo*, in *Polish Yearbook of Human Rights and Humanitarian Law*, Warsaw, 3, 2012; L. Scopel, *Le prescrizioni alimentari di carattere religioso*, Edizioni Università di Trieste 2016; C. Ventrella, *Il rispetto delle regole del cibo in una società multiculturale*, in *Euro-Balkan Law and Economic Review*, 1, 2020, p. 38 ss.

¹³ Cfr. R. Polidoro, G. Terranova, R. Vigna, *Il decreto legislativo 2 ottobre 2018, n. 123 di modifica dell'ordinamento penitenziario in tema di assistenza sanitaria, di procedimenti e vita detentiva*, in R. Polidoro (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario. Lavoro-Minorenni-Assistenza sanitaria e vita penitenziaria. I Decreti legislativi 2 ottobre 2018, numeri 121, 123, 124*, Pacini, Pisa 2019, p. 125. Al 31 gennaio 2022, i detenuti e gli internati stranieri risultano essere 17.103 (fonte: Ministero della giustizia, ww.giustizia.it).

¹⁴ Così S. Marietti, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, in P. Gonnella (a cura di), *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, cit., p. 26, la quale sottolinea che la riforma non ha, infatti, toccato l'art. 26 ord. pen., che prevede che «I detenuti e gli internati hanno libertà di professare la propria fede religiosa, di istruirsi in essa e di praticarne il culto» (comma 1), ma assicura negli istituti solo «la celebrazione dei riti di culto cattolico» (comma 2) e l'assegnazione di «almeno un cappellano» a ciascun istituto (comma 3), mentre gli appartenenti a religioni diverse dalla cattolica, «su loro richiesta», hanno diritto di ricevere «l'assistenza dei ministri del proprio culto e di celebrarne i riti» (comma 4).

¹⁵ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 7 dicembre 2010, *Jacobski c. Polonia*, nella quale la Corte ha affermato che il rispetto della dieta vegetariana – che era stata ripetutamente richiesta dal detenuto – può essere considerato diretta espressione delle convinzioni religiose, ribadendo che l'accoglimento delle richieste del detenuto non avrebbe comportato spese ulteriori per l'istituto detentivo. Corte eur. dir. uomo, 17 dicembre 2013, *Vartic. c. Romania*, richiamando il precedente, ha considerato una limitazione della libertà religiosa il non consentire a qualcuno di sostenersi con cibo congeniale alle prescrizioni alimentari del proprio credo anche nelle situazioni in cui di fatto si è obbligati a nutrirsi di ciò che viene

interna aveva configurato un obbligo in tal senso in capo all'amministrazione penitenziaria nel caso di opzioni alimentari collegate a motivi religiosi¹⁶.

Va, però, segnalato che, nella versione introdotta dal d.lgs. n. 123/2018, la previsione contiene la clausola esonerativa «ove possibile», che non compariva nei precedenti schemi di decreto legislativo A.G. n. 501 e A.G. n. 17 e nel progetto elaborato dalla «Commissione Giostra»¹⁷: la disposizione non introduce, dunque, un vero e proprio «diritto soggettivo» a ricevere un trattamento conforme alle proprie convinzioni religiose, essendo tale facoltà assicurata nei limiti delle concrete possibilità dell'istituto¹⁸, come del resto già previsto, sia pure a livello di normazione secondaria, dal citato art. 11, comma 4, reg. pen., che prescrive di tenere conto, per la formazione delle tabelle vittuarie, delle regole dietetiche legate alle prescrizioni religiose delle fedi di appartenenza con l'identica clausola esonerativa («in quanto possibile»)¹⁹.

In senso fortemente critico si è al riguardo osservato che, se «fino ad oggi nella prassi penitenziaria era tendenzialmente garantita un'alimentazione rispettosa delle credenze religiose, l'attuale tentativo di portare la garanzia a norma, mitigato dalla clausola di salvaguardia «ove possibile» che mal si addice al riconoscimento di un diritto», «rischia di far compiere addirittura passi indietro alle pratiche consolidate»²⁰, risultando la previsione «più arretrata rispetto alla quotidianità di molti istituti» penitenziari²¹.

La riforma dell'art. 9 ord. pen., insomma, nella formulazione finale non sembra aver tenuto nella debita considerazione la modifica intervenuta nelle Regole penitenziarie europee (peraltro non vincolanti): queste ultime, nel testo aggiornato nel 1987 con la Raccomandazione R (87) 3, utilizzavano la formula «nella misura del possibile», simile a quella poi impiegata nel regolamento penitenziario del 2000, mentre nella versione modificata nel 2006 con la Raccomandazione R (2006) 2 si legge

messo a disposizione da altri, come accade nelle strutture detentive e, in tal senso, gli Stati sono tenuti a offrire delle possibili soluzioni per conformarsi alle esigenze manifestate dai richiedenti.

In precedenza, già Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 27 giugno 2000, *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia* aveva affermato il principio che l'inosservanza di precetti alimentari dettati da una religione o da un sistema filosofico costituisce una «pratica» tutelata dall'art. 9.1 C.e.d.u. (secondo cui ogni persona ha diritto alla libertà di pensiero, di coscienza e di religione).

¹⁶ V. Cass., Sez. I, 25 settembre 2013, n. 41474, Romano, in *Dir. pen. cont. (web)*, 16 gennaio 2014, con nota di A. Gasparre, *L'alimentazione vegetariana del detenuto (in regime di 41 bis): diritto o aspettativa di mero fatto?*

¹⁷ «Evidente la “marcia indietro” rispetto alle bozze Giostra e Orlando, ove il diritto era garantito “senza se e senza ma”, oltre ad una cura delle diverse “abitudini e culture alimentari”»: così F. Fiorentin, C. Fiorio, *La riforma dell'ordinamento penitenziario*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano 2019, p. 141.

¹⁸ In questi termini F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. n. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 66, per il quale la norma viene comunque a incidere sul principio di laicità dello Stato, «introducendo una non secondaria distinzione tra i detenuti in un ambito tra i più rilevanti della vita quotidiana».

¹⁹ Pone in evidenza la duplicazione normativa G. Tabasco, *La riforma penitenziaria tra delega e decreti attuativi*, cit., p. 92.

²⁰ S. Marietti, *Il trattamento e la vita interna alle carceri*, cit., p. 26 s.

²¹ C. Renoldi, *sub art. 9 ord. pen.*, in F. Della Casa, G. Giostra, *Ordinamento penitenziario commentato*, 6ª ed., cit., p. 114.

che le persone detenute «devono beneficiare di un regime alimentare che tenga conto del loro sesso, della loro età, del loro stato di salute, *della loro religione*, della loro cultura e della natura del loro lavoro»²².

Merita di essere ricordato che nella «versione originaria» dell'ultima riforma penitenziaria – ovvero nello schema di decreto legislativo approvato dal Governo Gentiloni (A.G. n. 501), e prima ancora nel progetto elaborato dalla «Commissione Giostra» – si prevedeva, inoltre, di tenere conto, ove possibile, anche delle «diverse culture ed abitudini alimentari»: il riferimento a tali parametri dell'alimentazione, scomparso nella versione definitiva, avrebbe consentito di garantire le opzioni alimentari non solo quando legate a motivi religiosi, bensì anche laddove riconducibili a personali convinzioni filosofiche o di coscienza (si pensi ai vegetariani o ai vegani).

3. Alcuni autori hanno rimarcato che la nuova previsione normativa sarebbe stata introdotta non tanto in un'ottica di riconoscimento di diritti alla libertà religiosa, ma in un'ottica soprattutto di prevenzione dei fenomeni di radicalizzazione religiosa di matrice islamica dei soggetti a rischio²³, il cui pericolo è particolarmente avvertito, tanto da aver indotto il Dipartimento dell'Amministrazione Penitenziaria ad emanare un'apposita circolare per il monitoraggio e la prevenzione del fenomeno della radicalizzazione violenta e del proselitismo di matrice religiosa²⁴.

Se questa era davvero l'intenzione del legislatore, la nuova disposizione – secondo parte della dottrina – rischia tuttavia di ottenere, paradossalmente, effetti esattamente contrari a quelli perseguiti, poiché «l'ostentazione della propria “differenza” anche sotto il profilo alimentare costituisce un elemento di forza della propaganda di radicalizzazione nelle carceri, che fonda la propria capacità di convincimento proprio sulla affermata “diversità” e “superiorità” degli adepti rispetto alla società occidentale e ai suoi valori»²⁵.

²² La Raccomandazione R (2006) 2 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sulle Regole penitenziarie europee è stata adottata dal Consiglio dei Ministri l'11 gennaio 2006, in occasione della 952esima riunione dei Delegati dei Ministri.

Sottolinea la modifica E. Olivito, *La libertà religiosa*, in M. Ruotolo, S. Talini, *Dopo la riforma. I diritti dei detenuti nel sistema costituzionale*, nuova ed., vol. I, Editoriale Scientifica, Napoli 2019, p. 114 s.

In generale, sulle Regole penitenziarie europee, v. M. Tirelli, *La tutela della dignità del detenuto nelle Regole Penitenziarie europee*, in *Studi in onore di Mario Pisani*, vol. III, *Diritto dell'esecuzione penale. Diritto penale. Diritto, economia e società*, a cura di G. Bellantoni, D. Vigoni, La Tribuna, Piacenza 2010, p. 99 ss.

²³ Cfr. F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. n. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 66; F. Fiorentin, C. Fiorio, *Manuale di diritto penitenziario*, cit., p. 216.

²⁴ Circ. DAP del 7 dicembre 2016, n. 0404299. Sul fenomeno della radicalizzazione v., tra gli altri, F. Del Vecchio, *Il detenuto a rischio radicalizzazione e i rimedi della prevenzione terziaria: triage iniziale, scelta allocativa e ruolo degli operatori penitenziari*, in *Dir. pen. cont.*, 6, 2017, p. 193 ss.; D. Milani, M. Negri, *Tra libertà di religione e istanze di sicurezza: la prevenzione della radicalizzazione jihadista in fase di esecuzione della pena*, in *www.statoechiese.it*, 23, 2018, p. 1 ss.

²⁵ F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. n. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 67, per il quale la conferma di ciò starebbe nella stessa circolare sopra richiamata, laddove inserisce testualmente tra gli indicatori di radicalizzazione gli eventuali «atteggiamenti discriminatori nei confronti dei ristretti

La previsione in esame rischia, pertanto, di trasformarsi in un vero e proprio volano propagandistico per gli estremisti, per i quali «la possibilità di ricevere determinati cibi (eventualmente cotti o macellati secondo i dettami religiosi) costituirà un ulteriore elemento di distinzione e separazione dagli “infedeli”», con la conseguenza di offrire eventualmente «un pretesto per inscenare proteste e scioperi del vitto con l’obiettivo di innalzare la tensione ed aumentare i propri consensi», rendendo più difficile ogni tentativo di integrazione tra le diverse sensibilità religiose sul piano della reciproca tolleranza²⁶.

musulmani che non si dedicano alla preghiera e/o non rispettano i precetti dell’islam (non assunzione di alcool, cibi vietati, etc.)».

²⁶ Così, ancora, F. Fiorentin, *La riforma penitenziaria (dd.lgs. n. 121, 123, 124/2018)*, cit., p. 67.

Di diverso avviso è F. De Simone, *Gli esiti della controriforma penitenziaria*, cit., p. 12 s., secondo la quale la soluzione adottata di prevedere la clausola esonerativa «ove possibile» sembra «aver rinunciato anche a un valido strumento di prevenzione dei fenomeni di radicalizzazione che pure sono presenti nelle carceri italiane».

Paula Uematsu Arruda

STRUCTURAL REFORM LITIGATION AT THE ECHR AND THE IACHR: FROM SELF-RESTRAINT TO ACTIVISM AND WHAT IS IN-BETWEEN*

ABSTRACT

Il contenzioso sulle riforme strutturali non è un fenomeno esclusivo dei tribunali nazionali. Questo articolo cerca di dimostrare come funziona il contenzioso strutturale nella procedura pilota della CEDU e nelle decisioni sulle misure provvisorie della IACHR sulla violazione dei diritti umani dei detenuti. Ritengo che tra i due poli tradizionalmente utilizzati come parametri per identificare il tipo di controllo giurisdizionale – quello dell’attivismo e quello dell’autocontrollo – ci siano altri tipi di classificazioni. La revisione “manageriale” IACRH e la revisione “sperimentalista” della CEDU analizzate in questo articolo sono esempi che si trovano tra i poli tradizionali.

Structural reform litigation is not an exclusive phenomenon of national Courts. This article seeks to demonstrate how structural litigation works in ECHR pilot procedure and IACHR provisional measures decisions on the violation of the inmates’ human rights. I argue that between the two poles traditionally used as parameters to identify the kind of judicial review - the activism and self-restraint pole - there are other types of classifications. IACRH managerial review and ECHR experimentalist review analyzed in this article are examples of reviews that lies in-between the traditional poles.

PAROLE CHIAVE

Corte Europea dei Diritti Umani – Corte Interamericana dei Diritti Umani – Contenzioso sulle riforme strutturali

European Court of Human Rights – Inter-American Court of Human Rights – Structural reform litigation

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The emergence of structural reform litigation and judicial activism. – 3. From self-restraint to activism: types of judicial review. – 4. Structural reform litigation at the IACHR and ECHR case law. – 5. Application of the pilot judgment procedure in the *Torreggiani and Others. v. Italy* case. – 6. The provisional measures adopted by the IACHR. – 7. What is in-between the self-restraint and the activism models of judicial review. – 8. Conclusions.

1. Structural reform litigation involves the judiciary as a central agent in the evaluation of the effectiveness of public policies. In some cases, the judicial power

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

modifies the execution of public policies and supervises their application in order to adjust government action to the realization of human rights.

I argue that structural reform litigation is not an exclusive phenomenon of national Courts. Both, Inter-American Court of Human Rights (IACHR) and European Court of Human Rights (ECHR) have developed different procedural forms to deal with structural reform litigation.

I suggest that Courts, when deciding a structural case, can adopt measures that goes through two judicial review poles: from self-restraint to activism. The polarization reflects the tension between democracy and judicial power. In-between these two poles there are other types of judicial review – deferential, conversational, experimentalist, managerial and peremptory as presented by Young¹.

I intend to investigate to what extent the ECHR, in applying the pilot-procedure in *Torreggiani* case and the IACHR through the provisional measures adopted in *Curado Complex* case, empirically express the adoption of those stances. The research findings demonstrate that the first is closer to experimentalist review and the second to managerial review.

The article has five sections. The first introduces the emergence of some key concepts such as structural reform litigation, judicial activism, and judicial self-restraint. The second introduces the discussion about the legitimacy and the capacity of the Courts and presents the typology of judicial review. The third section brings the pilot-judgment procedure delivered by the ECHR in *Torreggiani* case. In the fourth section the IACHR approach about the provisional measures of the Penitentiary *Complex of Curado* case. In the fifth and final section the different types of review adopted by the Courts.

2. Structural reform litigation (structural injunction)² emerged in the United States, from judicial activism which marked the performance of the American Judiciary between 1950 and 1970. The US Supreme Court leading case is *Brown v. Board of Education of Topeka*³ in which the Court held that was unconstitutional admit students to US public schools based on a system of racial segregation. By determining the acceptance of the enrollment of black students in a public school, in which only white students were accepted, the Supreme Court began a broad process of changes in the public education system, giving rise to what was called structural reform. According to Fiss⁴ over time structural reforms were broadened to include the police, prisons,

¹ K.G. Young, *A Typology of Economic and Social Rights. Adjudication: Exploring the Catalytic Function*, in *International Journal of Constitutional Law*, 3, 2010, pp. 387-388.

² According to Fiss a structural injunction seeks to “effectuate the reform of a social institution”. O.M. Fiss, *The Civil Rights Injunction*, Indiana University Press, Bloomington 1978, p. 9.

³ United States Supreme Court. *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483, May 17, 1954.

⁴ O.M. Fiss, *Two models of adjudication*, in R.A. Goldwin, W.A. Schambra (eds.), *How Does the Constitution Secure Rights?*, American Enterprise Institute for Public Policy Research, Washington and London 1985, p. 761.

asylums, institutions for the mentally disabled, public housing aid authorities, and social welfare agencies. In other words, the model of the decision rendered in the case *Brown v. Board of Education of Topeka* expanded and was adopted in other cases, by the United States Judiciary, through its decisions, began to impose broad structural reforms in certain bureaucratic institutions.

Another leading structural case is *Holt v. Sarver*⁵, through which the entire prison system of the state of Arkansas, in the United States, was judicially challenged, in demands aimed at the complete reform of the penitentiary system and which served as the basis for other similar demands, launched later, in 1993, against forty other US states.

In the 1980s and 1990s, structural reform litigation spread beyond USA to Colombia, Costa Rica, India, South Africa, Brazil, Argentina, and other countries.

According to Abram Chayes, the structural litigation main features are:⁶ a) the petition to the Court is of such a nature that, even if formally filed as an individual claim, it has implications beyond the individual litigant, that is, the complaint is usually about the malfunction or complete omission of a public policy, b) the relief, according to the author is «forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees», c) differently from what happens with the just satisfaction model, in which a case ends with the final judgment, «in structural reform cases, the judgment only signals the end of the adjudication phase and the beginning of the monitoring phase: the Court becomes involved in the long-term supervision, guidance, and assessment of the implementation of the order [...] not only does the judiciary order the implementation of a particular policy, it also becomes involved in its execution».⁷

Structural reform litigation has a multiplicity of interests involved because the problems are also multiple, reaching many people that sometimes cannot be measured. The diversity of interests involved tends to expand the possibilities of solution.

The Court decisions tend to be complex, since it escapes from the classic model of monetary reparation, those decisions proposes that the States change the functioning or implementation of a rule or public policy in order to comply with a right provided for in the Convention. That is, the decision aims to overcome a situation of omission of one or more state agents.

Decisions with a polycentric effect are those that can affect an unknown but potentially vast number of stakeholders with multiple social, economic, complex, and unpredictable repercussions. Thus, what is at stake are not mere individual issues, but

⁵ U.S. District Court for the Eastern District of Arkansas, June 20, 1969, case *Holt v. Sarver*, 300 F. Supp. 825 (E.D. Ark. 1969).

⁶ A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, 7, 1976, pp. 1281-1316.

⁷ A. Hunneus, *Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts*, in *Yale Journal of International Law*, 1, 2015, p. 14.

the realization of rights that affect a vast part of the community. Some authors criticize the participation of judges in polycentric decisions, claiming that the judiciary could not and should not participate in highly complex demands whose repercussion goes beyond the parties and the facts in dispute⁸.

Authors such as Landau⁹ and Garavito¹⁰ suggest that collective disputes or those that have polycentric effects should be judged through structuring decisions (structural injunctions). They recognize that the judiciary could influence the adoption of public policies to guarantee the fulfillment of fundamental rights.

Decisions in which litigation transcends individual and private interest reaching a collective dimension are considered structuring, whose objective is to promote the restructuring of a certain social organization or public policy (structural reform) so that these policies are elaborated in a way that their implementation can be carried out in accordance with fundamental rights. These disputes are complex, as multiple social interests collide, requiring a change in judicial action based on a responsive, repressive model, which takes place a posteriori, after the facts have already occurred, to a resolving and participatory model, which can precede harmful facts and result in the joint construction of adequate legal solutions, involving dialogue between the judiciary and state bureaucracy through the dissemination of human and fundamental rights values in the functioning of institutions and public bodies¹¹.

Structural decisions would also collaborate to broaden the debate about the quality of democracy. One of the characteristics that provide a quality gain to democracies is deliberation and public debate. This type of decision would contribute to broadening the discussions on fundamental and human rights.

Acting as mediators and promoters of structural reform, judicial bodies would play a role in strengthening democracy. Democracy is not just about the majority rule. Democracy includes a dimension of citizenship that encompasses respect for and promotion of fundamental and human rights.

Two Models of International Rights Adjudication

	Declaratory	Structural
Scope of Claim	Facts and parties before Court	Structural situation
Aim of Remedy	Restitutio ad integrum	Reform of structural dysfunction

⁸ L. Fuller, *The Forms and Limits of Adjudication*, in *Harvard Law Review*, 2, 1979, pp. 353-409.

⁹ D. Landau, *The Reality of Social Rights Enforcement*, in *Harvard International Law Journal*, 1, 2012, pp. 190-247.

¹⁰ C.R. Garavito, *Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Rights*, in *Latin America. Texas Law Review*, 7, 2011, pp. 1670-1698.

¹¹ O.M. Fiss, *The forms of justice*, in *Harvard Law Review*, 1, 1979, pp. 1-58.

Method of Enforcement	Political supervision	Judicial supervision
-----------------------	-----------------------	----------------------

Source: A. Huneeus¹²

Judicial activism also date back to North American case law. Its first phase was conservative like in the *Dred Scott v. Sanford* (1857) and the *Lochner* era (1905-1937) when the US Supreme Court contributed to strike down social and labor laws in general. This situation changed in the 50's with the coming of Warren era (1953-1969) and the first years of the Burger era (till 1973). This period produced a series of progressive case law like *Brown v. Board of Education* (1954), *Miranda v. Arizona* (1966), *Richardson v. Frontiero* (1973), *Griswold v. Connecticut* (1965) and *Roe v. Wade* (1973).

The idea of judicial activism is associated with a broader and more intense participation of the Judiciary in the realization of the human and fundamental rights with a stronger interference in the space of action of the elected powers of the states, through the imposition of conduct or abstentions to the public state power, notably in terms of public policies. According to Simon and Sabel public law litigation is a «core instances of destabilization rights» – rights to disentrench an institution that has «systematically failed to meet its obligations and remained immune to traditional forces of political correction».¹³

3. The opposite of activism is judicial self-restraint. Self-restraint Courts are usually that ones in which the judges defer the power to the elected branches supported by the formalism or legalism doctrine, they assume that judges apply the law, they don't make it, in doing so, they are reluctant to declare executive or legislative action unconstitutional¹⁴. On the other side, an activist Court reflects the extent to which the judiciary overturns the product of democratically elected bodies by assuming that Court's decision can and should go beyond the applicable law.

Supporters of democratic theory argue about the lack of democratic legitimacy of the Judiciary, whose members are not elected by popular vote, to actively act in the design and implementation of public policies. It would be undemocratic for non-elected judges to intervene in exclusively political issues, such as in the choices of other powers in the elaboration, execution, and allocation of public policy resources. For them, the judiciary clearly should not assume a political role¹⁵. Critics of the judges' active

¹²A. Hunneus, *Reforming*, cit., p. 15.

¹³ C.F. Sabel, W.H. Simon, *Destabilization Rights: How Public Law Litigation Succeeds*, in *Harvard Law Review*, 1, 2004, p. 1.

¹⁴ R.A. Posner, *The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint*, in *California Law Review*, 3, 2012, p. 519.

¹⁵ E. Palmer, *Judicial Review, Socio-Economic Rights, and the Human Rights ACT (Human Rights Law in Perspective)*, Irish Academic Press, Ireland, 2009, p. 14 and C.R. Sustein, *Response: From Theory to Practice Order of the Coif Lecture: Response*, in *Arizona State Law Journal*, 2, 1997, p. 329.

participation in political issues consider this action a sign of abandoning the field of laws when entering the field of politics in which negotiations and bargains prevail¹⁶

According to Waldron,¹⁷ one of the greatest exponents of democratic theory, justiciability means giving judges the power to decide definitively, that is, to have the last word on a given matter without this decision being reversed by acts of other powers. For the followers of this theory, giving judges the power to decide on certain issues would entail a profound disrespect for democratic and representative values. The exercise of judicial review always means an affront to the will of the majority, represented by the Parliament. Promoting judicial self-restraint, judges should deny the justiciability of political issues¹⁸.

It is also questioned the lack of capacity of the Courts that would not be prepared to carry out detailed designs and planning of public policies. Judges would not have sufficient technical knowledge and information to plan public policy actions, however, they would be able to identify the absence of a public policy or the presence of a governmental violation or omission.

Another issue related to the legitimacy and capacity of the judiciary is the discussion on the allocation of resources, since the judicialization of a positive obligation would also lead to a decision on the allocation of state resources destined to its fulfillment. According to some scholars, whenever a decision involves public spending, it should be taken by the political power, which is competent, according to the principle of separation of powers, to decide on budgetary issues. If the judiciary assumed this role, it would be invading the sphere of competence of another power¹⁹. Therefore, the judiciary would not be the most adequate to discuss and decide issues of public policies that can prioritize objectives, distribute resources, and balance divergent interests.²⁰

For another group of scholars represented by Ely²¹ democracy, conceived as majority rule, sometimes excludes the minority from the political process. The judiciary would play a fundamental role in correcting this inequality, acting as an institution that strengthens the democratic process, revealing a counter-majoritarian role of the judiciary in preserving the rights of minorities, promoting an institutional channel for claims of these groups that usually are excluded from the political

¹⁶ K. Roach, *The Challenges of Crafting Remedies for Violations of Socio-Economic Rights*, in M. Langford (ed.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge 2009, pp. 46-58.

¹⁷ J. Waldron, *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford 1999.

¹⁸ J.J.G. Canothilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, III ed., Almedina, Coimbra 2000, p. 1224.

¹⁹ Y. Shany, *Stuck in a Moment in Time: The International Justiciability of Economic, Social and Cultural Rights*, in D. Barak-Erez, M.A. Gross (eds.), *Exploring Social Rights – between theory and practice*, Hart Publishing, Oxford 2007, p. 78.

²⁰ A. Chayes, *The Role*, cit., p. 1283.

²¹ J.H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Harvard University Press, Cambridge 1980, p. 103.

process.²² The Courts would therefore play a non-competitive role, but a strengthening of democracy, allowing some minority voices to be incorporated in the elaboration of public policies.²³

The discussion about the capacity and legitimacy of the Courts to decide on an issue related to positive rights is at the heart of the classification adopted by Tushnet between strong and weak judicial review. According to the author, the Courts adopt a weak model of judicialization when they act with deference to the other powers, that is, they leave the last word to the democratically elected powers even when what is at stake is a matter of fundamental and human rights interpretation. Courts would prefer to adopt a weak model because it entails a low cost of legitimacy and capacity. On the other hand, a strong model is adopted when the Courts detail what the administration must do, identifying goals, establishing specific deadlines for their fulfillment.²⁴

Courts, when deciding a structural case, can adopt measures that are between two poles of judicial review – from self-restraint to activism – which reflects the tension between democracy and fundamental rights adjudication. In-between these two poles there are other kinds of judicial review. In this sense, the typology elaborated by Katharine G. Young²⁵ of judicial review is very useful for comparative studies. The author presents a typology of review with five stances: a) Deferential review – Courts give credence to the legal and epistemic authority of the elected branches, b) Conversational review – promotes dialogue between the actors responsible for implementing public policies, c) Experimentalist review – transform the judicial process into a ‘locus of deliberation’ promoting the dialogue between the political powers and the population affected by the state inertia. The Court will be prepared to order remedies that may take on a limited structural form promoting a destabilization of public institutions,²⁶ d) Managerial review – «suggests a heightened review of government action and a structured and/or mandatory form of relief that requires continuing, ground-level, day-to-day control», e) Peremptory review – involves the rigorous scrutiny of government legislation or policy. Once an infringement is found, the remedy may be for the Court to overturn the legislation or policy.

This study adopts this typology to investigate to what extent the ECHR, applying the pilot-procedure in *Torreggiani* case and the IACHR through the provisional measures adopted in the *Curado Complex* case empirically express the adoption of those stances.

²²A.P. Grinover et al, *Avaliação da prestação jurisdicional coletiva e individual a partir da judicialização da saúde*, CEBEPEJ e Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo 2014, p. 16.

²³ M.M. Taylor, *O judiciário e as políticas públicas no Brasil*, in *Dados*, 2, 2007, pp. 229-257.

²⁴ M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton University Press, Princeton 2009, p. 248.

²⁵ K.G. Young, *A Typology*, cit., p. 2.

²⁶ A. Hunneus, *Reforming*, cit., p. 15.

4. IACHR and ECHR have developed different procedural forms to deal with structural reform litigation. In the following chapters, I analyze the methods used by the Courts through the observation of *Torreggiani* (ECHR) and *Complex of Curado* (IACHR) cases.

Structural reform litigation goes beyond the classic declaratory and individual litigation model, nominated by the Court as «just satisfaction»²⁷ which is predominant in the judgments of the ECHR. It consists in a party involved in an actual or possible legal matter ask to the Court to conclusively rule on and affirm the rights, duties, or obligations of one or more parties. If the ECHR finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols and if «the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party».²⁸ The purpose of the Court's award under Article 41 of the Convention in respect of damage is to compensate the applicant for the actual harmful consequences of a violation. «It may cover pecuniary damage; non-pecuniary damage; and costs and expenses»²⁹. Depending on the specific circumstances of the case, the Court may consider it appropriate to make an aggregate award for pecuniary and non-pecuniary damage. The Court concerns itself only with the individual victims by assuming monetary compensation. This means that the Court focuses on the application of a law to a particular case rather than reviewing its content.

The declaratory model of human rights litigation nonetheless was based on and shared many features of the traditional civil litigation model. According to Abram Chayes the main features of this litigation model are a) A bipolar process characterized by the existence of two poles, based on the idea that «the winner takes all», b) The litigation is retrospective. The controversy revolves around an identified series of past events, c) The law and the remedy are interdependent. The reaching of reparation follows, in some measure, the logically from the substantive violation, under the general theory that the plaintiff will obtain a compensation based on the damage caused by the wrongful actions of the defendant, granting the actor the money that he/she would have had if he/she had not incurred in such illicit, paying the value of the damage caused, d) The impact of the sentence is restricted to the parties. If the plaintiff wins, usually there will be the payment of a sum of money. Only occasionally, there will be the return of a thing or the performance of a certain act. If the defendant wins, the damage remains as they were before the lawsuit. In any case, the issuance of the sentence concludes the judicial activity, e) The process is initiated and controlled by

²⁷ The term includes equitable relief as well as monetary compensation.

²⁸ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome 1950.

²⁹ European Court of Human Rights. *Practice Directions. Just satisfaction claims. Rules of Court – 3* June 2022. https://www.echr.coe.int/documents/pd_satisfaction_claims_eng.pdf.

the parties. The judge is a neutral arbitrator of such interactions, which decides legal issues only if these are appropriately raised by one of the parties.³⁰

According to Landau³¹ individual actions are preferable by the Courts due to their low cost of capacity and legitimacy, compared to collective actions that have a high cost. Individual litigation prevents the Courts from having to deal with complex issues, such as those involving collective litigation.

With the close of the Cold War, European Court also came to feel the limits of the declaratory model. This situation was mainly due to the grew of the Council of Europe System in order to include the post-communist states. The Court's jurisdiction grows from twenty-three to over forty states in a few years. By the 2000s, the Court's docket was deluged with cases, threatening the Council of Europe System's viability. Many of the cases, moreover, were repetitive or clone cases.

This situation clearly pointed to the crisis of the declaratory model since, on the one hand, states complied with the monetary relief demanded in the operative section of the judgment, but on the other hand, they failed to fix the underlying state law or practice that gave rise to the violation in the first place. This situation contributed to the emergence of numerous repetitive cases since the states did not seek to solve their structural problems.

In 2004, the Court adopted the pilot-judgment procedure to address structural «dysfunction affecting the protection of the Convention right in question in the national legal order»³². This procedure «intended to help the national authorities to eliminate the systemic or structural problem highlighted by the Court as giving rise to repetitive cases»³³, which derive from the same structural problem in one of the Contracting Parties and force the Court to repeatedly apply its case law to an overwhelming number of almost identical situations.³⁴

The European Court of Human rights adopt the following steps: a) chooses one model case, b) freeze similar cases, c) issues complex remedial orders demanding that the state restructure the institutions creating the repeat cases, d) takes on a greater role monitoring compliance.

How does the supervision process work?³⁵

³⁰ A. Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, in *Harvard Law Review*, 7, 1976, pp. 1281-1316.

³¹ D. Landau, *The Reality*, cit., pp. 190-247.

³² European Court of Human Rights, June 19, 2006, App. No. 35014/97, *Hutten-Czapska v. Poland*.

³³ European Court of Human Rights. *The Pilot-Judgment Procedure.2009*. https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf.

³⁴ Council of Europe, *Recommendation Rec (2004)6* of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies, 12 May 2004, 114th Session, Appendix.

³⁵ Council of Europe. *Department for the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*. <https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>.

<p>- The measures to be taken are, in principle, identified by the state concerned, under supervision of the Committee of Ministers³⁶. The Court can assist the execution process, in particular through the pilot-judgment procedure.</p>
<p>- Once judgments and decisions become final, states indicate to the Committee of Ministers as soon as possible the measures planned and/ or taken in an «action plan». Once all the measures have been taken, an «action report» is submitted. During the supervision process, applicants, NGOs and National Institutions for the promotion and protection of Human Rights can submit communications, in writing.</p>
<p>- The supervision of the adoption and implementation of action plans has followed a new twin-track procedure since January 2011. Most cases follow the standard procedure. An enhanced procedure³⁷ is used for cases requiring urgent individual measures or revealing important structural problems (pilot-judgments) and for inter-state cases.</p>
<p>- Where necessary, the Committee of Ministers may assist execution in different ways, notably through recommendations set out in decisions and interim resolutions.</p>

Thus, it is the Committee of Ministers duty to enhanced supervision, that is, oversee the measures adopted by states and the fulfillment of their obligations.

However, in pilot procedure this is not an exclusively duty of the Committee. The Court can assist the execution process. Taking on a greater than usual role in supervision through the pilot procedure «the Court is charged with deciding when to open and when to close the pilot procedure, when repetitive cases should be stayed pending a state’s implementation to the orders issued by a pilot judgment»; and when, «in the event of the failure of the Contracting State concerned to comply with the operative provisions of a pilot judgment, the Court shall resume its examination of the applications which have been adjourned».³⁸

Source: Council of Europe <https://www.coe.int/en/web/execution/the-supervision-process>

According to Favuzza, the Committee may, anytime transfer the case from enhance to standard supervision when «the developments of the national execution process no longer justify an enhanced supervision».³⁹

5. *Torreggiani* case is important because it was selected by the ECHR in 2013, as a model case, from which other cases related to the prison system would be judged.

³⁶ The Committee of Ministers is the political body from the Council of Europe, composed of the Ministers for Foreign Affairs of the 46 member States of the Council of Europe.

³⁷ An enhanced procedure is used for cases requiring urgent individual measures or revealing important structural problems (in particular pilot-judgments) and for inter-state cases.

³⁸ A. Hunneus, *Reforming*, cit., p. 33.

³⁹ F. Favuzza, *Torreggiani and Prison Overcrowding in Italy*, in *Human Rights Law Review*, 1, 2017, p. 165.

Italy occupies the 37th position in the ranking of countries with the largest prison population⁴⁰. The situation of Italian prisons was considered as a structural problem by the Court who pointed out that «by the fact that several hundred appeals brought against Italy in order to raise a problem of compatibility with article 3 of the Convention of inadequate conditions of detention linked to overcrowding prison in various Italian prisons are currently pending before it. The number of this type of appeals is constantly increasing»⁴¹. The Court also highlighted that a systemic problem arising from a chronic malfunction of the Italian penitentiary system, which has affected many people and may still interest many others in the future⁴².

In 2013 the same situation complained of by the applicants of *Torreggiani* case concerns about 3.500 other applications which were pending before the Court showing that the prison overcrowding in Italy represented an endemic and structural problem that was incompatible with the European Convention on Human Rights.

The main issue in this case was whether the space allocated to each applicant in their cell was small enough to constitute inhuman and degrading treatment breaching the Convention⁴³. The prisoners were kept in overpopulated cells which had insufficient ventilation, lighting, and heating.

The Court established that Article 3:

Places a positive obligation on the authorities which consists in ensuring that every prisoner is detained in conditions compatible with respect for human dignity, that the modalities of execution of the measure do not subject the person concerned to a state of despair or a test of intensity that exceeds the inevitable level of suffering inherent in detention and which, taking into account the needs practices of imprisonment, the health and well-being of the detainee are adequately ensured⁴⁴ [...] when prison overcrowding reaches a certain level, the lack of space in a prison may be the element central to be taken into account in the conformity assessment of a given situation in Article 3. So, when it is due dealing with cases of severe overcrowding, the Court ruled that such element, alone, is enough to conclude for the violation of Article 3 of the Convention.⁴⁵

The Court concludes that:

«National authorities must immediately prepare a remedy or a combination of remedies that have «preventive and compensatory effects and, in fact, guarantee an effective remedy for violations of the Convention arising from overcrowding in Italian

⁴⁰ World Prison Brief. Highest to Lowest - Prison Population Total | World Prison Brief (prisonstudies.org).

⁴¹ European Court of Human Rights, January 8, 2013, Appl. 43517/09, 46882/09, 55400/09 *Torreggiani and Others v. Italy*, para. 89.

⁴² European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 88.

⁴³ The applicants alleged they were kept in cells with two other inmates, the cells being 9 sq. m in size, thus leaving each applicant with only 3 sq. m of personal space.

⁴⁴ European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 65.

⁴⁵ European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 67, and *Karalevičius v. Lithuania*, 2005.

prisons. These remedies must comply with the principles of the Convention, as mentioned in this judgment, and must be implemented within one year from the date on which this becomes a definitive».⁴⁶

The Court decision gave rise to a wide debate in Italy on the measures that the state should adopt to comply with the judgment of the European Court, among which non-custodial sentences, procedural reforms, derogation of presumptions of dangerousness, reform of the narcotic's law, house detention, probation, electronic control, anticipation of releases, etc.⁴⁷.

In this way, Italian authorities submitted its first Action Plan in November 2013. Basically, Italy has assumed a commitment to comply with «four lines of action».⁴⁸

1) Legislative actions – «reducing prison entry flows and enabling prisoners to progressively leave the prison system through the adoption of alternative measures accompanying their reintegration in the external community».⁴⁹

2) Managing and organization actions – implementing of an open prison regime for prisoners who are classified as requiring «medium or low security measures»⁵⁰.

3) Building actions – build new prisons and renovate the existing ones.

4) Adopt other domestic remedies – preventive remedies which «puts an end to the perpetuation of situations of violation found by the Court, and the compensative remedy for those who suffered a treatment in violation of their fundamental right».⁵¹

In April 2014 the representatives of the Italian Ministry of Justice provided information about the execution of the Plan to the Department of Execution of Judgments of the ECHR.⁵²

In June 2014 the Committee of Ministers realized a meeting in which decided to «welcomed the Italian authorities commitment to resolve the problem of prison

⁴⁶ European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 99.

⁴⁷ R. Del Coco, L. Marafioti, N. Pisani (a cura di), *Emergenza Carceri. Radici remote e recenti soluzioni normative*, Atti del Convegno Teramo, 6 marzo 2014, Torino 2014.

⁴⁸ F. Favuzza, *Torreggiani and Prison*, cit., pp. 160-162.

⁴⁹ The Italian state adopted the following legislations: Decreto-legge n. 78 del 1° luglio 2013, Disposizioni urgenti in materia di esecuzione della pena, in *G.U.* n. 153 del 2 luglio 2013, convertito con modificazioni dalla L. n. 94 del 9 agosto 2013, in *G.U.* n. 193 del 19 agosto 2013; Decreto-legge n. 146 del 23 dicembre 2013, Misure urgenti in tema di tutela dei diritti fondamentali dei detenuti e di riduzione controllata della popolazione carceraria, in *G.U.* Serie Generale, n. 300 del 23 dicembre 2013, coordinato con la Legge di conversione n. 10 del 21 febbraio 2014, in *G.U.* Serie Generale, n. 43 del 21 febbraio 2014.

⁵⁰ ITALY. Ministry of Justice. Progress of the Action Plan Submitted to the Department for the Execution of Judgments of the ECHR (Judgment *Torreggiani and others v/Italy* 43517/09). <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a8be1>.

⁵¹ Action Plan Presented by the Italian Government, November 27, 2013, http://www.ristretti.it/commenti/2014/gennaio/pdf5/commissione_palma.pdf.

⁵² ITALY. Ministry of Justice. Progress of the Action Plan Submitted to the Department for the Execution of Judgments of the ECHR (Judgment *Torreggiani and others v/Italy* 43517/09). <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016804a8be1>.

overcrowding in Italy and the significant results achieved in this area, through the various structural measures adopted in order to comply with the judgments in this group, including an important and continuing drop in the prison population, and an increase in living space to at least 3m² per detainee» and asked to the authorities to provide further information about the adopted domestic remedies in order to evaluate its implementation.⁵³

In September 2014 the Italian authorities presented an Updated Action Plan⁵⁴ informing that the state has adopted the Decree-Law 26 June 2014, n. 92 providing for two kinds of compensatory remedy available for those people who suffered a detention non-compliant with Article 3 of the Convention: a) «those who are still detained may apply for a reduction of the residual period of detention to be served (one day of reduction every ten days of detention already served in conditions noncompliant with Article 3 of the Convention)», b) «those who have already served their entire sentence in prison, and those who have been detained on remand, may apply for a pecuniary compensation (8 EUR per diem, for each day of detention served in conditions non-compliant with Article 3 of the Convention)».

In December 2014 the Committee of Ministers realized a new meeting in which decided to «welcomed the steps taken by the authorities to rapidly put in place the remedies required, noted with interest the latest statistics provided by the authorities, which continue to show the positive trend previously observed» and invited the Italian authorities to «provide a consolidated action plan/report, and underlined that this consolidated document should include information on the functioning of the remedies in practice; statistics showing a consolidation of the positive trends achieved so far; along with information on all other measures aimed at improving conditions of detention».

The Committee also decided to transfer the cases to the standard procedure.

In January 2016 the Italian authorities again presented to the Committee further information on the functioning in practice of the preventive and compensatory remedies.⁵⁵ In March of the same year the Committee of Ministers decided to close the examination of the execution of the *Sulejmanovic* and *Torreggiani* judgments considering being «satisfied itself that all the measures required by Article 46, paragraph 1, had been adopted»,⁵⁶ basing its decision not only on the significant results

⁵³ Committee of Ministers, 1201st meeting, June 5, 2014, *Torreggiani* and *Sulejmanovic* case, <https://rm.coe.int/compilation-decisions-2014-2018-en-/168077bad6>.

⁵⁴ ITALY. Ministry of Justice, October 1, 2014, Updated Action Plan, <https://rm.coe.int/09000016804ae1a2>.

⁵⁵ Italy. Ministry of Justice, Communication from the authorities concerning the case of *Torreggiani and others* against Italy (Application No. 43517/09). https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ac90a.

⁵⁶ Committee of Ministers, *Resolution CM/ResDH (2016)28*. Execution of the judgments of the European Court of Human Rights. Two cases against Italy. 2016. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161696>.

achieved by Italy but also on the government's commitment to continue its efforts in order to find a lasting solution to overcrowding.

The case *Stella and others v. Italy*⁵⁷ from 2014, therefore, after the *Torreggiani* case, again brought to the Court a complaint about overcrowding in prisons in Italy.

The Court decided not to admit the case on the grounds that following the *Torreggiani* case. The Court also recognized that the Italian state:

Had enacted a number of legislative measures aimed at resolving the structural problem of overcrowding in prisons and, in parallel, had reformed the law to allow detained persons to complain to a judicial authority about the material conditions of detention and had also introduced a compensatory remedy providing for damages to be paid to persons who had been subjected to detention contrary to the Convention [...] the respondent State's domestic authorities had thus complied with the principles established in the Court's case-law in this area, and with the findings set out in the pilot judgment under Article 46 of the Convention [...] the applicants were required to use the new remedy introduced into Italian legislation, in order to obtain acknowledgment of the violation and, where appropriate, adequate compensation. With regard to those applicants who might still be detained in poor conditions, they were also to submit a complaint to the judge responsible for the execution of sentences, with a view to obtaining an immediate improvement of their living conditions in prison [...] as regards the applicants who could still be detained in poor conditions, the Court considers that they must also, in accordance with Article 35 § 1 of the Convention, refer the matter to the judge responsible for the execution of prison sentences.⁵⁸

Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in its inform named «Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples», points out that the measures adopted by Italian government⁵⁹ following *Torreggiani* case illustrates how the protection of human rights and fundamental freedoms has been strengthened at the domestic level thanks to the Convention and the Strasbourg Court's case law⁶⁰.

Italy has adopted a range of measures to remedy a structural and systemic problem relating to overcrowding in prisons in order to comply with the Court's pilot judgment *Torreggiani*. Legislative reforms were introduced to combat overcrowding, and a compensatory remedy providing for damage was established which the Strasbourg Court recognized as effective in two inadmissibility decisions issued on 16 September 2014, *Stella and Others v. Italy* and *Rexhepi and Others v. Italy*.

⁵⁷ European Court of Human Rights. *Stella and others v. Italy*, 2014. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146873>.

⁵⁸ European Court of Human Rights. *Stella and others*, cit., para. 67.

⁵⁹ Decrees Nos 146/2013 and 92/2014.

⁶⁰ Council of Europe Parliamentary Assembly, January 8, 2016, *Impact of the European Convention on Human Rights in States Parties: selected examples*, AS/Jur/Inf (2016)04, at 21.

Despite the ECHR decision and all the measures adopted by the Italian authorities, the Italian's prisons seem to still be overcrowded and problematic.

In the beginning of 2020, the Italian figure was in fact the second worst in the EU, with about 120 inmates for every 100 places available. A share negatively exceeded only by Cyprus (134.6 out of 100)⁶¹.

Given the incompatibility between a situation of overcrowding and the policies to contain the spread of the virus, this situation led many European countries to adopt a mix of measures like reduce the number of detainees among the less serious crimes, the suspension of interviews and external entry of people with whom the detainees carried out work, educational, training, and recreational activities.

As a result of those measures, the prison occupancy rate dropped rapidly, passing from 120 inmates for every 100 places detected in February 2020 to 114 in the following month, and then further falling below 110, reaching 106,9 in April 2020. In April 2022 the overcrowding rate was 107,7.⁶² Those measures unfortunately did not have a wide systemic scope but were limited to the pandemic situation.

According to Eurostat, the highest overcrowding rates in 2020 were observed in Greece (111.8), Romania (111.4), Belgium (111.0), Slovenia (109.2) and Italy (106.8) in 5th place⁶³.

The information published by World Prison Brief shows that Italy occupies the 36th place in the world ranking of prison population with 55 637 prisoners (2022).⁶⁴

6. Provisional measures are dictated by the Inter-American Court in cases of extreme gravity and urgency, and when it is necessary to avoid irreparable damage to persons. On many occasions these provisional measures can save the life of a person or a collective when there is a real threat to human rights.

Article 63.2 of the American Convention on Human Rights provides that the IACHR, «In cases of extreme gravity and urgency, and when necessary to avoid irreparable damage to persons, the Court shall adopt such provisional measures as it deems pertinent in matters it has under consideration. With respect to a case not yet submitted to the Court, it may act at the request of the Commission». The provisional measures are also ruled in the article 27 of the Rules of Procedure of the Inter-American Court of Human Rights⁶⁵.

⁶¹ Council of Europe Annual Penal Statistics, 1st January 2020. <https://wp.unil.ch/space/space-i/prison-stock-on-1-january/prison-stock-on-1st-january-2020>.

⁶² Dates from Openpolis. More information can be found at: <https://www.openpolis.it/la-condizione-nelle-carceri-dopo-lemergenza-covid>.

⁶³ Eurostat. Prison occupancy statistics. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Prison_occupancy_statistics#countries_experienced_overcrowded_cells_in_2020.

⁶⁴ World Prison Brief Italy | World Prison Brief (prisonstudies.org).

⁶⁵ See https://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_ing.pdf.

The Court, in the cases under its analysis, may act ex officio or at the instigation of the victims or representatives. The victim has a procedural right to apply directly to the Court for the appropriate provisional measures. In cases not yet submitted to its consideration, the Court can only act at the request of the Commission.

The State must comply with the provisional measures and periodically inform the Court. The IACHR will include in its annual report to the General Assembly a list of the provisional measures that it has ordered during the reporting period and, when such measures have not been properly implemented, it will make the recommendations it deems pertinent.

As main features of the provisional measures I can highlight that
<ul style="list-style-type: none"> • The judges have a directly involvement in the supervision process.
<ul style="list-style-type: none"> • The Court gives a special importance for the participation of the parties in the dialogue toward compliance.

According to the data published by World Prison Brief in 2021, Brazil has the third largest prison population in the world with 835 643 persons deprived of liberty. This situation allows for the perpetuation of a series of human rights violations of the persons deprived of their liberty, of the professionals who interact with them, as well as of family members and human rights defenders who claim for justice.

Precisely because of the complexity and fragmentation of action between the involved bodies (federal government, federal-states, and municipal actors), the possible institutional response demands the adoption of a public policy. The obligation to adopt a comprehensive public penitentiary policy stem from art. 1(1) of the American Convention on Human Rights.

Curado Penitentiary Complex, located in the federal state of Pernambuco, Brazil, consists of three prisons: Presídio ASP Marcelo Francisco de Araújo (PAMFA), Presídio Juiz Antônio Luiz Lins de Barros (PJALLB) e Presídio Frei Damião de Bozzano (PFDB).

The situation of serious risk inside the Curado Complex, was reported to IACHR at the request of the Inter-American Commission which pointed to the high rate of violent deaths, degrading treatment resulting from overcrowding and poor prison conditions, as well as of reports by prisoners of torture and sexual violence committed by prison staff.

The Court adopted six specific resolutions on provisional measures.⁶⁶ Below I highlight the main points of these resolutions.

May 2014 /October 2015 resolutions: In May 2014 and October 2015 resolutions the Court established that it was essential that the State adopt short-term measures to:

a) develop and implement an emergency plan regarding medical care in Curado Complex for inmates with contagious diseases, and to take measures to prevent the spread of diseases, b) prepare and implement an emergency plan to reduce the situation of overcrowding, c) eliminate the presence of weapons of any type within the Complex, d) ensure the conditions of security and respect for the life and personal integrity of all inmates, employees, and visitors of the Curado Complex, e) eliminate the practice of humiliating revisions that affect the intimidation and dignity of visitors, f) address the infrastructure and vulnerable groups. Similarly, the State was requested to provide information on the provisional measures adopted in compliance with the decision.

November 2015 resolution: In the resolution of November 2015, the Court addressed that Brazil should also adopt all possible measures to guarantee protection to the representative of the applicants, Ms. Wilma Melo.

November 2016 resolution: In the November 2016 resolution the Court remembered that their judges visited the Complex of Curado in June 2016. Noting that many efforts were carried out by the State as part of the implementation of measures and activities aimed at improving the situation of the beneficiaries of the provisional measures, particularly in relation to health care, the realization of preventive campaigns and educational institutions, the monitoring of sexual transmission diseases, and the effort to make medical controls and hospitalizations feasible, among others. The Court urges the State to continue with the development of these activities, although, highlighted many other measures that should also be adopted: a) within the non-extendable period of 90 days the state must present to the Court, a technical diagnosis to determine the causes of the situation of overpopulation and a contingency plan, with concrete measures, to resolve this situation and guarantee the rights to personal integrity and the life of the beneficiaries, b) in addition, as a matter of priority, the State must adopt all the necessary measures to prevent the situation of risk to the rights of life and the integrity of inmates that has persisted since the adoption of the last Court resolution. In particular, the state must: i. informs if the judges responsible for the execution of the sentence carry out periodic visits to the Curado Penitentiary Complex and what is the result of these visits, ii. adopt urgent and sustainable measures to prevent the presence of any type of weapon and prohibited substances and objects inside the Curado Penitentiary Complex in the possession of inmates, iii. initiate procedures for the hiring of public defenders and guards in a sufficient number to

⁶⁶ IACHR. Provisional Measures Regarding Brazil Matter of *Penitentiary Complex of Curado*. Resolutions: May of 2014, October 2015, November 2015, November 2016, November 2017, and November 2018.

comply with the proportion established in the national rules and guarantee security and order of this Penitentiary Complex through State officials, iv. adopt specific measures to protect the personal integrity and life of groups in situations of vulnerability, such as inmates with disability and the LGBT population, v. allows monitoring work by the representatives of the beneficiaries and their entry into the Curado Penitentiary Complex without undue or unjustified restrictions.

The Court also requests the implementation of a Technical Diagnosis and Contingency Plan and also, in a period of 90 days, the state should provide the number of prisoners housed in the Curado Penitentiary Complex, distinguishing which are prisoners with conviction by a firm sentence and who remain without a firm sentence, indicating in each case, the crimes for which they were convicted or were indicted and prosecuted, as well as the time that each one is deprived of freedom by condemning.

In March 2017, Brazil has presented to the Court the Technical Diagnosis and Contingency Plan. Thus, the Court highlighted the efforts carried out by the state, however noted that the situation of the beneficiaries remained very worrying and required the adoption of others urgent structural changes in the Curado Penitentiary Complex.

November 2017 resolution: In the resolution of November 2017, the IACHR added other measures to be taken:

a) adjusting the conditions of Curado Complex to the international and national norms for the protection of human rights applicable to the matter, b) develop the actions determined in the Contingency Plan to reduce the capacity and the overcrowd, c) investigation and dismantling of criminal structures that facilitate the presence of weapon, objects and prohibited substances in the possession of inmates, d) Complete the procedure for hiring personnel (including public defenders and security guards) and guarantee security and order.

November 2018 resolution: In August 2016 the Brazilian Supreme Court decided that the lack of adequate penal establishment does not authorize the maintenance of the convict in a more severe prison regime. In the resolution from November 2018 the IACHR established that: a) as from the notification of this resolution, no new prisoners should be admitted to the Curado Complex, b) within a period of six months from the present decision, each day of deprivation of liberty served in the Curado Complex shall be doubled for all for all prisoners who are not accused of crimes against life, physical integrity, or sexual crimes acts, c) the State must organize, within four months from the present decision, a criminological team of professionals, especially psychologists and social workers who, in opinions signed by at least three of them, evaluate the prognosis of conduct, based on indicators of aggressiveness of prisoners accused of crimes against life and physical integrity, or of sexual crimes. According to the result achieved in each case, the criminological team, or at least three of its professionals, depending on the prognosis of the conduct to which it has arrived, will advise the convenience or inconvenience of the calculation in double the time of deprivation of liberty or,

alternatively, its reduction, d) the state must provide the criminological team with the number of professionals and the necessary infrastructure so that the work can be carried out in up to 8 months, e) request the State to continue to inform the IACHR every three months from the date of notification of this resolution, on the implementation of the provisional measures adopted pursuant to this decision, and on their effects, f) continue evaluating, over the course of a year, the relevance of a delegation of the Inter-American Court carrying out a new investigation *in situ* at the Curado Penitentiary Complex and asking for the opinion of experts on the matter in order to verify the implementation of the provisional measures, after the consent of the Federative Republic of Brazil, g) order that the State immediately bring this resolution to the attention of the bodies responsible for monitoring the present provisional measures, as well as the Federal Supreme Court and the National Council of Justice.

From the resolutions adopted by the Court, I consider the option of the IACHR to conduct extremely detailed measures, guiding the steps to be followed by the State.

7. As I observed in the previous section, the IACHR issues more detailed remedial orders in the contrast to the ECHR orders that opened space for the adoption of measures chosen by the Italian authorities⁶⁷.

The IACHR undertakes supervision on its own. The judges meet with the parties and conduct personal visits to the prison. On the other side, the ECHR shares the supervision role with the Committee of Ministers.

In the IACHR the participation of the stakeholder is highly considered. By contrast, the ECHR pays little attention to the stakeholder. The proceeding is only between the state and the Court. The Committee of Ministers participate only in the supervision phase.

In *Torregiani* case decision, the Court did not specify in detail what measures should be taken by Italy, respecting the discretion (margin of appreciation) of the Italian state to adopt the measures it deems necessary to comply with the Convention.

The Committee of Ministers also did not interfere or suggest which measures the state should adopt. Italy is free to choose any measures it deemed necessary to solve the problem of overcrowding in prisons.

After Italy presented the adopted measures, the Committee of Ministers considered the case closed in 2016⁶⁸. All cases that were subsequently brought before the Court on overcrowding were considered inadmissible and closed by the Court.

In contrast, the Inter-American Court specified the measures to be adopted by Brazil. In addition, with each measure effectively adopted by the country, the Court evaluated their results, proposing improvements and advances. Therefore, the state and their prison situation are being constantly evaluated with no end prediction.

⁶⁷ A. Hunneus, *Reforming*, cit., p. 37.

⁶⁸ Committee of Ministers Resolution CM/ResDH (2016)28.

Unlike what happens in the ECHR the IACHR did not suspend similar cases and did not choose one case as representative of the others. All cases concerning prisons that are subject to provisional measures are analyzed separately by the Inter-American Court.

The table below contemplates the fundamental differences between the decisions of the Courts.

	IACHR	ECHR
Remedial orders	The Court issues very detailed remedial orders to the state.	The state has a limited/conditioned discretion to adopt the measures it deems necessary.
Supervision of the compliance with the adopted measures	The Court undertakes supervision of its own orders. The judges meet with the parties and conduct personal visits to the prison.	The Court shares the supervision role with the Committee of Ministers.
Stakeholders' participation	The participation of the stakeholder is highly considered.	The proceeding is only between the state, the Court, and the Committee of Ministers (supervision phase) ⁶⁹
Representative case	All cases are analyzed separately	The Court chooses a representative case that will be adopted as a model for the other cases (pilot-judgment procedure)

8. On the one hand, I conclude that ECHR *Torreggiani* case decision is close to a model of experimentalist review. Firstly, because the Court gives a strong interpretation to the article 3 (prohibition of torture) of the European Convention on Human Rights by establishing that it carries a positive dimension, recognizing that it «places a positive obligation on the authorities which consists in ensuring that every prisoner is detained in conditions compatible with respect for human dignity»⁷⁰.

Secondly, the ECHR gives to the Italian state a conditioned/limited discretion in choosing the measures to be adopted, also imposes a deadline (one year) for the state implement the remedies. The Court makes clear that Italian authorities must «immediately prepare a remedy or a combination of remedies that have preventive and compensatory effects and, in fact, guarantee an effective remedy for violations of the Convention arising from overcrowding in Italian prisons. These remedies must be implemented within one year from the date on which this becomes a definitive».⁷¹

⁶⁹ The member states not party to the case can participate emphasizing the interactions between the Court, the Committee of Ministers, and the state.

⁷⁰ European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 69.

⁷¹ European Court of Human Rights, *Torreggiani*, cit., para. 70.

In this sense, I can say that the discretion of the Italian state in choosing the measures to be adopted is, therefore, conditioned, limited since the Court: a) explicitly says what purpose and effects the measures chosen by the state should achieve, b) sets a deadline for the adoption of the measures. Therefore, the Italian authorities, «previously immune from political scrutiny are placed in a position of justifying their strategies and goals».⁷²

It is also important to remember that the Committee of Ministers plays a significant role in the Court experimentalist review, acting as a political actor who dialogues with the Court and state authorities. In this regard, the Committee also established recommendations inviting states to «encourage prosecutors and judges to make use of alternative measures to detention wherever possible, and to devise their penal policies with a view to reducing recourse to imprisonment, in order, among other objectives, to tackle the problem of the growth in the prison population».⁷³

On the other hand, in *Curado Complex* case, the IACHR issued very detailed remedies orders to Brazil. The Court judges take by its own the supervision of the measures adopted, making in loco visits to Curado Complex and conducting meetings with the parties. Therefore, I may say that the Court adopted a managerial review through an «structured and/or mandatory form of relief, which requires a continuing, ground-level, day-to-day control [...] detailed remedies are ordered and subject to ongoing supervision by the Court».⁷⁴

The same characteristics of managerial judicial review can find out at in *Petite v. Governor*, a U.S. case from 1972 also related to inmates' fundamental rights violation where the judge of the case engaged herself in a directly dialogue with the parties, calling them into her chambers and telling them to find a joint solution in a pre-set time. Unable to obtain an agreement and dissatisfied with continued unsafe and unsanitary conditions Judge Breaux dictated, in detail, the measures that should be adopted by the public power to solve the problems within the prison establishment. Resnik⁷⁵ recognized the great judicial discretion in the case where «judges become enmeshed in extended relations with institutions [...] they are at the center; they are personally involved in the implementation of their decrees», characteristics that the author classified as managerial judges.

The effectiveness of the pilot procedure and the provisional measures for the resolution of the several inmates' fundamental rights violation is not the object of the present work. However, I cannot avoid mentioning some achievements and unchanged situations.

⁷² Italy. Ministry of Justice, Communication from the authorities concerning the case of *Torreggiani and others* against Italy (Application No. 43517/09). https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ac90a.

⁷³ European Court of Human Rights, January 2013, Information Note on the Court's case-law No. 159.

⁷⁴ K.G. Young, *A Typology*, cit., pp. 23-24.

⁷⁵ J. Resnik, *Managerial Judges*, in *Harvard Law Review*, 1982, p. 387.

Italy	Brazil
<ul style="list-style-type: none"> • The Italian Ministry of Justice instituted three special Committees on penitentiary issues. • Legislative measures: Italy adopted Law Decree No. 146/2013 and Law Decree No. 92/2014. • After Torreggiani’s judgment, Italy provided for increased the use of alternative measures to detention by modifying the Criminal Code and the Code of Criminal Procedure. • Italy also introduced preventive and compensatory remedies for violations of prisoners’ human rights. • Regarding to the increased number of immigrants detained, Italy adopted some instruments allowing foreigners to serve sentence in their country of origin. • Despite the drop in the number of prisoners, Italy still occupies the 5th place in the European ranking of prison occupancy (prison occupancy rate 2019-2020).⁷⁶ • Reduce the length of time in criminal Court proceedings. • Measures taken to reduce the percentage of detainees in pre-trial detention. 	<ul style="list-style-type: none"> • Reform and build new detention facilities in the State of Pernambuco. • Cooperation agreements between the State and federal governments in order to improve the medical care in prisons, combat alleged acts of torture and mistreatment, improve the management of the prison system as a whole and the security conditions specifically within the Curado Complex. • Permanence of prison overcrowding in the Complex, with special emphasis on the excessive number of pre-trial detainees. • Permanence extreme insecurity of the Complex due to the total lack of control in the entry of weapons. • Despite the Inter-American Court’s decision to ban new admissions as a measure to control the prison population, the Complex continued to receive new prisoners. • A resolution⁷⁷ adopted by the Court in another case involving the situation of prisons in Brazil, determines that each day of imprisonment must count as two days. This determination is being partially fulfilled for some judges and tribunals.⁷⁸ • Local judges report that there was no compliance with the determination for counting twice the deadline for regime progression. • They emphasize that, at the time of the adoption of the provisional measures, there was a mobilization of the actors of the justice system, with a more intense monitoring of the situation. They report on the creation of a Monitoring Forum that involves multiple institutions and civil society, being coordinated by the Federal Public Ministry. • The National Council of Justice (CNJ) gave eight months for the Pernambuco Court of Justice (TJPE) to reduce the number of prisoners in the Curado Prison Complex by 70%. • Increased the use of alternative measures to detention. • Despite the creation of new vacancies for inmates in the state of Pernambuco the deficit of vacancies remains.

⁷⁶ EUROSTAT. https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Prison_occupancy_statistics

⁷⁷ IACRH. Resolution from 22. Nov.2018. https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_03_por.pdf

⁷⁸ Tribunal de Justiça do Distrito Federal. <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2022/abril/turma-nega-pedido-de-contagem-dobrada-da-pena-por-superlotacao>.

Despite criticisms about the lack of capacity and legitimacy of the Courts to decide on issues involving public policies or legislative changes I have found that just like in Constitutional Courts, International Human Rights Courts have developed forms of structural reform litigation. Both ECRH and IACHR issued structural remedies and supervised their implementation.

The complexity of the structural litigation (such as the large number of affected people and state institutions involved in the case), led the Courts to adopt a specific procedure to address this new challenge that the traditional model of judicial review (civil litigation) was unable to solve. The ECHR adopted the pilot-judgment procedure and IACHR through the provisional measures.

I also address the typology of judicial review presented by Young, applying this theoretical basis on the IACHR and ECHR decisions on the violation of the inmates' human rights in order to discover if the Court's decision are more closely to a self-restrain or activist model of judicial review.

I found out that, regarding the situation of the violation of the inmate's human rights ECHR choose to take it decision through the pilot-judgment procedure choosing *Torreggiani* as a representative case for the solution of other similar cases. The Court gave a strong interpretation of the article 3 of the European Convention on Human Rights (prohibition of torture) addressing a positive obligation of the state to ensure that all persons who are deprived of their liberty have their dignity respected.

The Court also imposed limitations on the Italian state's discretion to choose measures in order to solve the problem of overcrowding in prisons, established as well deadline for the adoption of the measures weakening the state margin of appreciation.

I consider, in particular, the role played by the Committee of Ministers in the supervision phase promoting dialogue between the Italians authorities, and the Court. I also highlight the fact that the Court shares with the Committee the supervision role.

Therefore, I have classified the *Torreggiani* case decision as being close to the model of experimentalist review.

On the other side, the remedies adopted by IACHR at *Complex of Curado* case are very detailed. The Court issued six resolutions evaluating the measures already taken by the state and adding new measures to be adopted. The remedies have a comprehensive approach: the health conditions of prisoners, the rights of vulnerable people, such as the LGBT+ population, the control of the entry of firearms, the safety of employees, and the problem of overcrowding.

The judges conduct personal visits to the Brazilian prison reporting their impressions about the physical conditions of the prison and the inmates.

Finally, I emphasize that all parties involved in the matter can be heard.

Thus, considering all these characteristics I have classified the provisional measures adopted by the IACRH in *Complex of Curado* case as a model of managerial review.

Therefore, between the two poles traditionally used as parameters to identify the type of judicial review there are other types of classifications. The decisions of International Human Rights Courts analyzed in this article lies in-between of these two poles.

Umberto Violante

NULLITA' PARZIALE E ANALISI ECONOMICA DEL DIRITTO: L'ESEMPIO
DELLE FIDEIUSSIONI OMNIBUS CONFORMI A SCHEMA ABI
ANTICONCORRENZIALE*

ABSTRACT

Il contributo analizza la spinosa questione della sorte dei contratti di fideiussione omnibus c.d. a valle di intese restrittive della concorrenza. Più specificamente l'A. rileva che la nullità parziale, affermata dalle Sezioni unite con la pronuncia n. 41994/2021, è rimedio preferibile alla nullità totale del contratto e riceve il beneplacito dell'EAL. L'aver individuato, tuttavia, il rimedio azionabile dal fideiussore sul piano della tutela reale (per salvare la validità del contratto per il resto) è soluzione che presta il fianco al rischio della nullità per irrealizzabilità della causa concreta.

This paper analyzes the issue of the validity of the bank guarantees omnibus, drawn up in accordance with the ABI model, held in breach of art. 2 l. 287/90 by antitrust enforcer. The A. observes the solution of the partial nullity, affirmed by the judgment no. 41994/2021 of the Italian Supreme Court, is better remedy than the voidance of the contract in its entirety and it earns the approval of the EAL (economic analysis of law). Anyway, the favour for the partial nullity of the anticompetitive provisions (for saving the validity of the remaining contract) could be determine the consequence of the absence of a validity requirement, the "*causa concreta*".

PAROLE CHIAVE

Contratti di fideiussione omnibus – intese anticoncorrenziali – nullità parziale

Bank guarantees omnibus – anticompetitive agreements – partial nullity

SOMMARIO: 1. Fideiussioni ABI e normativa antitrust. – 2. Nullità parziale e approvazione dell'EAL. – 3. Tutela reale e funzione economico individuale: l'insidia connessa alla irrealizzabilità della causa. – 4. L'art. 1419, c. 1°, c.c. come espediente per garantire attuazione al principio dell'ingiustificato arricchimento dei contraenti.

1. L'ormai annosa vicenda della sorte dei contratti di fideiussione *omnibus* c.d. a valle di intese restrittive della concorrenza sembra aver trovato definitiva soluzione a favore dell'impostazione secondo cui il contratto di fideiussione stipulato da un terzo con un'impresa bancaria, che abbia riprodotto al suo interno clausole ritenute

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

dall'autorità di vigilanza in violazione degli artt. 2, c. 2, lett. a) della l. n. 287/1990 e dell'art. 101 TFUE, dovrà ritenersi affetto da nullità parziale¹. E' noto infatti che nell'ultimo quadriennio si sono contesi il campo due contrapposti orientamenti di legittimità: quello della nullità totale sia dell'intesa anticoncorrenziale a monte che della successiva fideiussione a valle, inaugurato dalla pronuncia n. 29810 del 12 dicembre 2017² e l'altro che, facendo leva sul principio della conservazione del negozio nullo, ha mostrato preferenza per l'opzione della nullità parziale³. Con la conseguenza di considerare nulle le sole clausole frutto dell'intesa illecita, ogni volta che, secondo l'indirizzo interpretativo espresso in particolare dalla decisione n. 24044 del 26 settembre 2019, "l'assetto degli interessi in gioco non venga pregiudicato" dalla loro espunzione dal regolamento contrattuale.

Inevitabile l'incertezza che ne è scaturita in seno alle corti di merito, sollecitate dalle iniziative giudiziarie proposte da garanti, di norma animati dall'intento di vedere dichiarato nullo nella sua interezza il contratto di fideiussione *omnibus*, per poter conseguire la completa liberazione dal vincolo contrattuale (così da sottrarsi alla restituzione di quanto dovuto dal debitore principale resosi inadempiente), allorché l'istituto di credito gli avesse richiesto il pagamento.

Esse in assenza di un indirizzo univoco hanno elaborato soluzioni diverse. Da un canto, propense ad affermare la nullità totale del contratto di fideiussione concluso con il terzo (estraneo all'intesa)⁴ o ad ammettere la nullità delle sole clausole riproduttive dello schema negoziale ritenuto anticoncorrenziale⁵, in base all'applicazione congiunta

¹ Il riferimento è alla recente pronuncia di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in *Foro it.*, 2022, I, c. 514 con nota di R. Pardolesi, A. Palmieri, *Le sezioni unite e la sorte dei contratti attuativi di intesa restrittiva della concorrenza: schegge di diritto disorientato*. Essa si inserisce in un contenzioso originato dal provvedimento del 2 maggio 2005, n. 55, *Bollettino Agcm*, 17, 2005, con cui la Banca d'Italia che all'epoca rivestiva il ruolo di *antitrust enforcer*, aveva stabilito — anche a seguito di quanto evidenziato dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato nel parere reso il 20 aprile 2005, n. 14251, *ibid.*) — che alcune disposizioni presenti nello schema contrattuale predisposto nel 2002 dall'Abi per disciplinare la fideiussione *omnibus*, a garanzia delle operazioni bancarie, comportavano, nella misura in cui fossero applicate in modo uniforme, una violazione dell'art. 2 l. 287/90

² Può leggersi in *Foro it.*, 2018, I, c. 152; sostanzialmente nello stesso solco Cass., 10 marzo 2021, n. 6523, in *Guida al dir.*, 2021, p. 17.

³ Si vedano Cass., Sez. I, 26 settembre 2019, n. 24044 in *Nuova giur. civ.*, 2020, p. 237; conf. Cass., Sez. III, 19 febbraio 2020, n. 4175, *id.*, 2020, p. 765.

⁴ Per la tesi della nullità dell'intero contratto propendono tra le tante App. Bari, 12 novembre 2021, n. 1955; Trib. Benevento, 29 gennaio 2021, n. 144; Trib. Roma, sez. XVI, 26 luglio 2018; Trib. Matera, 6 luglio 2020, n. 329, tutte in banca dati *DeJure*; App. Roma, 24 maggio 2021, in <www.dirittodelrisparmio.it>; App. Bari, 19 maggio 2020, n. 730, in <www.fideiussioninulle.it>; Trib. Siena, 14 maggio 2019 e Trib. Lucca, 24 dicembre 2020, in <www.ilcaso.it>; Trib. Terni, 20 novembre 2020, in *Contratti*, 2021, p. 679, con nota di A. Pisapia, *La garanzia fideiussoria, l'illecito c.d. «antitrust» e la nullità del contratto*.

⁵ A favore della tesi della nullità parziale del contratto a valle si sono pronunciate App. Venezia, 13 aprile 2021, n. 1063; App. Torino 2 luglio 2021, n. 759; Trib. Vicenza, 12 ottobre 2021, n. 1884 Trib. Torino, 8 ottobre 2021, n. 4518; Trib. Pavia, 31 marzo 2021, n. 434 tutte in banca dati *De jure*; Trib.

della disciplina *antitrust* e delle regole di diritto comune, allorché la valutazione avesse assunto a presupposto la situazione di inscindibilità tra l'intesa a monte e il contratto a valle. Dall'altro, volte all'esclusione di ogni forma di tutela demolitoria del contratto in favore di rimedi di tipo esclusivamente risarcitorio, quando fosse apparso preferibile invece non valorizzare il collegamento tra l'intesa vietata e il contratto a valle⁶.

Altrettanto variegata si sono rivelate le tesi della dottrina, che ha mostrato preferenza per la tutela 'reale'. Quando si è considerato il contratto stipulato con il fideiussore come strumento di realizzazione dell'effetto anticoncorrenziale in precedenza programmato con l'accordo *antitrust*, ha prevalso l'opzione della nullità del contratto a valle, giustificata con la sua derivazione o dalla inevitabile propagazione della nullità speciale *antitrust* dell'intesa vietata a monte o dal fatto stesso della concreta attuazione della restrizione illecita. Restando controverso soltanto il profilo dell'estensione della nullità all'intero contratto⁷. Quando è stata, invece, valorizzata la completa autonomia del contratto a valle quanto a causa e ad oggetto è stato riconosciuto come appropriato il risarcimento del danno⁸. In considerazione della

Reggio Emilia, 3 novembre 2021, in <www.dirittodelrisparmio.it>; Trib. Milano, 22 ottobre 2021, *ibid.*; Trib. Napoli, 5 maggio 2021, *ibid.*

⁶ In questo filone si inseriscono Trib. Cuneo, 29 dicembre 2021, n. 1106; Trib. Roma, sez. XVII, 27 ottobre 2021, n. 16776 in banca dati *DeJure*; App. Napoli, 13 gennaio 2020 n. 98, in <expartecreditoris.it>; Trib. Busto Arsizio, 26 maggio 2020, n. 513 in <www.il caso.it>; Trib. Sondrio, 10 dicembre 2019, n. 498 in <www.iusletter.com>.

⁷ Propendono per la nullità totale tra gli altri F. De Nozza, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del "solo risarcimento" per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 40 ss., il quale osserva che «dal punto di vista della capacità dissuasiva, il riconoscimento alla vittima di intese e d abusi, di un diritto [...] allo scioglimento del contratto, si possa configurare come un naturale completamento del sistema che, senza sconfinare in una misura di natura punitiva, è in grado di contribuire ad annullare i possibili guadagni dell'autore dell'illecito e di realizzare una deterrenza e proporzionalità migliore di quella che il "solo risarcimento" è in grado di assicurare»; G. Mora, *La fideiussione in violazione della disciplina antitrust*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2021, p. 838; G. Calabrese, *Fideiussione omnibus "a valle" illecito antitrust e nullità parziale?*, in *Id.*, 2019, p. 517 ss.

A favore della nullità parziale in particolare cfr. R. Federico, *Operazione economica e nullità dei contratti derivati da intesa anticoncorrenziale*, in *Il Corriere giur.*, 2018, p. 1066 ss.; F. Greco-A. Zurlo *Analisi della garanzia fideiussoria tra validità anticoncorrenziale e revisionismo consumeristico*, in *Resp. civ. prev.*, 2020, p. 1414 ss.; A. Gentili, *La nullità dei 'contratti a valle' come pratica concordata anticoncorrenziale (il caso delle fideiussioni ABI)*, in *Giust. civ.* 2019, p. 675 ss.

⁸ Per questa opzione con un certo vigore cfr. M. Libertini, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui c.d. contratti "a valle". Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 378 ss.; G. Stella, *Fideiussioni omnibus conformi a schema ABI*, in *Iuscivile*, 2020, 2, p. 247 ss., il quale sostiene che dovrebbe ravvisarsi responsabilità precontrattuale della banca con risarcimento da ragguagliarsi a al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dalle deteriori condizioni imposte in violazione della buona fede; E. Camilleri, *Validità della fideiussione omnibus conforme a schema tipo dell'ABI e invocabilità della sola tutela riparatoria in chiave correttiva*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, p. 397 ss., secondo la prospettiva risarcitoria da responsabilità contrattuale per dolo incidente, da attuarsi in applicazione dell'art. 1440 c.c.; sembrerebbe che sia incline a preferire il rimedio risarcitorio in relazione al caso specifico delle fideiussioni omnibus riprodotte dello schema ABI illecito anche M. Maugeri, *Breve nota su contratti a valle e rimedi*, *id.*, 2020, p. 415.

frequente ricorrenza della fattispecie e della necessità di pervenire ad una decisione nomofilattica: sulla individuazione del rimedio esperibile in relazione alle clausole della fideiussione bancaria coincidenti con le condizioni uniformi predisposte dall'ABI, sanzionate in applicazione della disciplina antitrust; sulla configurabilità della nullità parziale e sull'indagine da compiersi al fine della sua declaratoria, la questione veniva assegnata alle Sezioni unite della Cassazione, dopo che la prima Sezione con ordinanza n. 11486/2021⁹ l'aveva rimessa al Primo Presidente.

2. Le Sezioni unite, sul rilievo che la normativa antitrust, riletta alla luce dell'art. 41 Cost., intende assicurare protezione al mercato in senso oggettivo e non soltanto al singolo contraente, che sia stato pregiudicato da condotte scorrette poste in essere da coalizioni di imprese, con la decisione n. 41994 del 2021 ha ritenuto più in sintonia con tale finalità la tesi della nullità parziale. Ha poi ancora giustificato il favore per la nullità delle sole clausole contrattuali illecite (la clausola di reviviscenza e quelle di sopravvivenza della fideiussione e di rinuncia ai termini previsti dall'art. 1957 c.c.) in base alla considerazione che essa sia meglio in grado (del rimedio risarcitorio) di assicurare il rispetto dell'interesse dei mutuatari a cogliere le migliori opportunità disponibili sul mercato senza imposizioni di vincoli predeterminati da parte di coalizione di imprese, pur salvaguardando gli interessi “degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite”¹⁰.

La soluzione divisata in relazione al caso concreto, in cui non v'è stata allegazione da parte del fideiussore che senza le clausole nulle il contratto non sarebbe stato stipulato, sollecita una riflessione sulla capacità della tutela demolitoria parziale di assicurare in linea generale (e così in relazione a tutti gli scenari ipotizzabili) un rimedio in grado di impedire, per un verso, all'istituto di credito il conseguimento del ‘frutto’ dell'intesa anticoncorrenziale e, per l'altro, al fideiussore l'arricchimento a spese del primo. Traspare, invero, con un certo nitore dalla motivazione della sentenza che le Sezioni unite abbiano inteso scongiurare il rischio di un'opzione ermeneutica capace di generare inefficienze, che si appaleserebbero in tutta la loro evidenza laddove si consentisse la completa caducazione del vincolo contrattuale. Il materializzarsi di una situazione di questo tipo (riflesso dell'estensione all'intero contratto a valle delle clausole anticoncorrenziali ivi contenute e/o della nullità dell'intesa anticompetitiva a monte) presenterebbe il seguente inconveniente: la banca, pur avendo dato adempimento completo alla sua prestazione attraverso la concessione del credito in favore del debitore principale, si vedrebbe all'atto pratico sempre preclusa la possibilità di adempimento del debito per (la insolvenza del debitore e) l'intervenuta liberazione del fideiussore da qualsivoglia vincolo contrattuale. Il completo venir meno della garanzia impedirebbe alla banca di coltivare l'azione recuperatoria nei confronti del

⁹ Il provvedimento può leggersi in *Foro it.*, 2021, I, c. 2007.

¹⁰ Si veda in particolare il punto 2.15 della motivazione di Cass., Sez. un. 41994/2021 cit.

fideiussore in base alle norme di diritto derogabile in tema di fideiussione, che avrebbero ricevuto comunque (e così anche se nessuna collusione a monte vi fosse stata) applicazione sul presupposto della sussistenza della garanzia.

Infatti, soltanto qualora sopravviva il vincolo di garanzia, anche se di più ridotta portata, esse tornerebbero a riespandersi, consentendo al creditore di esigere comunque il pagamento sia pure nel rispetto dei più circoscritti limiti, anche temporali, prefissati dal legislatore. Proprio come accadrebbe, allorchè all'esito dell'applicazione del rimedio demolitorio del contratto di fideiussione, venuta meno la clausola di maggior favore (*rectius* quella anticoncorrenziale che aveva avuto ad oggetto la deroga dell'art. 1957 c.c.) per l'intermediario di credito, con cui gli si garantiva l'integrità dei suoi diritti sino alla totale estinzione del suo credito, senza dover rispettare il termine semestrale dall'ultima istanza rivolta al debitore, possa ipotizzarsi la sopravvivenza della garanzia per il resto con l'assoggettamento del rapporto alla regola (e sempre che ovviamente sussistano ancora le condizioni per invocarne utilmente l'applicazione) stabilita dall'art 1957 c.c. (di più ridotta portata rispetto all'ambito della pattuizione derogatoria illecita).

Orbene, nel momento in cui ci si soffermi su tale riflesso (irrimediabilmente precluso dalla declaratoria di nullità all'intero contratto) potrà apprezzarsi meglio l'utilità che il rimedio demolitorio parziale è tendenzialmente in grado di assicurare alla banca creditrice. La nullità parziale avrebbe incidenza sulla sola ampiezza del vincolo derivante da una garanzia, che, sia pure in forma più ridotta, continuerebbe ad esistere. Il che all'evidenza consente di comprendere perchè tra declaratoria di nullità totale e declaratoria di nullità parziale quest'ultima rappresenti soluzione preferibile dal punto di vista dell'efficienza del sistema, così da meritare l'*imprimatur* di un'analisi condotta dalla prospettiva di *Law and Economics*¹¹. La nullità parziale è evidentemente rimedio suscettibile di migliorare la situazione del fideiussore, perché preclude all'altro contraente (che avrebbe inteso sfruttare gli effetti della *conspiracy*) il conseguimento del frutto dell'intesa (*rectius* dei vantaggi derivanti da una garanzia più gravosa per il fideiussore ma di maggior protezione per la banca imposta in modo illecito) ma senza arrecargli pregiudizio sino al punto da impedirgli di avvalersi della garanzia¹², se ed in

¹¹ Gli approcci di L&E, che s'ispirano a valutazioni in chiave di efficienza, hanno ad oggetto lo studio, attraverso le griglie interpretative mutuata dalla teoria economica, degli effetti delle norme e della loro capacità di realizzare determinati fini. Cfr. L.A. Kornhauser, *An introduction to an economic analysis of contract remedies*, 57 *U. Colo. L. Rev.*, 683 (1986); R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, vol. I, Torino 1987, p. 309 ss.; W.M. Landes, R.A. Posner, *The economic structure of tort law*, Harvard University Press, 1987; G. Alpa, P. Chiassoni, *Analisi economica del diritto privato*, Milano, 1998; A. Mitchell Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, trad. it. con postfazione di R. Pardolesi, Roma 1992, p. 9; R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016 (Berkeley Law Books) Book 2.

¹² L'opzione per la regola di nullità parziale risulta in linea con la prospettiva dell'analisi economica del diritto, per le ragioni illustrate nel testo. Come insegnano i giuronomisti <<a legal rule is efficient if it induces people to behave in such a way that no one can be made better off (in terms of her own

quanto la residua persistenza del vincolo contrattuale, possa rivelarsi capace di assicurargli qualche utilità. Come quella estraibile dal diritto disponibile e segnatamente dall'applicazione dell'art. 1957 c.c. Essa quindi costituisce rimedio capace di correggere una situazione di fallimento di mercato determinata dalla illecita collusione tra imprese¹³, ma senza favorire l'arricchimento del fideiussore a spese dell'istituto bancario. Inconveniente non altrimenti evitabile, ove si privilegiassero soluzioni inclini a determinare la completa inefficacia della garanzia che, in ragione del travolgimento dell'intero vincolo negoziale, non lascerebbe alcuno spazio operativo all'esercizio da parte della banca di poteri derivanti dal diritto disponibile. Finendo, tra l'altro, per premiare sempre e comunque il debitore/i inadempiente/i.

Senza aggiungere che, qualora si consentisse al fideiussore di disporre di un rimedio demolitorio completo, si alimenterebbero condotte opportunistiche da parte sua, proprio come è emerso in base alla casistica giurisprudenziale degli ultimi tempi. La consapevolezza di poter ritenere plausibile la concessione di un provvedimento di caducazione della garanzia nella sua interezza risulterebbe di incentivo ad iniziative giudiziarie volte ad invocare la nullità totale della fideiussione, al fine di interrompere la cooperazione in atto con l'istituto bancario¹⁴. Con l'effetto di privare quest'ultimo, che ha già dato completa esecuzione alla prestazione a suo carico, sia della sorte capitale che del costo del danaro concesso a mutuo. La nullità, che dovrebbe così porre rimedio a una situazione di fallimento del mercato in grado di consentire ad una parte

preferences) without making someone else worse off>> (cfr. L.A. Kornhauser, *An introduction to an economic analysis of contract remedies*, 57 *U. Colo. L. Rev.*, 683 (1986). Ma il profilo è espresso in maniera assai efficace da R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Digesto, disc. priv., sez. civ.*, cit., il quale, nell'ottica della sollecitazione a mutare la regola giuridica, osserva testualmente che <<[...] l'unica circostanza in cui il giurista può invocare, senza tema di smentita, l'opportunità di un mutamento della regola giuridica si realizza quando siano integrati gli espremi della superiorità paretiana: quando, per intenderci, il cambiamento di regime non pregiudichi le sorti di nessuno e migliori la situazione di almeno uno tra i soggetti interessati. In ogni altro caso – particolarmente, tutti quelli che possiamo immaginare- l'innovazione arricchirà taluno a spese di qualcun altro>>.

¹³ La collusione tra imprese altrimenti in concorrenza è considerata la prima fonte di fallimento del mercato, come insegnano R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016, cit. p 29. Si vedano anche R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato delle regole*, Bologna 1999, p. 64 ss.

¹⁴ Il profilo della cooperazione come scopo a cui tende il diritto dei contratti e che consente ad entrambe le parti contrattuali proprio in ragione dell'avvenuto perfezionamento del contratto di ottenere benefici che in sua assenza non sarebbe stato possibile conseguire, in base alla teoria economica del contratto è aspetto ben illustrato da R. Cooter, T. Ulen, *Law and Economics*, 6th Edition, 2016 cit.; cfr. anche L. Kaplow- S. Shavell, *Fairness versus Welfare*, 114 *Harv. L. Rev.*, 961 ss. (2001); E.A. Posner, *Economic analysis of contract law after three decades: Success or failure?* U (John M. Olin Programm in Law and Economics working paper n. 146, 2002); L. Kornhauser, *An introduction to the economic analysis of contract remedies*, cit. ma altresì R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen., *Il mercato delle regole*, cit., p. 205 ss., i quali evidenziano che le regole giuridiche dovrebbero agevolare il ricorso allo strumento contrattuale, poiché a scambio avanzuto (e sempre che non siano ravvisabili fattori patologici) potrà presumersi che ciascuna parte si troverà in una posizione migliore di quella in cui si trovava in precedenza.

dello scambio (l'intermediario di credito) di ottenere vantaggi significativamente ingiusti nei confronti (e a scapito) dell'altra, il fideiussore, diviene, invece, strumento per assicurare a quest'ultimo (e solo a lui insieme al debitore principale) il conseguimento di benefici (sì dà vedere migliorata la propria situazione rispetto a quanto prima della stipulazione del contratto accadeva) con pregiudizio per chi, sino a poco tempo prima, era stato il suo *partner* contrattuale. Ed aveva dato, come detto, esatto adempimento alle sue obbligazioni¹⁵.

3. Se per le ragioni dianzi illustrate la nullità parziale è da preferire alla nullità totale, l'aver affrontato il problema della individuazione del rimedio azionabile dal fideiussore sul terreno della tutela reale appare soluzione non scevra da qualche controindicazione.

La valutazione in termini di nullità totale/nullità parziale segnala un non trascurabile pericolo: che ad una più attenta valutazione possa prevalere l'idea a tenore della quale l'operazione di ortopedia contrattuale, correlata alla retta interpretazione dell'art. 1419 c. 1, c.c., non consenta di ritenere comunque realizzata la concreta funzione economico-individuale¹⁶ cui il contratto, attraverso la predisposizione di quello specifico assetto d'interessi originario, avrebbe inteso dare attuazione. Situazione rispetto alla quale appare all'evidenza del tutto neutro il profilo dell'eventuale *deficit* di allegazione (riscontrabile, come detto, in relazione al caso discusso davanti alle Sezioni unite) a supporto della circostanza che in assenza delle clausole inficiate da nullità nessun contratto sarebbe stato perfezionato.

¹⁵ Se si riconoscesse operatività alla nullità totale, soltanto il fideiussore (e il debitore principale) massimizzerà i propri vantaggi ed a spese dell'intermediario di credito. Il risultato non è evidentemente in linea con gli obiettivi dell'analisi economica del diritto che in ambito contrattuale si prefigge l'obiettivo di consentire ad entrambi i contraenti di massimizzare il valore atteso della cooperazione (sfociata nell'assunzione del vincolo negoziale attraverso lo scambio dei consensi).

¹⁶ E' noto che la causa quale elemento essenziale del contratto, secondo la moderna concezione accreditasi in sede di legittimità non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale del negozio ma come sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare, e cioè funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti (cfr. Cass., Sez. III, 8 maggio, 2006, n. 10490, *Riv. notariato* 2007, 1, 180; conf. Cass., Sez. III, 12 novembre 2009, n. 23941, in *Guida al dir.* 2009, 50, p. 55). Ma si veda anche Cass., sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921, in *Guida al diritto*, 12, 2017, p. 90 che ha affermato <<Com'è noto, secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente, la causa, quale elemento essenziale del contratto ex art. 1325 c.c., identifica lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. L'indagine circa la causa ... quindi va svolta non "in astratto" ma "in concreto" ... Una siffatta indagine non può prescindere dall'apprezzamento degli interessi che il contratto è destinato a realizzare, quali emergono dalle circostanze obiettive (pregresse, coeve e successive alla sua conclusione) secondo la valutazione, riservata al giudice del merito, del materiale probatorio acquisito...>>; conforme Cass., sez. III, 8 giugno 2017, n. 14262, in *Diritto & Giustizia* 2017, 9 giugno.

Le tre clausole riprodotte dell'intesa vietata appaiono invero suscettibili di attribuire una particolare colorazione al profilo della 'protezione' dell'esercizio del credito, così da connotarlo in modo più pregnante rispetto a ciò che si riscontrerebbe in condizioni di operatività dello schema generale di fideiussione *omnibus*. La protezione dell'esercizio del credito unitamente all'accesso del terzo garantito alle prestazioni offerte dalla banca senza che per il loro beneficio (da parte del debitore principale) debba richiedersi volta per volta l'assenso del garante viene ad integrare, in relazione allo schema comune e generale di fideiussione *omnibus*, la sintesi degli effetti giuridici del negozio¹⁷. Si rivelano, infatti, funzionali al rafforzamento della protezione dell'esercizio dell'attività creditizia, sia la clausola di esclusione della decadenza dall'obbligazione fideiussoria disciplinata dall'art. 1957 c.c., perché consente alla banca di esigere il credito entro il più comodo termine ordinario di prescrizione; sia quella di reviviscenza, perché abilita il creditore ad escutere la garanzia, quand'anche possa essersi verificata *medio tempore* una situazione di estinzione del debito da parte del debitore principale, che sia successivamente tornato a giuridica esistenza in virtù di fatti sopravvenuti (es. restituzione di un pagamento da parte della banca destinataria del vittorioso esperimento di azione revocatoria)¹⁸; sia ancora la clausola di sopravvivenza, in quanto volta a garantire all'intermediario di credito la rescissione del vincolo di accessorietà, per non precludergli la realizzabilità dell'effetto solutorio, nel caso in cui si sia materializzata una situazione di invalidità del pagamento del debitore¹⁹. Da questo angolo visuale l'amputazione del regolamento contrattuale con la espunzione proprio delle tre clausole dianzi menzionate è situazione capace di incidere incisivamente sulla sintesi degli interessi reali, che il contratto originario era diretto a realizzare. Ne altera invero la fisionomia, poiché ridimensiona sensibilmente il profilo della 'protezione' dell'esercizio del credito, consentendo la riespansione proprio di quei rischi correlati alla accessorietà della garanzia e alla decadenza dalla stessa dovuta ad inerzia del creditore, che l'originario assetto degli interessi intendeva contrastare sino a determinarne l'azzeramento. In simile contesto, la nullità per irrealizzabilità della causa potrebbe apparire conseguenza ineludibile²⁰, a meno che non

¹⁷ Si veda Cass., Sez. I, 20 maggio 1997, n. 4469, in banca dati *DeJure*.

¹⁸ La clausola di reviviscenza (corrispondente all'art. 2 delle NBU ritenuto illecito) prevede che il fideiussore sia tenuto a rimborsare alla banca le somme che dalla banca stessa fossero state incassate in pagamento di obbligazioni garantite e che dovessero essere restituite a seguito di annullamento, inefficacia o revoca dei pagamenti stessi, o per qualsiasi altro motivo.

¹⁹ La cosiddetta clausola di sopravvivenza (stabilita dall'art. 8 delle NBU ritenuto illecito) sancisce l'insensibilità della garanzia prestata ai vizi che in ipotesi colpissero il titolo in virtù del quale il debitore principale è tenuto nei confronti della banca, disponendo che "qualora le obbligazioni garantite siano dichiarate invalide, la fideiussione garantisce comunque l'obbligo del debitore di restituire le somme allo stesso erogate". Essa costituisce deroga all'art. 1939 c.c.

²⁰ Del resto, anche dall'istruttoria condotta dalla Banca d'Italia nel provvedimento n. 55 del 2 maggio 2005, che è stato ritenuto in sede civile prova privilegiata dell'intesa anticoncorrenziale sanzionata, si è dato atto che per l'ABI le disposizioni della fideiussione *omnibus* divergenti rispetto alle norme del codice civile rappresentavano: per un verso, proprio gli elementi capaci di definire la specifica funzione

ci si mostri inclini a condurre l'accertamento causale sulla falsariga di una verifica che intenda assumere a riferimento il singolo stereotipo contrattuale astratto. Ma ciò costetuirebbe all'evidenza un'inversione di tendenza rispetto all'indirizzo ormai consolidatosi in sede di legittimità

4. Al di là dei rilievi appena esposti ---- suscettibili di indurre a riflessione su un piano più generale, per l'ovvia ragione che la questione si presterebbe a confluire nella dimensione della nullità per difetto di causa sempre rilevabile d'ufficio (e che in un caso come quello in esame potrebbe decidersi allo stato degli atti, in base al semplice raffronto tra la fideiussione *omnibus* azionata in concreto e il provvedimento della Banca d'Italia)-- il *decisum* delle Sezioni unite non convince nella parte in cui risultano esposte le ragioni in punto d'incapacità della nullità di singole clausole di travolgere l'intera fideiussione.

La questione della perdurante utilità del regolamento contrattuale in relazione agli interessi che i contraenti avevano inteso perseguire con esso, assunta a criterio di valutazione del rapporto di inscindibilità tra le clausole nulle²¹, non sembrerebbe essere stata affrontata ponendo a presupposto della verifica dati omogenei per la ricostruzione degli interessi delle parti.

L'interesse del fideiussore a prestare il suo consenso anche con riferimento al contratto mutilato delle clausole anticoncorrenziali è stato desunto all'esito di un confronto tra un regolamento contrattuale (quello originario) dal contenuto per lui più penalizzante (perché implicante obblighi più gravosi) ed altro successivo regolamento (quello del contratto caratterizzato dall'espunzione delle clausole anticompetitive) dal contenuto meno gravoso.

La permanenza dell'interesse della banca a concludere il contratto residuo è stata stabilita, invece, sul terreno dell'induzione a stipulare che è capace di determinare l'aspettativa della completa inefficacia di una fideiussione di maggior protezione, allorché l'intermediario di credito si sia trovato al cospetto dell'alternativa tra completa inefficacia della fideiussione *omnibus* originaria (per la invalidità derivata dalle clausole anticompetitive ivi trasfuse in astratto capaci di conferire maggiore protezione) e la condizione di efficacia di un diverso e più ridotto (quanto ad attitudine protettiva) regolamento contrattuale. Secondo un ragionamento che, muovendo da tale presupposto (e così dando per scontata la sussistenza della predetta aspettativa al

di quella forma di garanzia, la cui legittimità avrebbe dovuto giudicarsi al di fuori dello schema legale costruito, in generale, per la fideiussione; per altro verso, che la privazione delle clausole oggetto dell'accertamento avrebbe privato la fideiussione *omnibus* della sua funzione specifica e diversa da quella della fideiussione civile in generale (cfr. in particolare i paragrafi 27 e 35).

²¹ Si noti che le Sezioni unite si richiamano in motivazione (cfr. il punto 2.15.2) all'indirizzo giurisprudenziale secondo cui la valutazione richiesta dal c. 1° dell'art. 1419 deve rifarsi a criteri di tipo oggettivo. Significative in proposito appaiono Cass, Sez. II, 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.* 1995, I, p. 2438, Cass., Sez. I, 19 aprile 1982, n. 2411 in *Giust. civ. Mass.* 1982.

momento della stipulazione), ha tratto la conclusione che la banca non si sarebbe sottratta ad accettare una fideiussione con una regolamentazione di minor protezione, poichè è normale ipotizzare che per il beneficiario di una garanzia è preferibile disporre di una fideiussione con protezione più contenuta, ma pur sempre efficace, che di una fideiussione di maggior protezione ma del tutto inefficace. Se ne trova conferma nel passaggio della motivazione in cui le Sezioni unite, proprio al fine di valorizzare l'interesse da parte della banca alla conservazione della garanzia, benchè priva delle clausole anticoncorrenziali, hanno affermato che “è del tutto evidente che anche l'imprenditore bancario ha interesse al mantenimento della garanzia, anche espunte le suddette clausole a lui favorevoli, attesa che l'alternativa sarebbe quella dell'assenza completa della fideiussione, con minore garanzia dei propri crediti”²².

Come si nota, il perimetro d'indagine è mutato rispetto alle modalità prescelte per il riscontro dell'interesse del fideiussore. Il suo raggio d'azione non risulta più focalizzato infatti sul contenuto del regolamento contrattuale, per verificare se si fosse potuto ritenere, in base allo specifico concreto interesse emergente, che la banca avrebbe comunque accettato una fideiussione dal contenuto più sconveniente per lei rispetto alla garanzia originaria dal contenuto più conveniente (perché capace di non esporla al materializzarsi dei rischi dianzi segnalati). Ferma restando l'applicazione delle stesse condizioni economiche originarie, con le quali era stato regolato il rapporto principale (derivante dal contratto di mutuo perfezionato con il mutuatario). La retta applicazione dell'art. 1419, c. 1, secondo quanto affermato dalle Sezioni unite, avrebbe infatti richiesto di vagliare l'interesse della banca, al fine del riscontro della perdurante utilità del contratto, con riferimento alla possibilità di vedere comunque attuati quegli stessi interessi che il negozio originario intendeva in concreto realizzare²³.

Del resto, anche la dottrina, nel momento in cui rileva che la valutazione richiesta dal comma primo dell'art. 1419 deve condursi secondo criteri oggettivi, segnala la necessità che sia valutata la compatibilità tra il contratto residuo (in termini di perdurante utilità) e l'assetto degli interessi originario²⁴.

²² Si veda il paragrafo contrassegnato con il numero 2.15.3 della motivazione della sentenza.

²³ L'opzione ermeneutica sposata dalle Sez. unite appare incongrua rispetto alla formulazione dell'art. 1419, c. 1, per come interpretato dall'indirizzo giurisprudenziale ispiratosi a valutazione secondo criteri oggettivi.

²⁴ Si vedano in particolare M. Mantovani, *La nullità e il contratto nullo*, in *Rimedi-1*, in *Tratt. del contratto* (a cura di A. Gentili), Milano 2006, p. 112 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, 2000, p. 638 ss ed in particolare p. 639, in cui si osserva che «ciò che si richiede è [...] una valutazione di compatibilità della modifica del contratto con la causa concreta di esso, dovendosi in definitiva accertare se la modifica abbia o no importanza determinante tenuto conto dell'interesse delle parti»; R. Tommasini, *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1978, p. 901 ss; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di G. Iudica e P. Zatti), 2011, p. 811 ss. il quale, nel sottolineare che la valutazione richiesta dal primo comma dell'art. 1419 c.c. deve ispirarsi a criteri oggettivi e non psicologici, ritiene che sia necessario il confronto tra l'assetto degli interessi sotteso all'originario programma contrattuale e il diverso assetto degli interessi che si riscontrerebbe nel contratto residuo; F. Galgano, *Diritto civile e commerciale*, Vol. II, Tomo I, Bologna 2004, p. 418 ss. Sembra non ritenere necessario il compimento della valutazione che il

Ciò nel caso specifico avrebbe portato a constatare che l'assetto degli interessi originario sarebbe rimasto frustrato dal rilascio di una garanzia semplicemente riprodotiva dello schema base generale della fideiussione *omnibus*. Un simile modello di garanzia non appare né corrispondente né compatibile con i desiderata di chi intenda sfruttare i benefici di una fideiussione in grado di assicurargli protezione contro il materializzarsi di specifici rischi non arginabili, se non introducendo deroga al diritto disponibile. Proprio quest'ultima viene invero a conformare diversamente la funzione della garanzia in rapporto all'interesse che con il negozio si sarebbe voluto soddisfare.

A prescindere dal fatto che, per poter ritenere verosimile la disponibilità della banca a prestare comunque il proprio consenso su un diverso regolamento meno protettivo ma capace di produrre qualche effetto, in dipendenza dell'aspettativa che possa restare del tutto inefficace una garanzia di maggior protezione, occorrerebbe previamente aver risolto altra questione: quella della ininfluenza di una garanzia (alternativa perché) dotata di minore attitudine ad assicurare protezione in relazione alle condizioni economiche applicabili al rapporto principale²⁵.

La sensazione che si ricava è che l'accertamento "sulla potenziale volontà delle parti di prestare ugualmente il proprio consenso al rilascio della garanzia" sia stato svolto solo fittiziamente²⁶. Sia stato cioè modellato in funzione di una decisione che era stata già assunta in base al rilievo esclusivo, per un verso, del riscontro della completa esecuzione della prestazione a cui era tenuta la banca (*rectius* l'avvenuta erogazione del finanziamento al debitore garantito) e, per altro verso, della presa d'atto della coincidenza tra le clausole dell'intesa a monte e quelle trasfuse nel contratto a valle.

Alla luce delle criticità segnalate e dell'applicazione dell'art. 1419, c. 1, apparsa non conforme alla sua formulazione letterale e alla interpretazione della dottrina e della giurisprudenza più moderna, verrebbe da domandarsi, se non sia preferibile rimeditare sull'opportunità di considerare il contratto come "mero elemento di una fattispecie di

legislatore ha previsto con la regola stabilita al comma primo dell'art. 1419 c.c. C. Castronovo, *Antitrust e abuso di responsabilità civile*, in *Danno e resp.*, 2004, p. 469 ss ed in particolare p. 473, il quale proprio con riferimento a fattispecie simile (*rectius* cartello a monte tra imprese assicurative per la imposizione di un sovrapprezzo sui premi di polizze per la r.c. auto) a quella decisa dalla Sezioni unite ha proposto il rimedio della nullità parziale del contratto a valle in grado di funzionare con un certo automatismo (e così a prescindere da ogni indagine sul profilo della possibile estensione all'intero contratto della clausola nulla).

²⁵ Non va omissis di considerare, anche in base a quanto si desume dal provvedimento della Banca d'Italia (cfr. in particolare il paragrafo n. 69), che la funzione delle garanzie secondo la letteratura economica consiste nel mitigare la rischiosità *ex ante* dei debitori, riducendo il tasso d'interesse sul credito (a parità di altre determinanti),

²⁶ In un certo senso si realizza anche in questo caso quello che attenta dottrina ha etichettato come processo di "decodificazione" della regola contenuta nel primo comma dell'art. 1419 c.c. (cfr. V. Bachelet, *La "decodificazione" giurisprudenziale dell'art. 1419, primo comma c.c. e le sue fattispecie*, in *Europa e dir. priv.*, 2021, p. 553 ss.).

responsabilità aquiliana”²⁷. Del resto, la gestione non risulterebbe poi così complessa né assai onerosa per l’attore, allorchè possa darsi per acclarata (come ormai dovrebbe) la valenza di prova privilegiata nel giudizio civilistico di responsabilità dell’accertamento compiuto dalla Banca d’Italia. Conseguentemente le pretese della banca, che siano riallacciabili all’intesa proibita, potrebbero essere neutralizzate nel solco del danno ingiusto²⁸, perché suscettibili di arrecare lesione a situazione giuridica soggettiva tutelabile in base all’art. 41 Cost., specialmente per quanto concerne la previsione del suo terzo comma, per come interpretata proprio dalla Sezioni unite.

²⁷ Si veda per una sollecitazione in tal senso R. Pardolesi, *Cartello e contratti dei consumatori: da Leibniz a Sansone?*, in *Foro. it.*, 2004, c. 469 ss.

²⁸ Tale potrebbe atteggiarsi la pretesa creditoria che sia fatta valere sul presupposto dell’applicazione di una fonte (*rectius* clausola negoziale) contrassegnata da illiceità per anticoncorrenzialità.

VITA ACCADEMICA

Alessio Caracciolo

L'INCLUSIONE LAVORATIVA DI MALATI CRONICI E DISABILI*

SOMMARIO: 1. Premessa. L'assenza di una definizione normativa. – 2. Patologie croniche ed esigenze di conciliazione vita-lavoro. – 3. La tutela nel mercato del lavoro. – 4. La tutela nel rapporto di lavoro. – 5. Ragionevolezza e sostenibilità.

1. Nonostante la crescente attenzione alle situazioni di fragilità che possono comportare un ostacolo all'accesso al mercato del lavoro o all'adempimento della prestazione lavorativa, l'ordinamento italiano non conosce una definizione unitaria di disabilità e patologie croniche. La relativa disciplina, frammentata tra le norme che regolano l'accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e quelle in materia di collocamento speciale, risulta tutt'ora ancorata ad una concezione ormai superata, nonostante dottrina e giurisprudenza abbiano offerto a più riprese interpretazioni orientate all'adesione ai più recenti orientamenti eurolunitarie ed internazionali. Infatti, è ormai consolidata l'opinione che quello di "disabilità" sia un concetto in continua evoluzione, in quanto le condizioni nello stesso annoverabili non derivano «da limiti, qualità o condizioni soggettive delle persone, bensì dalla "interazione" tra le persone con menomazioni o svantaggi e quelle barriere, non necessariamente fisiche ma anche comportamentali o ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società – e, dunque, anche la loro inclusione nel mercato del lavoro – su una base di uguaglianza con gli altri»¹. In quest'ottica, non tutte le condizioni di svantaggio trovano riscontro tra le forme di tutela previste dal legislatore, specialmente in un sistema di sicurezza sociale che prevede un approccio standardizzato mediante l'utilizzo di tabelle, descrittori e basi di calcolo funzionali non tanto all'individuazione

* Intervento tenuto in occasione del Convegno C.N.U.D.D. "Un Ponte tra Università e Mondo del Lavoro per l'Inclusione e la Vita Indipendente" (medaglia del Presidente della Repubblica), Università degli Studi di Foggia, 25 ottobre 2021. La presentazione è antecedente rispetto all'emanazione della L. 22 dicembre 2021, n. 227. Il testo rielaborato è in corso di pubblicazione in Aa. Vv., *Un ponte tra università e mondo del lavoro per l'inclusione e la vita indipendente*.

¹ M. Tiraboschi, *Le nuove frontiere dei sistemi di welfare: occupabilità, lavoro e tutele delle persone con malattie croniche*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, n. 3, p. 703.

delle capacità lavorative che il soggetto può esprimere nonostante la disabilità, quanto alla determinazione del grado di invalidità ai fini previdenziali.

Al di fuori delle tre macroaree definitorie, dunque, le situazioni di fragilità devono essere gestite con gli ordinari strumenti messi a disposizione dalla legge o dalla contrattazione collettiva per far fronte alla malattia. Ciò comporta, spesso, una sovrapposizione tra le esigenze di cura e di tutela di soggetti diversi, caratterizzati ciascuno da fragilità differenti e, spesso, inevitabili (basti pensare alla fruizione di permessi e congedi per la cura dei figli minori o per lo svolgimento delle attività di *care giving* nei confronti dei genitori anziani), il cui soddisfacimento comprime ulteriormente le possibilità di lavoro residue del malato cronico, aumentandone i rischi di emarginazione socio-lavorativa e di povertà.

2. L'approccio al lavoro dei disabili, nella concezione assistenziale post-bellica nei confronti degli inabili al lavoro, si fondava sull'assunto che «se una persona non è idonea a svolgere determinate mansioni nel pieno delle sue capacità non può pensare di rimanere sul luogo di lavoro», per cui «o ci si cura guarendo perfettamente, oppure ci si deve rassegnare ad accettare altre occupazioni»². Il ribaltamento di tale affermazione è dato da una lettura d'insieme del sistema di sicurezza sociale, che parte dall'art. 38, comma 1, Cost. e, attraverso la progressiva previsione di misure di sostegno a favore degli inabili al lavoro, approda al sistema di collocamento obbligatorio per i soggetti in possesso di determinati requisiti, generando una linea di demarcazione a seconda che la causa dell'invalidità fosse ritenuta meritevole di un intervento di sostegno all'occupazione (guerra, lavoro, servizio) oppure al reddito (patologie congenite), in un approccio generalmente paternalista ed assistenziale che considerava il disabile un costo per la società (da ripartire con il datore di lavoro). È solo a partire dall'entrata in vigore della L. 5 febbraio 1992, n. 104 e della L. 12 marzo 1999, n. 68 che il legislatore inizia una lenta inversione a favore della valorizzazione delle capacità lavorative, cambiando l'approccio delle politiche di contrasto allo svantaggio occupazionale dei disabili verso un rapporto bilaterale nel quale l'intervento pubblico è finalizzato a facilitare l'inserimento lavorativo, nel bilanciamento con le esigenze datoriali, affinché il beneficiario possa raggiungere un livello soddisfacente di autonomia.

3. Nel delineare il sistema di collocamento dei disabili il legislatore ha dovuto operare un delicato bilanciamento tra il diritto al lavoro di questi ultimi e la libertà di iniziativa economica dei datori di lavoro. Difatti, è indubbio come l'imposizione di un obbligo di assunzione o il divieto di licenziamento, al di là di casi eccezionali e contingenti, rappresenti un'ingerenza pubblica nelle scelte imprenditoriali,

² S. Zamagni, *People Care: dalle malattie critiche alle prassi relazionali aziendali*, in *Atti del convegno della Fondazione Giancarlo Quarta*, Milano, 26 ottobre 2011, p. 1 del dattiloscritto.

generalmente insindacabili finanche in sede giudiziale. Eppure, la legittimità costituzionale del meccanismo vigente è stata confermata a più riprese, indice della preminenza del principio di solidarietà sociale che non solo giustifica una compressione dei diritti riconducibili alla “Costituzione economica”, ma ne richiama l’essenza protesa verso la realizzazione di un “diritto ad essere utili” per sé e per gli altri consociati. Se così è in teoria, nella pratica il sistema anelato dall’art. 4 Cost. si è purtroppo tradotto in una mera delega ai datori di lavoro del compito di realizzare l’inserimento lavorativo dei disabili e, più in generale – attraverso il meccanismo degli incentivi – dei soggetti svantaggiati, fortemente censurata a livello U.E. Per superare questa discrasia non è sufficiente prendere in considerazione la possibilità di ricorrere alla chiamata nominativa, in quanto questa non sempre è dettata da una scelta finalizzata alla valorizzazione delle competenze e delle capacità del singolo: molto più frequentemente, il datore di lavoro sceglie la situazione di svantaggio che gli arreca il minor carico organizzativo. Inoltre, pur essendo necessario un indicatore qualitativamente apprezzabile per individuare i beneficiari del collocamento obbligatorio, è evidente come la soglia prevista dalla L. 12 marzo 1999, n. 68 lasci sprovvisti di tutela i soggetti che presentano patologie tali da richiedere cure mediche costanti, come i malati oncologici dichiarati guariti con postumi non invalidanti. In queste situazioni, la risposta del legislatore è ancora insufficiente per la salvaguardia di persone costrette ad affrontare gravi patologie con risorse economiche ridotte.

Un utile contributo alla possibile soluzione, invece, può ricercarsi nella formazione, in quanto proprio attraverso la valorizzazione delle capacità lavorative del singolo è possibile superare le difficoltà di inserimento, soprattutto in un mercato del lavoro ormai fluido, caratterizzato da frequenti transizioni occupazionali e da una rapida affermazione di modalità alternative di svolgimento della prestazione.

4. A partire dall’inizio del nuovo millennio si è fatto strada nel diritto eurounitario il concetto di “accomodamenti ragionevoli”, così intendendosi le soluzioni organizzative che il datore di lavoro deve adottare per garantire l’integrazione lavorativa dei disabili. Nel diritto interno, il riferimento è all’art. 3, comma 3 *bis*, D.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, introdotto dal D.L. 28 giugno 2013, n. 76, convertito in L. 9 agosto 2013, n. 99. Il concetto richiama il riferimento dell’art. 5, Dir. 2000/78/CE alle “soluzioni ragionevoli” (già *reasonable accommodations*, nella versione inglese). In realtà, l’obbligo datoriale di adottare tutte le modifiche organizzative necessarie (e ragionevoli) per facilitare lo svolgimento della prestazione lavorativa è molto sfumato, specialmente nelle circostanze in cui il lavoratore è affetto da una patologia che richiede cure costanti ma non rientra nelle categorie tipizzate di disabile. La situazione è tanto più problematica se si prende in considerazione la differenza tra la definizione comunitaria e quella adottata dal diritto interno, che lascia molte situazioni prive di una tutela effettiva. In quest’ottica, una possibile soluzione potrebbe essere rappresentata dall’individuazione delle categorie di soggetti “fragili” preferiti nell’accesso al “lavoro

agile”, nella sua forma (derogatoria rispetto al modello tipico) di “*home working*” diffusasi durante la pandemia: non una mera trasposizione dell’attività lavorativa presso il domicilio del lavoratore, bensì una vera e propria rivisitazione della prestazione che diventi conciliabile con le esigenze di cura del lavoratore stesso, nei limiti di queste ultime e con l’auspicio di una proficua alternanza casa-lavoro in tutte le circostanze in cui la stessa è possibile.

5. Il parametro di valutazione della ragionevolezza degli interventi che si possono esigere dal datore di lavoro nell’ambito dei *reasonable accommodations* è dato dalla sostenibilità economica della misura da adottare. Difatti, sia l’art. 5 della Dir. 2000/78/CE sia la Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 individuano come controlimite una valutazione di proporzionalità, da declinare in senso oggettivo o soggettivo a seconda che si prendano in considerazione l’eccessiva onerosità dell’intervento o le condizioni economiche dell’impresa. Al contempo, nella valutazione non possono che rientrare anche quelle misure compensative previste dallo Stato (incentivi, finanziamenti, ecc...) che rendono meno gravoso l’adempimento dell’obbligo da parte del datore di lavoro, per cui «il sistema [...] si muove su un doppio binario che “corresponsabilizza” sia lo Stato sia il datore di lavoro nella predisposizione degli accomodamenti ragionevoli»³, richiamando quel rapporto biunivoco che sussiste tra pubblico e privato nella realizzazione dei propositi solidaristici contenuti nella Costituzione.

Ma questa non può essere una conclusione in quanto l’invecchiamento della popolazione, compresa la fascia dei tutt’ora attivi (under 70), e la connessa diffusione delle malattie croniche, che colpiscono soggetti ancora in età da lavoro, richiedono una strategia di più ampio respiro, anch’essa incentrata sul concorso pubblico-privato, potendosi abbinare a interventi di tipo sanitario (pubblico) misure di welfare aziendale (privato). Si tratta di un percorso lungo ed articolato nel quale impegnare risorse finanziarie ma ancor prima culturali, che allo stato latitano nella nostra società ormai intrisa di bassa politica e vocazione assistenzialistica a tutti i livelli, imprese incluse.

L’auspicio è che, con l’attuazione della recentissima delega di cui alla L. 22 dicembre 2021, n. 227, si possano finalmente mettere da parte i problemi strettamente definitivi per realizzare una rete di protezione per tutti i soggetti affetti da situazioni sanitarie che comportano, di fatto, una disabilità.

³ D. Garofalo, *La tutela del lavoratore disabile nel prisma degli accomodamenti ragionevoli*, in *Arg. dir. lav.*, 2019, n. 6, p. 40.

Danila Certosino

IL PROCESSO PENALE MINORILE:
MECCANISMI DI *DIVERSION* E FENOMENO MIGRATORIO*

SOMMARIO: 1. Gli interventi in fase preprocessuale. – 2. (*segue*): l'ambito processuale. – 3. Minori stranieri e percorsi alternativi: criticità.

1. Un processo che possa dirsi veramente giusto nei riguardi di un soggetto minorenni è proprio quello che preveda una sua rapida espulsione dal circuito giudiziario. E questo vale nei riguardi di qualunque soggetto minorenni e quindi anche con riferimento alla figura del minore migrante autore di reato. Occorre garantire che il minore, in quanto soggetto con una personalità in via di formazione, subisca il minor danno possibile se coinvolto in una qualsiasi situazione conflittuale. La componente “pedagogica” del rito minorile non può essere sottovalutata e la rieducazione deve rappresentare l'obiettivo primario da perseguire, all'interno di un percorso giudiziario che vada alla ricerca delle cause del disagio che ha determinato comportamenti antisociali.

L'esigenza primaria di recupero del minore è suscettibile di tradursi in istituti e meccanismi volti a far concludere il processo in modi e con contenuti diversi dal processo penale ordinario, tra i quali rientra, innanzitutto, la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto, *ex art. 27 del d.p.r. n. 448/1988*, che disciplina, appunto, il procedimento penale a carico di imputati minorenni.

Come è noto, durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice l'emissione della sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto quando l'ulteriore corso del procedimento potrebbe pregiudicare le esigenze educative del minore¹.

* Testo della Relazione svolta al Convegno di Studi “*Criminalità minorile e fenomeno migratorio: modelli di inclusione e diversion processuale*”, svolto nell'ambito del Progetto di ricerca “*Horizon Europe Seeds*” “*M.E.D.I.A.T.I.O.N. - un modello mediterraneo per la governance del fenomeno migratorio e la sostenibilità multi e interculturale nel territorio jonico*”, Taranto, Dipartimento jonico, 3 maggio 2022.

¹ Per un inquadramento generale dell'istituto, cfr. M. Bouchard, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, vol. X, Utet, Torino 1995, p. 155 s.; L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. dir.*, Agg. IV, Giuffrè, Milano 2000, p. 1034 ss.; C. Cesari, *sub art. 27*, in G. Giostra (a cura di) *Il processo*

penale minorile. *Commento al d. P.R. 448/1988*, 5ª ed., Giuffrè, Milano 2021, p. 399 ss.; Ead., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Giappichelli, Torino 2005, p. 320 ss.; A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa all'efficienza dei modelli di giurisdizione*, Giappichelli, Torino 2010, p. 292 ss.; A. Ciavola, V. Patanè, *La specificità delle formule decisorie minorili*, in E. Zappalà (a cura di), *La giurisdizione specializzata nella giustizia penale minorile*, Giappichelli, Torino 2009, p. 174 ss.; M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, 9ª d., Utet, Torino 2022, p. 788 s.; M. Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1669 ss.; M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Irrilevanza del fatto*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Utet, Torino 2010, p. 509 ss.; M. Colamussi, A. Mestitz, *Processo penale minorile: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova. Criteri interpretativi e prassi applicative*, Working papers IRSIG-CNR, Bologna 1997; M. G. Coppetta, *Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, vol. V, *Diritto e procedura penale minorile*, a cura di E. Palermo Fabris, A. Presutti, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2012, p. 590 ss.; A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, 10ª ed., Cedam, Padova 2018, p. 692; F. Della Casa, *Processo penale minorile*, in G. Conso, V. Grevi, M. Bargis, *Compendio di procedura penale*, 10ª ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 1053; S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile. Profili giuridici, psicologici e sociali*, 2ª ed., Giuffrè, Milano 2005, p. 309 ss.; G. D'avino, *In tema di irrilevanza penale del fatto nel processo penale minorile*, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 317 ss.; G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, Giappichelli, Torino 2010, p. 403 ss.; Id., *Minori ed antigiuridicità. L'evoluzione dell'istituto dell'irrilevanza penale del fatto*, in *Dir. e giust.*, 2003, 21, p. 10 ss.; S. Giambruno, *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Giuffrè, Milano 2004, p. 66 ss.; Ead., *Il processo penale minorile*, 2ª ed., Cedam, Padova 2003, p. 105 ss.; I. Gioffrè, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: principi ispiratori, ambito di applicazione, disciplina e prospettive*, in *Temì Romana*, 1999, p. 403 ss.; G. Grasso, *sub art. 27 d.P.R. 448*, 22 settembre 1988, n. 488, in G. Tranchina, G. Canzio (a cura di) *Leggi complementari al codice di procedura penale*, Giuffrè, Milano 2013, p. 185 ss.; M. Ingrassi, *Il minore e il suo processo. D.P.R. n. 448/1988*, Giappichelli, Torino 2005, p. 97 ss.; G. La Cute, *Sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto nel nuovo processo penale minorile*, in *Riv. pen. dell'economia*, 1992, p. 627 ss.; S. Larizza, *Tutela del minore dal processo o nel processo? La scelta della Corte costituzionale nella sentenza che estende alla fase dibattimentale l'applicabilità della irrilevanza del fatto*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 3687 ss.; Ead., *L'irrilevanza del fatto*, in P. Zatti (diretto da) *Trattato di diritto di famiglia*, cit. p. 250 ss.; L. Locci, *Gli istituti del processo penale minorile a beneficio del minore: l'irrilevanza del fatto e la messa alla prova*, in *Min. giust.*, 2005, p. 85 ss.; C. Losana, *sub art. 27 d. P. R. n. 448 del 1988*, in *Esp. giust. min.*, 1989, p. 180 ss.; A.C. Manchìa, voce *Processo penale minorile*, in S. Patti (diretto da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Il sole 24 ore, Milano 2007, p. 186 s.; G. Manera, *Brevi osservazioni sul proscioglimento del minore per l'irrilevanza del fatto ex art. 27 l. n. 448 del 1988*, in *Giur. merito*, 1992, p. 940 ss.; P. Martucci, *sub art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 4ª ed., t. III, Ipsa, Milano 2017, p. 9019 ss.; A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, 6ª ed., Zanichelli, Bologna 2019, p. 534 s.; V. Musacchio, *Manuale di diritto minorile. Profili dottrinali e giurisprudenziali*, Cedam, Padova 2007, p. 737 ss.; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, 10ª ed., Giuffrè, Milano 2007, p. 677 ss.; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, 3ª ed., Giuffrè, Milano 2002, p. 358 ss.; C. Pansini, *Il processo minorile*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, 3ª ed., Giappichelli, Torino 2018, p. 712; Ead., *Processo penale a carico di imputati minorenni*, in Spangher (diretto da), *Trattato di procedura penale*, vol. VII, *Modelli differenziati di accertamento*, t. II, a cura di G. Garuti, Utet, Torino 2011, p. 1318 ss.; V. Patanè, *L'irrilevanza del fatto nel processo penale minorile*, in *Esp. giust. min.*, 1992, p. 59 ss.; L. Pepino, *sub art. art 27 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448*, in M. Chiavario (coordinato da) *Commento al codice di procedura penale, Leggi collegate*, vol. I, Utet, Torino 1994, p. 279 ss.; G. Pighi, *L' "irrilevanza" del fatto nel diritto penale minorile*, in *Studium iuris*, 1999, p. 71 ss.; S. Quattrocchio, voce *Irrilevanza del fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir., Annali*, vol. II, t. I, Giuffrè, Milano 2008, p. 518 ss.; Ead., *Esiguità del fatto e regole per l'esercizio dell'azione penale*, Napoli, Jovene, 2004, p. 308 ss.; G. Riccio, voce *Irrilevanza penale del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc.*

Il proscioglimento per irrilevanza del fatto, dunque, è legato all'esigenza di eliminare tempestivamente dal circuito penale i comportamenti che, pur costituendo reato, non suscitano però alcuno specifico allarme sociale, essendo, dal punto di vista soggettivo, l'espressione dell'esuberanza giovanile, e rivestendo, dal punto di vista oggettivo, un modestissimo rilievo concreto. Si tratta di fatti bagatellari, per i quali sarebbe eccessivo anche solo pervenire all'udienza preliminare, con un superfluo dispendio delle risorse dell'apparato giudiziario e un inutile allarme per il minore e per i suoi familiari. La *ratio* è quella di consentire la «fuoriuscita rapida e definitiva dal circuito penale di quei minorenni la cui condotta deviante appare con tutta evidenza l'espressione di un "incidente di percorso", con minime o nulle ricadute in termini di danno o allarme sociale, e per i quali la prosecuzione del procedimento non si prospetta di alcuna reale utilità, ma potrebbe anzi risultare sostanzialmente dannosa sotto il profilo educativo»².

L'art. 27 risponde a molteplici esigenze, riconducibili a due matrici principali: minima offensività e deflazione del processo penale. A tali obiettivi di fondo si possono ricondurre: l'intento di inibire gli effetti stigmatizzanti del giudizio penale, la necessità di evitare processi inutili e per ciò stesso dannosi, l'esigenza di fare della detenzione uno strumento residuale, lo sforzo per estromettere nel più breve tempo possibile dal circuito penale condotte criminose prive di allarme sociale, il tentativo di attivare le

giur. Treccani, vol. XIX, Roma Agg. 2008, p. 1 ss.; F. Rizzo, *sub art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in A. Gaito, M. Ronco (a cura di) *Leggi penali complementari commentate*, Utet, Torino 2009, p. 1835 ss.; F. Ruggieri, *Il processo penale minorile*, in V. Musacchio (a cura di), *Manuale di diritto minorile*, Cedam, Padova 2007, p. 737 ss.; G. Sambuco, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, Agg. V, Utet, Torino 2010, p. 665 s.; G. Sergio, *La diversione del minore nel sistema penale*, in A. Forza, P. Michielin, G. Sergio (a cura di), *Difendere, valutare e giudicare il minore*, Giuffrè, Milano 2001, p. 357 ss.; D. Silvestri, *Sulla irrilevanza penale del fatto nel processo penale minorile (con spunti di riflessioni costituzionalmente orientate)*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 4006 ss.; P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, 23^a ed., Giuffrè, Milano 2022, p. 910 s.; D. Tripicciono, *Le definizioni alternative del procedimento e l'udienza preliminare, Il processo penale minorile*, a cura di A. Macrillò, F. Filocamo, G. Mussini, D. Tripicciono, Maggioli, Rimini 2013, p. 209 ss.; E. Turco, «*Tenuità del fatto*» e *processo penale*, Cacucci, Bari 2020, p. 12 ss.; Ead., *I prodromi della riforma*, in N. Triggiani (a cura di) *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino 2014, p. 181 ss.; D. Vigoni, *La metamorfosi della pena nella dinamica dell'ordinamento*, Giuffrè, Milano 2011, p. 236 ss.; S. Vinciguerra, *Irrilevanza del fatto nel procedimento penale minorile*, in *Dif. pen.*, 1989, p. 73 ss.; E. Zappalà, V. Patanè, *Il processo a carico di imputati minorenni*, in D. Siracusano, A. Galati, G. Tranchina, E. Zappalà, *Diritto processuale penale*, Giuffrè, Milano 2018, p. 964 s.

² In questi termini, P. Martucci, *sub art. 27, d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di A. Giarda, G. Spangher, 4^a ed., t. III, cit., p. 9020. Cfr., altresì, L. Fadiga, *Riti speciali nel processo minorile*, in *Quad. Csm*, 28, vol. II, 1989, p. 521, il quale evidenzia come l'articolo in commento miri «ad estromettere subito dal circuito penale i c.d. *Mikey mouse crimes*, e cioè quelle condotte devianti prive di allarme sociale per la loro tenuità ed occasionalità, destinate a rimanere nella vita del minore un fatto episodico, e ad essere autonomamente riassorbite. In questi casi da parte delle dottrine criminologiche e psicologiche si riconosce in modo unanime che il contatto del minore con l'apparato della giustizia penale è privo di utilità sociale, ed anzi si risolve per lui in un inutile danno».

energie positive dell'imputato minorenni e del suo ambiente di vita per favorire lo spontaneo riassorbimento della condotta deviante non strutturale.

L'istituto costituisce una delle applicazioni più innovative del principio di adeguatezza del processo alla personalità del minore e del principio di proporzionalità tra la condotta criminosa posta in essere e la reazione istituzionale che ad essa consegue. Simili esigenze non si erano mai tradotte, in passato in scelte legislative assimilabili a quella compiuta con l'introduzione dell'art. 27, ma hanno dei riferimenti normativi ben individuati: basti pensare all'art. 31, comma 2 della Costituzione, ai paragrafi 1, 5, 11 e 20 delle Regole di Pechino (Regole minime per l'amministrazione della giustizia dei minori), nonché ai paragrafi n. 2 e 4 della Raccomandazione R(87)20 del Consiglio d'Europa "Sulle risposte sociali alla delinquenza minorile".

Per quanto concerne la qualificazione giuridica da attribuire alle condizioni necessarie per l'emissione della sentenza *di non luogo a procedere*, se sul requisito in chiave oggettiva della tenuità non sembrano esserci dubbi, è il presupposto della occasionalità a destare maggiori perplessità: secondo una prima chiave di lettura, tenuità del fatto e occasionalità del comportamento hanno entrambe natura oggettiva³, mentre, secondo una diversa ricostruzione, la tenuità del fatto si configura come condizione oggettiva, l'occasionalità come condizione soggettiva⁴. La differenza non è di poco conto, dato che concepire l'occasionalità come requisito oggettivo equivale ad escludere le condotte abituali o sistematiche, mentre attribuirle natura soggettiva vuol dire considerare quelle condotte frutto di una scelta consapevole e non di impulsi momentanei.

Al fine di valutare la possibilità di emissione della sentenza (di non luogo a procedere) *de qua*, occorre individuare in concreto gli elementi necessari per poter stabilire se un fatto di reato sia al tempo stesso tenue ed occasionale, dato che, al riguardo, il dettato normativo si rivela abbastanza laconico, non specificandone l'esatto significato.

Una corretta valutazione sulla tenuità del fatto richiede che il giudice prenda in esame globalmente una serie di parametri, tra cui la natura del reato e la pena edittale,

³ C. Cesari, *sub art. 27*, in *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, cit., p. 400; V. Musacchio, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 739; C. Pansini, *Processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., p. 1319.

Negli stessi termini, in giurisprudenza, Cass., Sez. IV, 23 dicembre 1994, p.g. in proc. M., in *CED Cass.*, n. 200865.

Esprime perplessità sulla connotazione oggettiva dei presupposti della tenuità e della occasionalità, S. Quattrocchio, voce *Irrilevanza del fatto (diritto processuale penale)*, in *Enc. dir.*, cit., Annali, vol. II, t. I, cit., p. 522 ss., secondo cui un'analisi approfondita sconfinerebbe, in entrambi i casi, sul piano soggettivo.

⁴ Di questo avviso, F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit. p. 358. Condividono la qualificazione in chiave oggettiva della tenuità e in chiave soggettiva della occasionalità, M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Irrilevanza del fatto*, in *Dig. disc. pen.*, cit., Agg. V, cit., p. 514; G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 405; P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 910.

l'allarme sociale provocato, la capacità a delinquere, le ragioni che hanno spinto il minore a compiere il reato e le modalità con le quali quest'ultimo è stato eseguito. Ad ogni modo, il tenore complessivo dell'art. 27 «sembra suggerire che la completezza del giudizio sulla tenuità del fatto commesso dal minore, non possa ritenersi raggiunta in assenza di una prognosi di carattere personalistico»⁵; in effetti, «la sentenza di non luogo a procedere trova pur sempre collocazione all'interno del quadro sistematico tracciato dall'art. 1 d.P.R. n. 448, ove è sancito a chiare lettere che l'intero procedimento a carico dell'imputato infradiciottennne deve svolgersi in modo adeguato alla sua personalità *in fieri*: pertanto, anche l'analisi del fatto pare dover essere compenetrata con la ponderazione dei profili soggettivi dell'autore»⁶.

Per consentire il proscioglimento anticipato, il fatto deve essere lievissimo in sé «perché di scarsa consistenza lesiva e sostanziale episodicità nel vissuto del minore, mentre deve escludersi che tale possa diventare, per effetto di una condotta successiva, in parte indipendente dall'imputato e non prevista dalla legge»⁷.

La dottrina ha, altresì, chiarito che non va confuso il giudizio di tenuità del fatto con quello del danno eventualmente procurato, potendosi integrare un fatto tenue anche in presenza di un danno rilevante, così, come, di converso, può ritenersi non tenue un fatto che ha cagionato un danno lieve⁸.

Per quanto concerne il secondo requisito richiesto, ovvero quello della occasionalità del comportamento, sulla sua corretta qualificazione si scorgono due diverse interpretazioni: la prima, ancorata al dato cronologico, identifica l'occasionalità con la primarietà della condotta illecita⁹; la seconda, costruita in chiave psicologica, dà rilievo al concreto atteggiamento dell'agente rispetto all'azione e reputa occasionale il fatto commesso sotto l'impulso del momento, che non sia frutto di una scelta deviante premeditata¹⁰. In posizione intermedia fra le due opzioni, si colloca chi, valorizzando tanto l'aspetto cronologico quanto quello psicologico, non identifica a priori il concetto di occasionalità con quello di unicità e ravvisa il requisito *de quo* nella «mancata reiterazione abituale o sistematica». Secondo quest'ultimo orientamento, che appare

⁵ S. Quattrocchio, voce *Irrilevanza del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, cit., Annali, vol. II, t. I, cit., p. 523.

⁶ V., ancora, S. Quattrocchio, voce *Irrilevanza del fatto (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, cit., Annali, vol. II, t. I, cit., p. 523.

⁷ C. Cesari, *Le clausole di irrilevanza del fatto*, cit., p. 125 s., ad avviso della quale «neanche il tenore dell'art. 9 d.P.R. n. 448/1988 autorizza un'esegesi così ampia».

⁸ Cfr. M. Colamussi, *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*, cit., p. 1671 ss.; C. Cesari, *sub art. 27*, in *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, cit., p. 311 ss.; S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 314 ss.; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 368 ss.; L. Pepino, *Processo minorile e formule definitorie*, in *Quad. Csm.*, 1989, p. 529 ss.; F. Rizzo, *sub art. 27 d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in A. Gaito, M. Ronco (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit., p. 1835 ss.

Contra G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 405, secondo cui il danno non può che essere considerato una componente del fatto.

⁹ D. Spirito, *Art. 27 d.p.r. n. 448 del 1988: una morte annunciata*, in *Giur. cost.*, 1991, p. 4148.

¹⁰ F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 371.

maggiormente condivisibile, un comportamento può, quindi, essere considerato occasionale quando non risulta essersi ripetuto nel tempo uguale a sé stesso.

Secondo opinione condivisa sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza di merito, presupposto indispensabile ai fini dell'emissione della sentenza *di non luogo a procedere* è l'accertamento della responsabilità del minore, concepito come *prius* logico che deve necessariamente precedere la verifica dei requisiti indicati nell'art. 27 d.P.R. n. 448/1988¹¹. Non può, al riguardo, condividersi l'orientamento della Corte costituzionale secondo cui «il giudice delle indagini preliminari è chiamato a pronunciarsi sulla richiesta del pubblico ministero in astratto e assumendo l'ipotesi accusatoria come mera ipotesi, e non dopo aver accertato in concreto che il fatto è stato effettivamente commesso e che sia ascrivibile all'imputato»¹². Secondo questa tesi, quindi, «ove si tratti di un fatto irrilevante e occasionale, il sistema è tenuto ad espellere il più velocemente possibile il minore dal circuito giudiziario, anche a scapito di un approfondimento della sua colpevolezza»¹³. Tuttavia, «a fronte dell'esigenza di ridurre l'impatto del giovane con la giustizia, di accelerare il processo di rielaborazione di una vicenda che si vuole non “segnì” in modo troppo pesante un soggetto la cui personalità è ancora in evoluzione, per un fatto valutato “irrilevante” e “occasionale”, la finalità cognitiva non può essere degradata a valore di rango sussidiario»¹⁴. Ne deriva che «l'accertamento non può essere meramente ipotetico e ciò deve valere tanto quando l'irrilevanza è pronunciata nel corso delle indagini preliminari, quanto allorché è in corso il processo»¹⁵.

Con riferimento alla necessità che l'imputato presti il proprio consenso alla definizione anticipata della vicenda processuale, si ritiene che la modifica dell'art. 32 d.P.R. n. 448/1988, ad opera dell'art. n. 63 del 2001, secondo cui è necessario che il giudice chieda all'imputato se consente alla definizione del processo in udienza preliminare, sia estensibile anche alla fase delle indagini, sul presupposto di un'accertata responsabilità cui non può pervenirsi senza una raccolta in contraddittorio delle prove, ovvero senza rinuncia ad esse da parte dell'interessato. In questa

¹¹ In questi termini, G. Garuti, *Incompatibilità del giudice e processo minorile: le garanzie si estendono anche all'udienza preliminare*, in *Cass. pen.*, 1998, p. 389. Del medesimo avviso, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 294 s., la quale precisa, altresì, come l'accertamento sulla responsabilità del minore risulta ancor più indispensabile nel momento in cui si promuove un'attività di mediazione.

In senso analogo si è espressa anche la giurisprudenza di legittimità. Cfr., al riguardo, Cass., Sez. I, 17 marzo 2006, p.m. in proc. L., in *CED Cass.*, n. 233447, ove si afferma che «la declaratoria di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto pretende, sulla base del materiale investigativo allo stato disponibile, la verifica di merito dell'ipotesi accusatoria circa l'esistenza e l'entità del fatto e la sua effettiva riferibilità alla persona dell'imputato minorenn».

¹² Così, Corte cost., 22 ottobre 1997, n. 311, in *Giur. cost.*, 1997, p. 2922.

¹³ Per queste considerazioni, cfr. A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 295.

¹⁴ Cfr., sempre, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 296.

¹⁵ Ancora, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 297.

prospettiva si propone di considerare l'audizione del minore prevista dall'art. 27 come occasione fisiologicamente deputata a raccogliere il consenso dell'imputato all'esito precoce del processo.

2. Accanto alla irrilevanza del fatto, un altro istituto che è in grado di realizzare una vera e propria diversione dal procedimento ordinario è "la messa alla prova" dell'imputato minorenni, disciplinata dall'art. 28 del d.P.R. n. 448/1988, che può essere realizzata dal giudice affidando il minore ai Servizi minorili dell'amministrazione della giustizia, per lo svolgimento di un programma di osservazione, trattamento e sostegno, al fine di valutare la personalità del minore al termine della prova¹⁶. In caso di esito positivo, il giudice dichiarerà con sentenza estinto il reato¹⁷.

¹⁶ Al riguardo l'art. 3 lett. e) legge-delega 16 febbraio 1987, n. 81 ha previsto espressamente il dovere del giudice di valutare compiutamente la personalità del minore sotto l'aspetto psichico, sociale e ambientale anche ai fini dell'apprezzamento dei risultati degli interventi di sostegno disposti, nonché la facoltà del giudice di sospendere il processo per un tempo determinato, nei casi suddetti, con sospensione in tal caso della prescrizione.

¹⁷ Sulla messa alla prova dell'imputato minorenni, cfr. Aa.Vv. *La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro. L'esperienza del Tribunale di Taranto*, a cura di N. Triggiani, Cacucci, Bari, 2011; M. Bouchard, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, cit., vol. X, p. 152 ss.; L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. dir.*, cit., Agg. IV, cit., p. 1037 ss.; C. Cesari, sub artt. 28-29, in *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, a cura di G. Giostra, cit., p. 461 ss.; M. Chiavario, *Diritto processuale penale. Profilo istituzionale*, cit., p. 611 ss.; S. Ciampi, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de iure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, p. 1984 ss.; A. Ciavola, *Il contributo consensuale della giustizia riparativa*, cit., p. 285 ss.; A. Ciavola, V. Patanè, *La specificità delle formule decisorie minorili*, cit., p. 178 ss.; A. Cocuzza, *Procedimento a carico di imputati minorenni*, in *Enc. giur.* Treccani, cit., vol. XXIV, 1991, p. 17 s.; M. Colamussi, *La messa alla prova*, Cedam, Padova 2010; Ead., *Quali fattori determinano l'esito positivo della messa alla prova?*, in V. Perchinunno (a cura di), *Percorsi di procedura penale*, vol. IV, *La revisione del codice di procedura penale agli albori del ventennio (1988-2008): riforma globale e tutela dei diritti della persona*, Giuffrè, Milano 2008, p. 331 ss.; Ead., *Messa alla prova e restorative justice*, in V. Perchinunno (a cura di), *Percorsi di procedura penale*, vol. III, *Il sistema vigente tra tutela dell'individuo e nuove istanze di difesa sociale*, Giuffrè, Milano 2004, p. 395 ss.; Ead., *Una risposta alternativa alla devianza minorile: la "messa alla prova". Profili controversi della disciplina*, in V. Perchinunno (a cura di), *Percorsi di procedura penale*, vol. II, *Il processo come garanzia: tra crisi e valori del sistema*, Giuffrè, Milano 2000, p. 391 ss.; M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, cit., Agg. V, 2010, p. 558 ss.; M. G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in *Trattato di diritto di famiglia*, cit., p. 607 ss.; A. Dalia, M. Ferraioli, *Manuale di diritto processuale penale*, cit., p. 693; F. Della Casa, *Processo penale minorile*, cit., p. 1054; G. Di Chiara, *In tema di modelli differenziati speciali: riti semplificati minorili e "messa alla prova"*, in *Foro. It.*, 1995, I, p. 2393 ss.; S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 337 ss.; G. Dosi, *L'avvocato del minore nei procedimenti civili e penali*, cit., p. 411 ss.; U. Gatti, M.I. Marugo, *La sospensione del processo e messa alla prova: limiti e contraddizioni di un "nuovo" strumento della giustizia penale italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, I, p. 85 ss.; A. Ghiara, *La "messa alla prova" nella legge processuale penale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 82 ss.; S. Giambruno, *Lineamenti di diritto processuale penale minorile*, Giuffrè, Milano 2004, p. 70 ss.; Ead., *Il processo penale minorile*, 2^a ed., Cedam, Padova 2003, p. 119 ss.; Ead., *Sospensione del processo e*

Vediamo come la sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni rappresenti «senza ombra di dubbio l'innovazione più significativa introdotta dalla riforma del processo penale minorile del 1988»: consente di «interrompere il processo e deviare il suo corso, offrendo al minore la possibilità di non andare incontro alla condanna e alla pena, in cambio della dimostrazione di un suo ravvedimento»¹⁸. Intervenendo prima della pronuncia sul merito in ordine al fatto di

messa alla prova dell'imputato: un'opportuna innovazione nel sistema processuale penale minorile, in *Giur. merito*, 1991, p. 607 s.; G. Grasso, *sub art. 28 d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in G. Canzio, G. Tranchina, *Leggi complementari al codice di procedura penale*, cit., p. 196 ss.; M. Ingrassi, *Il minore e il suo processo. D.P.R. n. 448/1988*, cit., p. 113 ss.; E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, Giuffrè, Milano 2003; S. Larizza, *La sospensione del processo con messa alla prova*, in P. Zatti (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, cit., p. 279 ss.; C. Losana, *sub artt. 28-29, d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, cit., *Leggi collegate*, vol. I, cit., p. 287 ss.; A. C. Manchia, voce *Processo penale minorile*, in S. Patti (diretto da), *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, cit., p. 187 s.; A. Mestitz, *Messa alla prova e mediazione penale*, in *Min. giust.*, 2005, 1, p. 47 ss.; P. Martucci, *sub artt. 28-29 d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in A. Giarda, G. Spangher, *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 9023 ss.; F. Mazza Galanti, I. Patrone, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, in *Delitti e pene*, 1993, p. 157 ss.; M. Miedico, *La "sospensione del processo e messa alla prova" fra prassi e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 2003, p. 2468 ss.; A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 565 ss.; V. Musacchio, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 743 ss.; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 682 ss.; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 395 ss.; C. Pansini, *Il processo minorile*, cit., p. 714; Ead., *Processo penale a carico di imputati minorenni*, cit., p. 1321 ss.; P.C. Pazè, *Un riesame complessivo della messa alla prova per i minorenni*, in *Giur. cost.*, 1995, p. 2172 ss.; L. Pepino, voce *Sospensione del processo con messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, cit., vol. XIII, 1997, p. 481 ss.; A. Petrucci, *I sentieri della messa alla prova*, in *Min. giust.*, 1994, 3, p. 62 ss.; L. Pomodoro, *"Minore imputato e messa alla prova"*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 265 ss.; A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, in A. Pennisi (a cura di), *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, 2^a ed., Giuffrè, Milano 2012, p. 328 ss.; R. Ricciotti, *La giustizia penale minorile*, 3^a ed., Cedam, Padova 2007, p. 68 ss.; F. Rizzo, *sub artt. 28-29 d.P.R. 22 settembre 1988*, n. 448, in A. Gaito, M. Ronco (a cura di), *Leggi penali complementari commentate*, cit., p. 1839 ss.; G. Sambuco, voce *Processo penale minorile*, in *Dig. disc. pen.*, cit., Agg. V, cit., p. 666 ss.; Ead., *Sulla messa alla prova dell'imputato minorenni*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2894 ss.; G. Scardaccione, F. Merlini, *Minori, famiglia, giustizia. L'esperienza della "messa alla prova" nel processo penale minorile*, Unicopli, Milano 1996; L. Scomparin, *La giustizia penale minorile*, in G. Neppi Modona, D. Petrini, L. Scomparin, *Giustizia penale e servizi sociali*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 174 ss.; G. Sergio, *La diversione del minore nel sistema penale*, cit., p. 363 ss.; P. Tonini, C. Conti, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 923 ss.; N. Triggiani, *Dal probation minorile alla messa alla prova degli adulti*, in N. Triggiani (a cura di), *La deflazione giudiziaria. Messa alla prova degli adulti e proscioglimento per tenuità del fatto*, Giappichelli, Torino 2014, p. 13 ss.; Id., *La messa alla prova dell'imputato minorenni, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, in *Annali del Dipartimento Jonico dell'Università di Bari*, 2019, p. 517 ss.; Id., *Il processo penale minorile e la messa alla prova dell'imputato minorenni*, in A.G. Buoninconti (a cura di), *Diritto penale e operatori sociali. Aree di interesse e rischi professionali*, Maggioli, Rimini 2020, p. 142 ss.; D. Tripicciono, *Le definizioni alternative del procedimento e l'udienza preliminare, Il processo penale minorile*, cit., p. 231 ss.; E. Zappalà, V. Patanè, *Il processo a carico di imputati minorenni*, cit., p. 965 s.

¹⁸ Testualmente, N. Triggiani, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni: finalità, presupposti, prospettive*, in N. Triggiani (a cura di), *La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro. L'esperienza del tribunale di Taranto*, Cacucci,

cui il minore è imputato, si realizza una vera e propria forma di *probation* processuale che implica una “sospensione impropria”, perché con l’ordinanza si apre una fase incidentale (la messa alla prova appunto) che si svolge sempre davanti allo stesso giudice che l’ha disposta.

Il fondamento costituzionale dell’istituto è rinvenibile nel combinato disposto degli artt. 27 comma 3 e 31 comma 2 Cost., i quali affidano al legislatore il compito di individuare, per gli imputati minorenni, strumenti sanzionatori che ne favoriscano il recupero, tenendo conto della specificità della loro condizione psicofisica nonché, secondo la dottrina, negli artt. 2 comma 2, 3 comma 2 e 4 comma 2 Cost., che descrivono il quadro costituzionale del diritto del minore a un pieno e completo sviluppo della persona e a un proficuo inserimento sociale.

La *ratio* della messa alla prova «è espressione da un lato della logica “riduzionista” che mira a limitare al massimo oltre che la prisonizzazione del minore, la sua stessa permanenza nel circuito penale, dall’altro risponde all’intento di indurre l’imputato non solo a non commettere altri reati, ma ad attivarsi positivamente in un percorso di maturazione e cambiamento, avviando una rimeditazione critica del suo passato in vista di un costruttivo reinserimento nella vita della collettività»¹⁹. L’intento è quello di offrire all’imputato minorenne «un itinerario di responsabilizzazione in un contesto, quale quello penale, dove la responsabilità delle proprie azioni è un obiettivo di conoscenza per gli operatori sociali e del diritto e, al tempo stesso, una finalità dell’intervento»²⁰. Attraverso questo istituto – a cui si ricorre sempre più

Bari 2011, p. 34 s. Nello stesso senso M. Colamussi, *Processo penale minorile: obiettivi, strumenti, percorsi e recidiva*, in M. Colamussi, A. Mestitz, *Devianza minorile e recidiva. Prosciogliere, punire o responsabilizzare?*, Franco Angeli, Milano 2012, p. 49.

La giurisprudenza di legittimità ha evidenziato che l’istituto della sospensione del processo con messa alla prova rappresenta una particolare forma di “*probation*” che necessita, da parte del minore, una rimeditazione critica sul passato e la disponibilità ad un costruttivo reinserimento nel contesto sociale. In tal senso, Cass., Sez. I, 23 febbraio 2006, A., in *CED Cass.*, n. 233719; Cass., Sez. I, 8 luglio 1999, C., in *Riv. pen.*, 1999, p. 1100.

¹⁹ Così, P. Martucci, *sub art. 28 d.p.r. 22 settembre 1998*, n. 448, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., p. 9024.

²⁰ P. Patrizi, *Tutela del minore e processi di responsabilizzazione nella sospensione del processo e messa alla prova*, in A. Mestitz (a cura di), *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, Giuffrè, Milano 1997, p. 179.

In giurisprudenza, cfr. già Cass., Sez. V, 7 aprile 1997, p.m. in proc. P., in *CED Cass.*, n. 208249, secondo cui «a norma degli artt. 28 e 29 d.P.R. 22 settembre 1988 n. 448, la sospensione del processo è finalizzata all’estinzione del reato, che viene dichiarata soltanto a seguito dell’esito positivo del periodo di prova, al quale deve essere sottoposto il minore, valutato sulla base del comportamento da lui tenuto e dell’evoluzione della sua personalità. La *ratio* della norma va individuata nell’esigenza di dare al giudice il potere di valutare in concreto la possibilità di rieducazione e inserimento del minore nella vita sociale, con una misura innovativa che ha valore aggiunto rispetto sia al perdono giudiziale sia all’improcedibilità per irrilevanza del fatto, e con l’attribuzione di una discrezionalità molto ampia, non circoscritta nei limiti di cui all’art. 169 cod. pen. e dell’art. 27 del citato d.P.R. Il beneficio prescinde infatti, dai precedenti penali e giudiziari, ostativi all’applicazione del perdono giudiziale, e dalla tenuità del reato e dall’occasionalità del comportamento delittuoso, che sono richieste, invece, per la pronuncia d’improcedibilità per irrilevanza del fatto, postulando soltanto una prognosi di positiva evoluzione della

frequentemente, come testimoniano i dati statistici raccolti ed elaborati dal Ministero della giustizia nell'ambito dell'attività di monitoraggio svolta a partire dall'ottobre del 1991²¹ e numerose ricerche di carattere empirico condotte nei diversi distretti di corte d'appello²² - lo Stato, di fronte all'impegno serio e fattivo del minore durante la

personalità del soggetto». Più recentemente, v. Cass., Sez. IV, 25 marzo 2014, in www.dirittoegiustizia.it, 3 aprile 2014, ove si afferma che scopo della messa alla prova è quello di consentire il recupero di colui che si sia trovato a delinquere nel corso della minore età «utilizzando l'occasione del processo per sperimentare un tentativo spiccatamente specialpreventivo che, rifuggendo dalla stigmatizzazione della detenzione (dalla quale si ottiene sovente l'effetto perverso contrario che si vorrebbe scongiurare) o riducendola al minimo utile per innestare processi di rivisitazione, tende al superamento del percorso deviante ed al reinserimento sociale del minore».

²¹ Analizzando gli ultimi dati statistici pubblicati dal Dipartimento per la Giustizia Minorile – Servizio statistica – in www.giustiziaminorile.it, appare evidente un ricorso sempre crescente all'istituto della messa alla prova. Nel 2021 sono stati emessi 4.634 provvedimenti, con un incremento del 52,3% rispetto al 2020.

La sede con maggiore applicazione della misura è stata quella di Milano (601 provvedimenti), per la quale è stato registrato un aumento del 46%; segue Roma (376 provvedimenti) con un aumento del 33%; entrambe le sedi continuano il loro *trend* di crescita, che non si era arrestato neanche nel 2020.

Le altre sedi processuali con un numero più alto di provvedimenti sono state Firenze, Napoli, Brescia, Torino e Bologna.

Nel quadro complessivo dei minori messi in prova si è registrata una forte componente maschile, che rappresenta il 92% del totale. Con riferimento all'età, alla data di concessione della messa alla prova il 6% aveva un'età compresa fra i quattordici e i quindici anni, il 36% apparteneva alla fascia tra i sedici e i diciassette anni, mentre il 58% rientrava già nella categoria dei giovani adulti. Per quanto concerne la nazionalità, gli stranieri hanno rappresentato il 18% del totale dei minori messi alla prova nel 2021, con una prevalenza di minori provenienti dall'Est europeo e dal Nord Africa.

Si osserva la prevalenza dei reati in materia di sostanze stupefacenti, poi reati contro il patrimonio, soprattutto furto e rapina; tra i reati contro la persona prevalgono le lesioni personali volontarie e i reati di violenza privata e minaccia, seguiti dalle violenze sessuali; tra gli altri reati sono da segnalare le violazioni delle disposizioni contenute nel d.P.R. 309/90 in materia di sostanze stupefacenti, che costituiscono il secondo reato in ordine di importanza numerica dopo il furto, le violazioni delle disposizioni in materia di armi e quelle del codice della strada.

Emerge, poi, una durata media del periodo di prova pari a 9 mesi, mentre la moda della distribuzione, ossia la modalità cui è associata la massima frequenza, è in corrispondenza dei dodici mesi. L'art. 28, comma 1, d.P.R. n. 448/1988 prevede che la prova possa superare l'anno, fino a un massimo di tre anni, per i reati per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a dodici anni: nel 2021 i casi in cui la durata della prova ha superato l'anno sono stati 297, pari al 6,7% del totale.

Con riferimento alle prescrizioni impartite dal giudice nel provvedimento di messa alla prova, la maggior parte di esse riguarda le attività di volontariato e socialmente utili; seguono quelle concernenti le attività di studio e lavorativa.

Si evidenzia, inoltre, il dato riguardante l'attività sportiva, strumento educativo valido soprattutto per trasmettere ai ragazzi l'importanza delle regole.

La prescrizione di permanere in una comunità per tutto il periodo di prova o per una parte di esso è stata disposta in 984 provvedimenti nel 2021, circa il 21% del totale dell'anno.

In numerosi casi si è lavorato per favorire la riconciliazione con la parte lesa e l'invio all'Ufficio di mediazione penale.

Per l'anno 2021 le messe alla prova definite al momento dell'analisi dei dati erano circa il 33% del totale dei provvedimenti disposti e di queste circa l'84% ha avuto esito positivo.

²² Tra le numerose ricerche sul campo, cfr. Aa. Vv., *Funziona la messa alla prova? Indagine su cinque anni di applicazione della MAP nel distretto Bari-Foggia*, a cura di F. Carabellese, I. Grattagliano, Pensa Multimedia, Lecce 2008; A. Mestitz (a cura di), *Messa alla prova: tra innovazione e routine*, Carocci,

realizzazione del progetto di trattamento, risponde rinunciando non solo all'applicazione della pena detentiva, ma alla pronuncia stessa di una sentenza di condanna.

Raccogliendo i moniti della legislazione internazionale, l'istituto *de quo* soddisfa l'esigenza di introdurre percorsi alternativi al procedimento penale, che puntino alla rieducazione del minore autore di reato, evitando l'applicazione di misure di carattere custodiale. Analogamente a quanto analizzato in tema di irrilevanza del fatto, anche la messa alla prova consente di vedere concretizzato il principio di minima offensività del processo penale minorile, alla stregua del quale il processo «va evitato tutte le volte in cui può risultare “inutile”, o addirittura pregiudizievole perché interrompe i percorsi educativi in atto, specie al cospetto di reati di scarso allarme sociale»²³.

Roma 2007; N. Benatelli, A. Zotti, *La messa alla prova nel processo penale: minori protagonisti, progetti, difficoltà ed esiti. L'esperienza di Venezia–L'esperienza del Salernitano*, in *Min. giust.*, 1997, 1, p. 152 ss.; A. Cacciapaglia, *La sospensione del processo e la messa alla prova dell'imputato minorenni. L'esperienza del Tribunale per i minori di Lecce*, in *Le Corti Pugliesi*, 2009, p. 445 ss.; D. Chinnici, *La sospensione del processo e messa alla prova (art. 28 d.p.r. 448/88): analisi dell'applicazione dell'istituto nel Distretto di Corte di Appello di Palermo (anni 1991/1992)*, in *Giur. merito*, 1996, p. 834 ss.; M. Colamussi, *La messa alla prova nella realtà operativa del Tribunale per i minorenni di Bari*, in *Aa.Vv.*, *La tutela del minore tra norme, psicologia ed etica*, cit., p. 239 ss.; M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, cit., Agg. V, 2010, cit., p. 582 ss.; M. Correr, P. Martucci, G. Scardaccione, *L'applicazione dell'istituto della sospensione del giudizio con messa alla prova nell'attività giudiziaria dei Tribunali per i minorenni di Roma e Trieste*, in *Riv. giur. pol. loc.*, 1992, p. 521 ss.; F. Di Maio, *Esperienze di messa alla prova e recupero del minore deviante nella realtà operativa del Tribunale per i minorenni di Taranto*, in N. Triggiani (a cura di), *La messa alla prova dell'imputato minorenni tra passato, presente e futuro*, cit., p. 107 ss.; S. Di Nuovo, M.G. Castorina, P. Coppolino, M. Malara, T. Taibi, *L'efficacia della messa alla prova quale procedimento educativo e socializzante*, in *Min. giust.*, 2013, 1, p. 110 ss.; L. Garberoglio, *Sospensione del processo penale con messa alla prova e servizi sociali: un'analisi dello stato di applicazione nei distretti del Nord*, in *Bamb. inc.*, 1992, n. 2, p. 107 ss.; G. Latti, *La messa alla prova nell'applicazione del Tribunale per i minorenni di Cagliari*, in *Min. giust.*, 1999, 2, p. 131 ss.; E. Mariani, R. Bianchetti, *L'applicazione della «messa alla prova» nei reati di gruppo commessi da minori nel distretto di Corte d'appello di Milano*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2410 ss.; A. Mestitz, M. Colamussi, *Messa alla prova e restorative justice*, in *Min. giust.*, 2000, suppl. al n. 2, p. 223 ss.; C. Monteleone, *Messa alla prova e «reati gravi»: uno studio della prassi applicativa del Tribunale per i minorenni di Milano*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 3480 ss.; B. Santagata (a cura di), *Ragazzi alla prova: un'indagine sui provvedimenti giudiziari di sospensione del processo e “messa alla prova” nella prassi operativa del Triveneto*, Forum, Udine 2005; A. Sbraccia, *La rinuncia alla sanzione nell'economia complessiva delle sentenze penali del Tribunale per i minorenni di Venezia*, in *Dei delitti e delle pene*, 2001, 1-3, p. 443 ss.; G. Scardaccione, M.T. Spagnoletti, *L'esperienza della messa alla prova nel sistema minorile italiano: risultati di un'indagine svolta presso il Tribunale per i minorenni di Roma*, in *Aa.Vv.*, *Studi in ricordo di Giandomenico Pisapia*, vol. III, *Criminologia*, Giuffrè, Milano 2000, p. 875 ss.; F. Vianello, *La sospensione del processo e la messa alla prova. Un'indagine presso il G.u.p. del Tribunale per i minorenni di Venezia*, in *Sociologia dir.*, 1998, 2, p. 79 ss.

²³ Così, M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Messa alla prova*, in *Dig. disc. pen.*, cit., Agg. V, p. 559, le quali precisano altresì che «con la messa alla prova si evita di stigmatizzare penalmente l'imputato minorenni, salvaguardando al tempo stesso quegli inevitabili processi di auto ed etero-svalutazione che possono essere devastanti in una personalità in via di formazione».

In ossequio al principio di legalità e di presunzione di innocenza, appare evidente che presupposto applicativo principale per la sospensione del procedimento sia la verifica della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità dell'imputato. Come ha affermato la Corte Costituzionale, l'accertamento di responsabilità «costituisce un presupposto logico essenziale del provvedimento dispositivo della messa alla prova», in assenza del quale si impone il proscioglimento²⁴. In ogni caso, tale misura dovrebbe essere esclusa ogni qual volta sussistano le condizioni per l'immediata declaratoria di una delle cause di non punibilità *ex art. 129 c.p.p.*, ovvero per l'emissione di una sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425 c.p.p.*, o ancora di non doversi procedere *ex art. 529 c.p.p.* o di assoluzione *ex art. 530 c.p.p.*²⁵. L'istituto non dovrebbe, altresì, trovare applicazione, qualora ricorrano altre formule di proscioglimento tipiche del sistema processuale minorile, come la sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto o il perdono giudiziale²⁶.

Anche se non espressamente previsto a livello normativo, altro requisito indefettibile è rappresentato dalla capacità di intendere e di volere, in quanto sarebbe paradossale pretendere che il minore incapace di effettuare scelte autonome e

²⁴ Corte cost., 14 aprile 1995, n. 125, cit.

²⁵ In questi termini, L. Caraceni, voce *Processo penale minorile*, in *Enc. dir.*, cit., Agg. IV, p. 1038; C. Cesari, *sub art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, cit., p. 461 s.; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., p. 105; M. G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 460; U. Gatti, M.I. Marugo, *La sospensione del processo e messa alla prova limiti e contraddizioni di un "nuovo" strumento della giustizia minorile italiana*, in *Rass. it. crim.*, 1992, I, p. 93; A. Ghiara, *La "messa alla prova" nella legge processuale penale minorile*, in *Giust. pen.*, 1991, III, c. 88; E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, cit., p. 95; C. Losana, *sub artt. 28-29*, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in *Commento al codice di procedura penale*, cit., coordinato da Chiavario M., *Leggi collegate*, vol. I, cit., 299 s.; A. C. Moro, *Manuale di diritto minorile*, cit., p. 566; F. Palomba, *Il sistema del processo penale minorile*, cit., p. 414 s.; N. Triggiani, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, cit., p. 43 s.

Secondo G. Rossi, *La riparazione nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 52, «la messa alla prova disposta dal giudice del dibattimento non pare avere molto senso se non a chiusura dell'istruttoria, il cui esito dubbio sulla responsabilità (o sull'esistenza di condizioni di procedibilità o di cause di estinzione del reato) impone senz'altro l'assoluzione dell'imputato. In questa fase, dunque, la misura in esame, presupponendo l'accertamento della responsabilità, si configura quale alternativa alla conseguente inflizione della pena, e pertanto può ritenersi più simile alla misura "rieducativa" dell'"affidamento in prova al servizio sociale" applicato prima dell'emissione dell'ordine di carcerazione (...), che alla messa alla prova disposta nell'udienza preliminare».

²⁶ Dottrina e giurisprudenza hanno osservato che il beneficio del perdono è più vantaggioso rispetto alla sospensione del processo con messa alla prova poiché viene immediatamente realizzato l'obiettivo dell'uscita del minore dal circuito penale. Cfr., in dottrina, C. Losana, *sub art. 28*, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, cit., *Leggi collegate*, vol. I, cit., p. 293.

In giurisprudenza, Trib. Min. Ancona, 28 febbraio 1995, X, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 647, secondo cui «l'istituto della sospensione rimane riservato ai casi in cui si renda necessaria la valutazione della personalità del minore nell'ambito di un progetto strutturato con la predisposizione di impegni precisi ulteriori rispetto alle sue normali attività e dimostrativi, sotto costante controllo dei servizi e del giudice, della volontà di modifica sostanziale dello stile di vita, meritoria di estinzione del reato».

consapevoli assuma precisi impegni in ordine all'attuazione del progetto di intervento elaborato dai servizi²⁷.

Questione particolarmente controversa è la necessità del consenso da parte del minore imputato, e qui si sono offerte diverse interpretazioni. Secondo una prima chiave di lettura, trovandoci «in sede di udienza preliminare, è inevitabile che l'accertamento probatorio sia incompleto»; pertanto, «il consenso del minore diviene necessario perché, ai sensi dell'art. 111 commi 4 e 5 Cost., possa prescindersi da tale verifica e giungersi, con la sospensione del processo e messa alla prova, ad una definizione anticipata della vicenda processuale»²⁸. Quanto appena affermato si ritiene trovi fondamento nella circostanza che, l'art. 32, comma 1, d.P.R. n. 448/1988, così come modificato dalla l. n. 63/2001, nel prescrivere al giudice dell'udienza preliminare di acquisire, prima dell'inizio della discussione, il consenso del minore alla definizione del processo in quella stessa fase, si riferisca anche alla messa alla prova, non contenendo la disposizione normativa alcuna specificazione in merito al tipo di definizione per cui il consenso è necessario²⁹.

Secondo un altro indirizzo esegetico, invece, il consenso del minore non è richiesto, sia perché manca un chiaro riferimento normativo, sia perché «pretendere l'assenso del minore significherebbe presumere che egli abbia una personalità strutturata a tal punto da poter effettuare la scelta migliore per il suo futuro»³⁰.

La soluzione che appare preferibile è quella che, partendo dalla constatazione della mancanza di un'espressa previsione legislativa, non riconduca il consenso del minore ad elemento indispensabile ai fini della sospensione del procedimento, essendo compito del giudice valutare l'opportunità o meno di sospenderlo³¹, ma lo interpreti come manifestazione di partecipazione attiva al programma rieducativo. Quindi non condizione di applicabilità, ma elemento necessario per il buon esito della prova. Diversamente, il rifiuto di collaborare da parte dell'imputato inficerebbe la realizzazione stessa del progetto di intervento, con probabile esito negativo della misura, che invece di favorire il recupero sociale del minore deviante, finirebbe solo per allungare la sua permanenza all'interno del circuito giudiziario.

²⁷ In questi termini, M.G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 461.

²⁸ Così, A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni* cit., p. 392. Negli stessi termini, A. Ciavola, *Il contributo della giustizia consensuale e riparativa*, cit., p. 290; C. Cesari, *I presupposti del probation minorile: dai rischi di un potere arbitrario ai possibili canoni di una discrezionalità temperata*, in Aa.Vv., *Il processo penale dei minori: quale riforma per quale giustizia*, cit., p. 165 s.

²⁹ Cfr. M.G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 464; A. Pulvirenti, *Il giudizio e le impugnazioni*, cit., p. 392.

³⁰ E. Lanza, *La sospensione del processo con messa alla prova dell'imputato minorenni*, cit., p. 74.

³¹ Il consenso del minore all'adozione del provvedimento di messa alla prova viene nettamente escluso dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui «il legislatore non ha condizionato il provvedimento *de quo* alla prestazione del consenso da parte del minore (né del pubblico ministero), ma ha rimesso al giudice la decisione circa l'opportunità di sospendere il processo al fine di valutare la personalità del minore all'esito della prova, prescrivendo soltanto che tale decisione sia adottata "sentite le parti"». Così, Corte. Cost., 14 aprile 1995, n. 125, cit.

Ai fini dell'operatività dell'istituto, la dottrina concorda sul fatto di non ritenere condizione necessaria la confessione, non solo perché non si tratta di un requisito richiesto dalla legge, ma anche perché introdurla come presupposto imprescindibile del *probation* renderebbe l'istituto incompatibile con la presunzione di non colpevolezza e il diritto di difesa, invertendo l'onere della prova sulla responsabilità, gravante, secondo i principi generali, sul pubblico ministero³².

In quest'ottica, l'avvenuta confessione costituirebbe condizione necessaria, ma non sufficiente per la sospensione del processo con messa alla prova, per cui potrebbe verificarsi l'ipotesi di un'ammissione dei fatti ottenuta in funzione della messa alla prova, cui non segua il provvedimento sospensivo per altre ragioni, come l'impraticabilità del progetto rieducativo: si rischierebbe, allora, una condanna fondata sulla confessione, magari con un quadro probatorio non univoco in punto di responsabilità³³. Lo stesso dicasi in caso di ammissione alla prova e di successiva revoca del provvedimento³⁴.

Tuttavia, la prassi applicativa che si è instaurata sin dall'inizio nei Tribunali per i minorenni va in direzione opposta, e anche la Corte di cassazione ha affermato che «la confessione o la parziale ammissione dell'addebito da parte del minore rappresenta un elemento sintomatico da cui desumerne il ravvedimento, necessario per formulare un giudizio prognostico positivo sulla sua rieducazione e sull'evoluzione della personalità verso un costruttivo reinserimento sociale»³⁵. Effettivamente, diventa davvero difficile ammettere alla prova un minore che, come talvolta accade, «chiede la sospensione del processo, ma al contempo si dichiara completamente estraneo ai fatti di reato che gli sono contestati o, con riferimento, ad esempio, ad un reato di lesioni personali in

³² Cfr. C. Cesari, *sub art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, p. 462; A. Ciavola, *Il contributo consensuale della giustizia riparativa*, cit., p. 291; M. Colamussi, *La messa alla prova*, cit., p. 107 s.; M.G. Coppetta, *La sospensione del processo con messa alla prova*, cit., p. 460; S. Di Nuovo, G. Grasso, *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 363; F. Mazza Galanti, I. Patrone, *La messa alla prova nel procedimento penale minorile*, cit., p. 162 s.

Contra M. Bouchard, voce *Processo penale minorile*, cit., p. 153, secondo cui il giudice può emettere un provvedimento di messa alla prova solo quando la responsabilità penale sia pienamente accertata anche attraverso la completa ammissione degli addebiti, «diversamente la messa alla prova costringerebbe l'imputato a sopportare obblighi di condotta non correlati ad un fatto di cui si proclami, eventualmente, innocente, con violazione dei parametri di costituzionalità non solo in ordine al diritto di difesa quanto soprattutto per la natura abnorme che la messa alla prova verrebbe ad assumere».

³³ In questi termini, C. Cesari, *sub art. 28*, in G. Giostra (a cura di), *Il processo penale minorile. Commento al d. P.R. 448/1988*, cit., p. 467. Per una compiuta analisi della problematica, v. M. Miedico, *La confessione del minore nella "sospensione del processo e messa alla prova"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1292 ss., la quale osserva, tra l'altro, che includere la confessione tra i requisiti della messa alla prova determinerebbe una violazione del diritto di difesa, per l'impossibilità di applicare la misura all'imputato che abbia legittimamente esercitato il diritto al silenzio.

³⁴ Di tale avviso N. Triggiani, *La messa alla prova dell'imputato minorenni, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, cit., p. 531.

³⁵ Cass., Sez. III, 6 giugno 2008, A., in *CED Cass.*, n. 240825.

Nella giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Min. Bologna, 10 settembre 1992, in *Giust. pen.*, 1993, II, c. 242. Successivamente, in senso conforme, Trib. Min. Milano, 10 maggio 2004, in www.utetgiuridica.it.

imputazione, afferma di essersi semplicemente difeso da un'aggressione»³⁶. Di fronte ad un comportamento processuale di questo tipo, il tribunale per i minorenni non potrà che rigettare la richiesta di prova, sul presupposto che, se il minore si proclama estraneo ai fatti di reato o comunque non ammette, sia pure parzialmente, l'addebito, dovrà affrontare il processo in modo che sia accertata l'effettiva dinamica dei fatti³⁷.

Verificata la sussistenza dei presupposti applicativi, il giudice, ai sensi dell'art. 28 d.P.R. n. 448/1988, può sospendere il procedimento, affidando il minore ai servizi sociali minorili, al fine di eseguire un progetto di prova, concordato e predisposto insieme ai servizi medesimi, con l'obiettivo di offrire un'opportunità di rieducazione e di cambiamento, stimolando, altresì, positivamente l'evoluzione della personalità del minorenne³⁸. Il compito più difficile è quello di effettuare un giudizio prognostico positivo sulla congruità della sospensione del processo e sulla modalità del programma di messa alla prova più idonea ad aiutare il minore³⁹; l'organo giudicante è così chiamato ad una valutazione non statica, ma dinamica della personalità⁴⁰, che verifichi la maturazione di un processo di crescita in grado di realizzare un positivo inserimento sociale. Nella valutazione sull'opportunità della messa alla prova, occorre tenere in considerazione molteplici elementi, come il tipo di reato commesso, le modalità esecutive, i motivi a delinquere, la presenza di eventuali precedenti penali, la personalità e il carattere dell'imputato, nonché qualunque altra circostanza utile ai fini della valutazione⁴¹. Al riguardo, la gravità del reato non produce un effetto preclusivo

³⁶ Così, N. Triggiani, *La messa alla prova dell'imputato minorenne, trenta anni dopo. Fondamento, presupposti, esperienze*, cit., p. 531.

³⁷ Cfr. Cass., Sez. IV, 20 giugno 2014, n. 32125, in *CED Cass.*, n. 262241: «In sede di giudizio minorile, l'ammissione alla messa alla prova dell'imputato, previa sospensione del processo, richiede da parte dell'interessato la rimeditazione critica del passato e la disponibilità ad un costruttivo reinserimento, le quali, pur non esigendo la confessione degli addebiti, risultano incompatibili con la frontale negazione di ogni responsabilità per gli stessi». Nello stesso senso, v. Cass., Sez. III, 14 febbraio 2017, n. 43810, *ivi*, n. 270844, la quale ha ritenuto immune da censure la sentenza di merito che ha escluso la concessione della messa alla prova in un caso in cui l'imputato, pur non contestando i fatti storici in sé, nel corso di tutto il procedimento, aveva sempre rifiutato i colloqui con i servizi sociali, con la motivazione che riteneva infondate le accuse mossegli.

³⁸ Cfr. M. Colamussi, A. Mestitz, voce *Messa alla prova*, cit., p. 558.

³⁹ Cass., Sez. I, 5 marzo 2013, R., in *CED Cass.*, n. 255267. In senso conforme, Cass., Sez. VI, 5 marzo 2007, P., in *Foro. it.*, 2007, II, c. 615; Cass., Sez. I, 18 maggio 2006, R., *ibidem*; Cass., Sez. I, 9 aprile 2003, D. N., in *CED cass.*, n. 224810; Cass., Sez. II, 19 gennaio 2001, p.m. in proc. M., in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 619; Cass., Sez. I, 29 novembre 2000, P.M. in proc. I, in *CED Cass.*, n. 218213.

Secondo Cass., Sez. II, 23 giugno 2010, C., in *CED Cass.*, n. 248615, «il giudizio prognostico negativo che impedisce la sospensione del processo e la messa alla prova non può sostanziarsi nel generico riferimento ai precedenti giudiziari dell'imputato e nel richiamo a un pur specifico episodio delittuoso, senza che sia dato conto dell'essenziale valutazione se la condotta deviante sia espressiva di un sistema di vita o soltanto di un disagio transeunte, benché manifestato con la reiterazione di condotte illecite».

⁴⁰ Cfr. C. Losana, *sub artt. 28-29, d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448*, in M. Chiavario (coordinato da), *Commento al codice di procedura penale*, cit., *Leggi collegate*, vol. I, cit., p. 293.

⁴¹ Cfr., Cass. Sez. I, 23 marzo 1990, L., in *Giur. it.*, 1991, p. 290, con nota di G. Manera, *Sull'applicabilità della probation processuale nel giudizio d'appello*. Successivamente, nello stesso senso, Cass., Sez. II, 19 marzo 2008, X, in *Guida dir.*, 2008, n. 21, p. 70; Cass., Sez. V, 9 giugno 2003,

in merito alla concessione, potendo la misura essere disposta con riferimento a qualsiasi tipo di illecito⁴². Chiaramente, l'entità della fattispecie criminosa dovrà essere presa in considerazione dal giudice nell'ambito della valutazione sulla personalità del minore.

Un fattore essenziale è rappresentato dalla considerazione se il fatto contestato sia da considerare un episodio del tutto occasionale e non, invece, rivelatore di un sistema di vita, che faccia escludere un giudizio prognostico positivo sull'evoluzione della personalità del minore verso modelli socialmente adeguati⁴³. Per acquisire le conoscenze necessarie, l'organo giudicante può avvalersi dell'ampio ventaglio di strumenti di indagine offertogli dall'art. 9, d.P.R. 448/1988, richiedendo, eventualmente, anche ai servizi minorili di elaborare il progetto di rieducazione.

Se la valutazione dà esito positivo, il giudice dispone con ordinanza la sospensione del processo e, in ottemperanza a quanto previsto dall'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988, può impartire «prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione con la persona offesa». È qui che entra in gioco in fase processuale l'istituto della mediazione, che si configura come un meccanismo a carattere non stigmatizzante, che stimola una forte attitudine educativa nel minore, favorendo un processo di autoresponsabilizzazione volto a comprendere le conseguenze dannose del comportamento posto in essere⁴⁴.

Il settore della giustizia minorile offre indubbiamente maggiori spazi, rispetto al procedimento ordinario, per interventi di mediazione e conciliazione tra autore e vittima del reato, fondandosi il processo a carico di imputati minorenni sul principio dell'adeguatezza nei confronti della personalità e delle esigenze educative del minore.

In effetti, le tecniche di mediazione-conciliazione ben si prestano ad un utilizzo nel contesto penale minorile, determinando un maggior snellimento delle procedure e un coinvolgimento istituzionale di servizi e soggetti estranei all'apparato penale; una responsabilizzazione e maturazione del minore-reo; una minore permanenza dell'autore del reato all'interno del circuito penale, che si armonizza con l'introduzione della mediazione come forma di *diversion*. In ossequio al principio di minima

p.m. in proc. S., in *Foro it.*, 2004, II, c. 14, con osservazioni di G. Di Chiara; Cass., Sez. I, 24 aprile 2001, C., in *CED Cass.*, n. 219404; Cass., Sez. I, 20 gennaio 1999, C., *ivi*, n. 212546; Cass., Sez. I, 27 ottobre 1998, A., *ivi*, n. 211875.

⁴² Cfr. Corte cost., 27 settembre 1990, n. 412, in *Giur. cost.*, 1990, p. 2505, che ha ritenuto compatibile la sospensione del processo con messa alla prova anche nei confronti di reati particolarmente gravi, sanzionati con la pena dell'ergastolo; quest'ultimo è successivamente divenuto inapplicabile in concreto ai minori in virtù della sentenza della Corte costituzionale del 28 aprile 1994, n. 168, in *Giur. cost.*, 1994, p. 1254.

⁴³ Cfr. Cass., Sez. V, 7 dicembre 2012, G., in *CED Cass.*, n. 256772; Cass. Sez. II, 23 giugno 2010, C., *ivi*, n. 248615; Cass., Sez. III, 22 ottobre 2008, S., *ivi*, n. 241805; Cass., Sez. II, 4 novembre 2003, M., in *Cass. pen.*, 2006, p. 1045; Cass., Sez. II, 27 marzo 1998, S., in *Giust. pen.*, 2000, III, c. 169; Cass., Sez. I, 27 settembre 1993, C., *ivi*, 1995, III, c. 230.

⁴⁴ Per approfondimenti sulla mediazione in ambito penale si consenta di rinviare a D. Certosino, *Mediazione e giustizia penale*, Cacucci, Bari 2015.

offensività del processo, si realizza, attraverso la mediazione, una inferiore esposizione del minore alle sollecitazioni negative derivanti dalla sua partecipazione al processo e una tempestiva definizione della vicenda processuale, in grado di contribuire efficacemente al processo di maturazione psicologica del minorenne.

L'art. 28, comma 2, d.P.R. n. 448/1988 contempla i due possibili aspetti della mediazione: da un lato la riparazione delle conseguenze del reato, dall'altro la conciliazione del minore con la persona offesa. Due attività che si collocano, evidentemente, in ambiti differenti: mentre la prima riguarda quelle azioni risarcitorie o ripristinatorie che hanno una connotazione materiale, la seconda riveste una dimensione psicologica e sociale di relazione interpersonale, volta a ristabilire il legame sociale interrotto e a far riacquistare consapevolezza e serenità ai protagonisti dell'evento. Per questo motivo, la dottrina correttamente afferma che si può avere «riparazione senza conciliazione, e conciliazione senza riparazione». Quest'ultima si realizza in genere nei casi meno gravi, ove può rivelarsi sufficiente una semplice conciliazione, cui non consegua un'effettiva riparazione in termini economici o di prestazione di attività. La prima, invece, si concreta, nel momento in cui, ad una riparazione delle conseguenze del danno provocato da parte del minore non consegua una volontà della persona offesa a ristabilire una qualche forma di comunicazione. Spesso, infatti, la difficoltà nel conciliare non risiede nella indisponibilità dell'imputato al contatto con la persona offesa, ma è conseguente ad una chiusura di quest'ultima, che non riesce ad elaborare l'accaduto, continuando a coltivare finalità rivendicative e retributive nei confronti dell'autore del reato.

L'attività mediatrice si rivela veramente efficace quando è in grado di coniugare entrambe le esigenze; a tal proposito, molto delicato è il ruolo del mediatore, che deve dimostrare un'elevata capacità relazionale, cercando di evitare che l'insistenza conciliativa finisca con il lacerare ulteriormente la vittima, soprattutto se il reato ha inciso profondamente sulla sua personalità. Occorre, inoltre, evitare che il continuo innesto di pratiche mediatriche nell'alveo del processo minorile possa aprire il varco a procedure caratterizzate da un'eccessiva informalità, trasformando così questo «microsistema penale» in uno «strumento rieducativo *tout court*, al di fuori di ogni logica di accertamento penale».

Nell'ambito del progetto di messa alla prova, la mediazione, se corredata di opportuni accorgimenti, può effettivamente assumere un ruolo significativo e rappresentare un'occasione di riscatto sia per il reo, al quale vengono forniti gli stimoli sul piano educativo e motivazionale, finalizzati al cambiamento e al recupero, sia per lo Stato, che rinuncia a punire perché preferisce recuperare un giovane facendo appello al suo senso di responsabilità verso se stesso, verso la vittima e verso l'intera società.

3. Volendo, adesso, analizzare in quali termini questi meccanismi di *diversion* processuale trovino efficace applicazione nei riguardi dei minori stranieri va evidenziato, innanzitutto, che quando l'imputato minorenne da difendere è straniero le

difficoltà nell'attuare la migliore difesa, o persino nel prestare un'assistenza difensiva adeguata, aumentano esponenzialmente. Ciò in quanto i minori stranieri imputati (comunitari e non comunitari) sono portatori di interessi particolari sia durante il processo – si pensi al cittadino alloglotta e alle questioni legate all'interpretazione ed alla traduzione – sia durante la vita detentiva sia, soprattutto, per accedere a prescrizioni o misure diverse da quelle custodiali. Ne consegue che gli interventi dell'apparato socio-giudiziario sono inevitabilmente più complessi.

A parità di imputazione o di condanna, la permanenza negli istituti penitenziari degli stranieri è mediamente più lunga di quella degli italiani, sia in fase cautelare che dopo l'eventuale sentenza.

Dando uno sguardo alla posizione giuridica dei minori stranieri presenti negli IPM, nel 2021 si è registrato un ingresso del 44% rispetto al totale dei minori, inoltre, gli stranieri rappresentano il 51% del totale dei minori in attesa di giudizio e il 39% del totale dei minori che hanno una condanna definitiva⁴⁵. Dunque, emerge, come nonostante il carcere debba rappresentare l'*extrema ratio* troppo spesso, invece, costituisce per gli stranieri il luogo in cui si attende l'esito del procedimento.

I minori stranieri risultano essere la maggioranza dei minorenni condannati, evidenziandosi una diversità di percorsi giudiziari dei minorenni italiani rispetto agli stranieri, in quanto nei loro riguardi le possibilità di un esito penale di condanna sono maggiori. Si tratta di una disparità di trattamento determinata da cause oggettive e soggettive, riferite alla situazione sociale e personale del minore, che rendono difficilmente applicabili percorsi giudiziari di fuoriuscita dal circuito penale di cui, invece, riescono a beneficiare i minori italiani. Ci si riferisce in particolare all'istituto della messa alla prova, che dovrebbe essere applicata in misura maggiore rispetto a quanto non accada oggi, superando concrete difficoltà.

Sulla base delle diverse esperienze segnalate sul sito dell'Unione delle camere penali minorili è stato possibile appurare che sussistono effettivamente delle diversificazioni di trattamento, soprattutto nella fase di inserimento del minore straniero in un progetto di messa alla prova, disparità che discendono dalla situazione personale del minore straniero rispetto al minore italiano, autore di reato. Dalle statistiche pubblicate sul sito del Ministero della Giustizia è emerso che del totale dei ragazzi messi alla prova, nel 2021 solo il 18% era di nazionalità straniera, a fronte di un 82% di nazionalità italiana. Va, ad ogni modo, segnalato che nel corso degli anni la componente straniera è cresciuta in termini percentuali, passando dal 10-12% dei primi anni duemila al 18-21% dal 2012 in poi.

Il minore straniero vive una situazione naturale di discriminazione, in quanto sono differenti le stesse condizioni di vita dei minori migranti rispetto ai minori italiani, al punto che ne consegue, di solito, l'oggettiva impossibilità di applicare agli stessi una permanenza domiciliare e, talora, persino un collocamento in comunità, laddove non si

⁴⁵ Dati reperiti sul sito www.giustizia.it.

riveli praticabile, con la conseguenza di un inevitabile prolungamento della misura carceraria.

Le diversità culturali e la fatica da parte degli stessi minori a comprendere la *ratio* degli istituti dettati a loro favore hanno comportato per i minori stranieri delle ricadute negative sull'andamento processuale, atteso che, in alcuni casi, i validi percorsi rieducativi e di socializzazione, avviati nell'ambito del procedimento penale, hanno trovato ostacoli nella prosecuzione al di fuori del circuito penale, a causa delle difficoltà di integrazione nel contesto sociale ovvero per la perdita o mancanza dei presupposti per la permanenza regolare sul territorio italiano da maggiorenni.

Le differenze culturali hanno spesso determinato anche delle oggettive difficoltà nella redazione dei progetti di messa alla prova in quanto, essendo ignorati gli aspetti culturali ed etnici, si è di frequente verificata la difficoltà di adattare i progetti alle caratteristiche personali del minore straniero. Una valida soluzione al problema è stata ravvisata nell'opportunità di garantire, puntualmente, un affiancamento reale e concreto del mediatore culturale nelle varie fasi processuali e, possibilmente, anche nella fase di redazione dei progetti di messa alla prova, in quanto potrebbe fornire una lettura chiara e precisa delle notevoli differenze individuali, relazionali, familiari, culturali e linguistiche del minore straniero-autore di reato, in modo da garantire con maggiori probabilità un esito positivo dei percorsi rieducativi e prevenire, così, eventuali recidive.

Implementando, poi, l'istituto della messa alla prova con altri strumenti, come la mediazione penale e gli altri percorsi di giustizia riparativa, è possibile edificare una *c.d. child friendly justice*, ovvero una giustizia non solo "a misura" del minore, ma anche "amica" del suo destino, quanto a obiettivi, e "amichevole" nei suoi riguardi quanto a stile e modalità.

Dallo sviluppo di tale modello di giustizia il sistema potrà beneficiare in termini di inclusione del minore autore di reato e di benessere sociale: l'adozione di tali percorsi di recupero evita processi di stigmatizzazione e rende più probabile il completamento di percorsi di istruzione, creando membri attivi e produttivi della società, legami tra i giovani e la comunità, attraverso processi che stimolano, così, l'assunzione di responsabilità.

Annarita Laddomada

L'ESTENSIONE DEL PATROCINIO A SPESE DELLO STATO AL
PROCEDIMENTO DI MEDIAZIONE: PRIME RIFLESSIONI SULLA RIFORMA
EX L. 206/2021*

Sommario: 1. La mediazione nella legge delega n. 206 del 26 novembre 2021 di riforma del processo civile. - 2. La mancata previsione del patrocinio a spese dello Stato nel procedimento di mediazione e l'intervento della Corte Costituzionale. - 3. Il patrocinio a spese dello Stato nella riforma della mediazione.

1. Con la legge delega n. 206 del 26 novembre 2021, il Governo è stato incaricato di realizzare entro un anno un'ampia serie di riforme volte a conseguire «l'efficienza del processo civile e la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie», insieme ad altre misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

La riforma della giustizia civile si muove nel solco degli interventi promossi dal Piano nazionale di ripresa e resilienza per accelerare lo svolgimento dei processi, digitalizzare i procedimenti giudiziari e smaltire l'arretrato delle cause già pendenti¹.

* Il presente contributo trae spunto da un approfondimento seminariale svolto nell'ambito del corso di Diritto processuale civile impartito nell'anno accademico 2021/2022.

¹Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), si inserisce nel programma *Next Generation EU* concordato dall'Unione Europea in risposta alla crisi pandemica da Covid-19. Il PNRR dell'Italia, trasmesso ufficialmente dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri alla Commissione europea il 30 aprile 2021, prevede investimenti e riforme per 191,5 miliardi di euro articolati in 6 Missioni e 16 Componenti, ossia gli ambiti in cui aggregare progetti di investimento e progetti di riforma del PNRR. Nella Relazione sullo stato di attuazione del PNRR del 23 dicembre 2021, in www.italiadomani.gov.it, il Governo afferma che l'impegno per la giustizia è di ridurre la durata dei giudizi civili e penali. In particolare, tra i primi quattro traguardi (tre riforme e un investimento) relativi alla riforma della giustizia, uno degli obiettivi è ottenere, entro giugno 2026, una riduzione dei tempi processuali, rispetto al 2019, stimata nel 40% con riferimento alla giustizia civile e commerciale e nel 25% per quella penale. Gli obiettivi delle misure riguardano anche la riduzione del 90% del numero di cause pendenti presso i tribunali ordinari civili e le corti d'appello civili e la riduzione del 70% del numero di cause pendenti dinanzi ai TAR e presso il Consiglio di Stato.

L'efficienza del sistema giudiziario, infatti, rappresenta il necessario presupposto per rilanciare gli investimenti e incentivare la propensione al credito delle imprese, tanto che il PNRR definisce le riforme in materia di giustizia «orizzontali o di contesto», in virtù della loro capacità di incidere in modo trasversale su diversi ambiti della vita economica e sociale del Paese e prevede ingenti finanziamenti da investire in risorse umane, strumentali e tecnologiche. La loro concessione, tuttavia, è subordinata al raggiungimento degli obiettivi definiti a livello sovranazionale, per questo è previsto un monitoraggio costante dei risultati raggiunti per valutare in corso di attuazione l'efficacia delle misure disposte e l'effettivo raggiungimento dei risultati attesi.

Nel contesto di questa ampia riforma del processo civile, la l. n. 206/2021 riserva un'attenzione particolare ai procedimenti di composizione stragiudiziale delle controversie, considerati preziose risorse per realizzare l'auspicata deflazione del contenzioso e la riduzione dei tempi di risoluzione delle controversie. L'importanza strategica degli strumenti di ADR è confermata dalla collocazione sistematica della disciplina tra le prime disposizioni della legge delega, composta da un solo articolo e 44 commi, a loro volta suddivisi in più lettere².

Tra i procedimenti di risoluzione alternativa delle controversie, di particolare rilievo è lo spazio dedicato alla mediazione civile, rispetto alla quale la riforma punta su tre direttrici fondamentali: *a)* l'estensione del suo campo di applicazione obbligatoria; *b)* la razionalizzazione della disciplina; *c)* la previsione di notevoli incentivi fiscali.

Così, a poco più di dieci anni dal d.lgs. 4 marzo 2010 n. 28 che ha introdotto nell'ordinamento la mediazione obbligatoria³ e dopo gli studi sulla riforma in materia

Quanto ai tempi di attuazione, il PNRR prevede che i decreti attuativi vadano approvati entro il 2022 e i primi effetti sulla durata dei procedimenti dovrebbero stimarsi presumibilmente entro il 2024.

² Per un'analisi completa dei contenuti previsti dal PNRR in materia di strumenti alternativi di risoluzione delle controversie, si rinvia a: D. Dalfino, *Gli strumenti alternativi di composizione delle controversie. Mediazione e negoziazione assistita*, in G. Costantino (a cura di) *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, Cacucci, Bari, 2022, p. 37 ss.; M.A. Zumpano, *ADR e riforma del processo civile*, in *Questione giustizia*, 2021, 3, p. 135 ss.; A.M. Tedoldi, *La ADR nella delega per la riforma del processo civile*, ivi, p. 146 ss.; nonché M. Delia, *Le ADR nei moduli organizzativi del processo e nella programmazione del PNRR*, ivi, p. 155, la quale osserva che «il ricorso sempre più massivo agli strumenti deflattivi del contenzioso giudiziario nel settore civile e commerciale è la mossa cruciale con cui il legislatore, negli ultimi decenni, aspira a contrarre l'attesa cui rimane esposto il cittadino in lite allorquando chiede una soluzione di giustizia». Sul tema, v. anche M. Bove, *Più incentivi e mediazione ampliata: la riforma resta a metà del guado*, in *Guida al diritto, Dossier n. 5*, dicembre 2021, p. 24 ss. e D. Ravenna, *Mediazione e negoziazione nella legge delega n. 206/2021. Gli strumenti complementari alla giurisdizione*, in *Immobili e prop.*, 10, 2022, p. 549 ss.

³ In dottrina, nell'ambito della vasta letteratura sul tema, v. D. Dalfino, *Mediazione civile e commerciale*², Zanichelli, Bologna, 2022, Id., *La mediazione in materia civile e commerciale*, in D. Mantucci (diretto da), *Trattato di diritto dell'arbitrato*, vol. XIV, *Altri strumenti di soluzione delle controversie e istituti affini*, ESI, Napoli, 2020; Id., *La nuova mediazione in materia civile e commerciale nel contesto delle ADR*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2011, p. 113 ss.; v., inoltre, G. Balena, *Mediazione obbligatoria e processo*, ivi, 2, p. 333 ss.; M.L. Spada, *Il possibile rapporto tra processo civile*

di giustizia civile, che hanno evidenziato l'importanza di promuovere la complementarità tra gli strumenti di risoluzione delle controversie di natura giudiziale e stragiudiziale⁴, la l. 206/2021 delega il legislatore alla revisione sistematica dell'istituto. Lo scopo è di semplificare il procedimento e favorire la diffusione di una vera e propria cultura della mediazione, necessaria per il rilancio del sistema giustizia e il raggiungimento degli obiettivi di efficienza prefissati.

La riforma abbraccia tutte le forme di mediazione, tanto quella obbligatoria, quanto quella facoltativa e delegata. Gli aspetti interessati dalla nuova disciplina sono molteplici, alcuni rappresentano l'approdo dell'esperienza applicativa e del dibattito

sostenibile e sistema delle ADR, in *Annali 2020 del Dipartimento Jonico*, 2020, p. 438; R. Tiscini, *La mediazione civile e commerciale*, Giappichelli, Torino, 2011; F. Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Zanichelli, Bologna, 2011; M. Bove (a cura di), *La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2011; G.P. Califano, *Procedura della mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali*, Cedam, Padova, 2011; G. Reali, *La mediazione obbligatoria riformata*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 2014, p. 729 ss.; P. Farina, *Le modifiche più recenti del c.p.c. e la reintroduzione della mediazione "forzata"*, *ivi*, 1, p. 261 ss.; G. Raiti, *La media-conciliazione dopo il decreto «del fare»*, in *Nuove leggi civ.*, 2014, 1, p. 245 ss.; A.D. De Santis, *La mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali: le novità del 2013*, in *Foro it.*, 2013, V, c. 265 ss.; I. Pagni, *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della Corte Costituzionale 6 dicembre 2012*, n. 272, in *Corr. Giur.*, 2, 2013, p. 262 ss.

È noto che la materia della mediazione civile e commerciale ha trovato una compiuta disciplina con il d.lgs. n. 28/2010 cui è seguito il Regolamento attuativo di cui al D.M. n. 180 del 10 ottobre 2010; in seguito, è stata più volte modificata da interventi normativi e giurisprudenziali cfr. D.M. n. 145 del 6 luglio 2014 e D.M. 4 agosto 2014 n. 139. Tra i tanti interventi della giurisprudenza, si ricorda C. Cost., 24 ottobre 2012, n. 272, in *Foro it.*, 2013, I, c. 1091, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale per eccesso di delega dell'art. 5, comma 1, d.lgs. 28/2010 che aveva introdotto la mediazione obbligatoria, successivamente reintrodotta dal D.L. n. 69 del 21 giugno 2013, convertito con modificazioni nella l. 9 agosto 2013 n. 98. Infine, il D.L. n. 50 del 24 aprile 2017, convertito con modificazioni nella l. n. 90 del 21 giugno 2017, ha stabilizzato la disciplina della mediazione obbligatoria che prima aveva natura transitoria e sperimentale.

⁴ V. Commissione di studio per l'elaborazione di ipotesi di organica disciplina e riforma degli strumenti di degiurisdizionalizzazione, con particolare riguardo alla mediazione, alla negoziazione assistita e all'arbitrato, presieduta dal Prof. Alpa, istituita con il D.M. 7 marzo 2016. Nelle *Note illustrative dell'articolato normativo elaborato dalla Commissione*, consultabili in www.giustizia.it, *Alpa relazione articolato 7 mar. 2016, pdf*, p. 6, si legge che «le ADR sono intese in una duplice funzione: come tecnica per migliorare e agevolare l'accesso alla giustizia (ed è appunto questa la loro originaria funzione, come risulta già dai primi seminari organizzati dall'Unione europea a metà degli anni Settanta) e come tecnica per filtrare i procedimenti rivolti al giudice ordinario, quale tentativo di risolvere i conflitti prima che essi si incardinino nel sistema giudiziario». Nello stesso senso, v. le osservazioni della Commissione per l'elaborazione di proposte di interventi in materia di processo civile e di strumenti alternativi presieduta dal Prof. Francesco Paolo Luiso, istituita con D.M. 12 marzo 2021. Nelle relative *Note illustrative* in www.giustizia.it, *commissione LUISO relazione finale 24mag.21, pdf*, p. 20, si sostiene che «un sistema di qualità orientato alla prevenzione e alla gestione coesistenziale dei conflitti che precede o si accompagna alla giurisdizione, rendendo sostenibile il sistema della giustizia civile mediante il riequilibrio del rapporto tra domanda ed offerta, realizza l'efficienza del sistema giustizia e coniuga l'effettiva tutela dei diritti, il rafforzamento della coesione sociale ed il rilancio del sistema economico».

dottrinale e giurisprudenziale degli ultimi anni, altri sono questioni ancora aperte, rimesse alle decisioni del legislatore delegato⁵.

Una delle disposizioni della legge delega che segna il cambio di passo del legislatore nel senso di valorizzare gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie è contenuta nel comma 4, lett. a), l. 206/2021 che, tra i principi e criteri direttivi da seguire nel riordino della disciplina sugli incentivi fiscali, prevede l'estensione del patrocinio a spese dello Stato all'attività difensiva svolta nel procedimento di mediazione (e nella negoziazione assistita), a prescindere dall'instaurazione successiva della lite in sede giudiziaria.

2. Fino ad oggi, il tema non è stato direttamente disciplinato dal legislatore, infatti, il d.lgs. 28/2010 si limita a prevedere che all'organismo non sia dovuta indennità da parte di chi si trovi nelle condizioni di ammissione al patrocinio a spese dello Stato (art. 17, comma 5bis)⁶, senza far cenno alla possibilità di avvalersi dell'assistenza e difesa gratuita dell'avvocato in mediazione, neppure quando questa rappresenti una condizione obbligatoria di procedibilità della domanda.

La lacuna normativa è stata mitigata in via interpretativa nel caso in cui, dopo l'infruttuoso esperimento del tentativo di mediazione, le parti procedano all'instaurazione della lite dinanzi all'autorità giudiziaria. La giurisprudenza di legittimità, infatti, accoglie l'accezione estensiva del concetto di attività giudiziale e ritiene che debbano considerarsi tali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o

⁵ Si fa riferimento, ad esempio, alla disposizione *ex art. 1, comma 4, lettera d)*, che delega il Governo «ad individuare, in caso di mediazione obbligatoria nei procedimenti di opposizione a decreto ingiuntivo, la parte che deve presentare la domanda di mediazione, nonché definire il regime del decreto ingiuntivo laddove la parte obbligata non abbia soddisfatto la condizione di procedibilità»; oppure alla delega a «riordinare» la disciplina sullo svolgimento della procedura di mediazione «nel senso di favorire la partecipazione personale delle parti» (lett. e); e a «procedere alla revisione della disciplina sulla formazione e sull'aggiornamento dei mediatori» (lett. l).

⁶ La norma richiamata dispone che: «quando la mediazione è condizione di procedibilità della domanda ai sensi dell'articolo 5, comma 1bis, ovvero è disposta dal giudice ai sensi dell'articolo 5, comma 2, del presente decreto, all'organismo non è dovuta alcuna indennità dalla parte che si trova nelle condizioni per l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato». Per beneficiare di questa esenzione, la parte ha l'onere di produrre una dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà, che può essere autenticata dallo stesso mediatore, nonché depositare la documentazione necessaria per comprovare la veridicità di quanto dichiarato.

Ai sensi del TUSG, al fine dell'ammissione al beneficio è necessario che l'istante non superi il limite reddituale attualmente corrispondente a euro 11.746,68, come stabilito dall'art. 76 del D.P.R. n. 115 del 2002, e che le ragioni fatte valere in giudizio non siano manifestamente infondate.

In generale, sul tema del patrocinio a spese dello Stato e sulla sua estensione anche al processo civile, si rimanda a G. Scarselli, *Il nuovo patrocinio a spese dello Stato nei processi civili ed amministrativi (commento agli artt. 74-89 e 119-145 T.U. in materia di spese di giustizia, emanato con d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115)*, Cedam, Padova, 2003.

complementari alle prestazioni giudiziali⁷. Pertanto, valorizzando il nesso funzionale tra mediazione e processo, si è giunti alla conclusione di poter estendere il beneficio economico, espressamente riconosciuto a determinate condizioni per la difesa tecnica in giudizio, alla fase prodromica della mediazione.

Viceversa, è stata discussa l'estensione del patrocinio a spese dello Stato nell'ipotesi in cui alla mediazione non segua l'instaurazione del processo⁸. Sul tema, si segnalano alcune pronunce della giurisprudenza di merito che, muovendo da «un'interpretazione sistematica e teleologica delle norme», hanno concluso per la soluzione affermativa. In particolare, da un lato, vengono richiamate le fonti europee, la Costituzione e la normativa in tema di mediazione nella misura in cui riconoscono a coloro che non dispongono di mezzi sufficienti il patrocinio a spese dello Stato qualora ciò sia necessario per assicurare un accesso effettivo alla giustizia; dall'altro lato, viene messa in rilievo la connessione funzionale tra la mediazione obbligatoria e il processo, da apprezzare in astratto, a prescindere dall'effettiva instaurazione della lite in sede giudiziaria⁹. A fronte di queste aperture giurisprudenziali, tuttavia, altri giudici hanno

⁷ Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 19 aprile 2013, n. 9529 in www.studiolegale.leggiditalia.it ove è stato precisato che, laddove si tratti «di attività professionale svolta in vista della successiva azione giudiziaria [...] deve essere ricompresa nell'azione stessa ai fini della liquidazione a carico dello Stato: sicché in relazione ad essa il professionista non può chiedere il compenso al cliente ammesso al patrocinio a spese dello Stato». Nello stesso senso, Cass. civ., II Sez., 23 novembre 2011, n. 24723, ivi, in cui, più esplicitamente si riconosce che «devono considerarsi giudiziali anche quelle attività stragiudiziali che, essendo strettamente dipendenti dal mandato alla difesa, vanno considerate strumentali o complementari alle prestazioni giudiziali, cioè di quelle attività che siano svolte in esecuzione di un mandato alle liti conferito per la rappresentanza e la difesa in giudizio».

⁸ Sul punto, v. G. Cicalese, *Gratuito patrocinio: è costituzionalmente legittimo non assicurarlo nel procedimento di mediazione (cui non segua un giudizio)?*, in www.ilprocessocivile.it; M. Vaccari, *Media – conciliazione e patrocinio a spese dello Stato nell'epoca “del fare”*, in *Corr. Merito*, 12, 2013, p. 1133 ss.

⁹ Così Trib. Firenze, 13 dicembre 2016, in conciliazioneforense.it. che, in particolare, per un verso, richiama l'art. 47 della c.d. Carta di Nizza, la direttiva 2002/8/CE sul *Legal aid* e la disciplina con cui l'Italia l'ha recepita, e, per altro verso, sostiene che la connessione tra la mediazione e il processo, talmente forte che la prima configura una condizione di procedibilità del secondo, rende irrilevante il fatto che «poi, in concreto, in base cioè al concreto risultato della mediazione, il processo non abbia più luogo perché divenuto inutile alla luce dell'accordo raggiunto».

Nello stesso senso, Trib. Bologna, 13 settembre 2017, in mediazioneiima.it; Trib. Ascoli Piceno, 12 settembre 2016, in concilialex.it. Sulla questione, v. A. Mondini, *Su alcuni profili problematici della disciplina sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile*, in www.magistraturaindipendente.it, che condivide la posizione assunta dalla giurisprudenza di merito «perché il rapporto di strumentalità necessaria dell'attività di mediazione rispetto al giudizio si valuta *ex se* cioè a prescindere dall'esito». In dottrina, del resto, si segnalavano da tempo alcune aperture, il riferimento è, in particolare, a F.P. Luiso, *Orientamenti giurisprudenziali sul patrocinio a spese dello Stato in materia civile*, in www.Judicium.it, 2012, p. 3, il quale se da un lato, *de iure condito*, confermava la correttezza della soluzione patrocinata dalla prevalente giurisprudenza, ossia l'esclusione della mediazione dall'ambito di applicazione delle norme sul patrocinio a spese dello Stato, dall'altro lato, richiamava l'attenzione sulla necessità di coordinare le norme del TUSG con le fattispecie di mediazione obbligatoria di cui all'art. 5 del d.lgs. 28 marzo 2010 n. 28, e concludeva che «in tali casi la fase stragiudiziale è strumentale – per utilizzare le parole di Cass. 2011/24723 – alla prestazione giudiziale, e quindi rientra a pieno titolo nella previsione

ribadito l'impossibilità di ammettere il patrocinio a spese dello Stato nel procedimento di mediazione in assenza di una espressa disposizione di legge¹⁰ e la stessa Corte di Cassazione ha manifestato un orientamento contrario a tale estensione, precisando che il silenzio del legislatore sul punto non può essere superato in via interpretativa, pena lo sconfinamento in un'ingiustificata attività di produzione normativa che non compete alla giurisprudenza¹¹.

Il tema è stato oggetto di attenzione anche da parte delle Commissioni di studio sulla riforma del processo civile istituite negli ultimi anni. In particolare, l'estensione del patrocinio a spese dello Stato è stata prevista sia nell'articolato licenziato della Commissione presieduta dal Prof. Alpa¹², sia nella proposta elaborata dalla Commissione presieduta dal Prof. Luiso¹³.

La mancanza di una norma *ad hoc* rischiava di compromettere il diritto di difesa delle parti, specie ove si consideri che, nell'ipotesi di mediazione obbligatoria, l'assistenza degli avvocati è prevista obbligatoriamente¹⁴. A ciò si aggiunga che il

di cui all'art. 74». Sul punto v. anche F. Ferraris, *ADR e patrocinio a spese dello Stato: questioni e prospettive*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2019, p. 182 ss. e p. 185 ss.

¹⁰ V. Trib. Roma, 11 gennaio 2018 in *ilcaso.it*.

¹¹ Così Cass. civ., Sez. II, 31 agosto 2020, n. 18123, in *Rep. Foro it.*, 2020, voce *Avvocato*, n. 185. Del resto, osserva la Corte, l'attività interpretativa andrebbe ad incidere sulla sfera afferente la gestione del pubblico denaro, riservata al legislatore e presidiata da precisi dettami costituzionali; inoltre, il d.lgs. 28/2010 non ha ommesso del tutto la considerazione alla questione del patrocinio a spese dello Stato, ma, quando l'ha ritenuto applicabile, ne ha fatta espressa menzione (art. 17, comma 5-bis), precisando che dal procedimento di mediazione non possono conseguire oneri economici a carico dello Stato.

¹² V. *Note Illustrative* dell'articolato normativo elaborato dalla Commissione Alpa, cit., p. 32, ove si legge che «trattandosi di materia molto complessa su cui si registrano varie opinioni, appare utile introdurre normativamente il riconoscimento che l'attività prestata dal difensore per i casi di mediazione obbligatoria rientri nel patrocinio a spese dello Stato anche nel caso in cui, trattandosi di mediazione pre-processuale questa abbia esito positivo e non segua il processo».

¹³ Cfr. *Note illustrative* delle proposte normative elaborate dalla Commissione Luiso, cit., p. 21 ove, tra i criteri proposti per rafforzare gli incentivi fiscali ed economici vi è quello che «mira a risolvere il problema, già dibattuto in giurisprudenza, del riconoscimento del patrocinio a spese dello Stato per le spese di assistenza legale nella procedura di mediazione per gli aventi diritto».

¹⁴ Tanto dispongono l'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 28/2010, inserito dal D.L. n. 69/2013, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98, e l'art. 8, comma 1, ai sensi del quale «Al primo incontro e agli incontri successivi, fino al termine della procedura, le parti devono partecipare con l'assistenza dell'avvocato»; inoltre, anche l'art. 12 fa riferimento alla difesa tecnica, riconoscendo che, quando le parti sono assistite in mediazione da un avvocato, l'accordo acquista efficacia di titolo esecutivo e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale. L'obbligatorietà è confermata dalla circolare interpretativa del Ministero della Giustizia, 27 novembre 2013, ove si legge che «l'assistenza dell'avvocato è obbligatoria esclusivamente nelle ipotesi di c.d. mediazione obbligatoria (ivi compresa quella disposta dal giudice ex art. 5 comma 2), ma non anche nelle ipotesi di mediazione facoltativa [...] nelle ipotesi in cui il procedimento di mediazione è condizione di procedibilità, la parte che vorrà attivare la procedura di mediazione dovrà avvalersi dell'assistenza di un avvocato non solo al momento del deposito dell'istanza, ma anche per tutti i momenti successivi del procedimento di mediazione, fino al termine della procedura».

Sul punto, in dottrina, v. D. Dalfino, «Primo incontro», *comparizione personale delle parti, effettività della mediazione*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 3262 ss. il quale si chiede quale debba essere il ruolo dell'avvocato in mediazione, in particolare, se debba essere a conoscenza dei fatti di causa o «se è solo

disconoscimento del beneficio economico determina una disuguaglianza a scapito di coloro i quali, non disponendo di mezzi adeguati, potrebbero essere indotti a rinunciare alla tutela delle proprie ragioni pur di non dover sostenere le spese difensive della procedura di mediazione. Tale situazione ha alimentato dubbi di illegittimità rimessi all'attenzione della Corte Costituzionale con due distinte e parzialmente convergenti ordinanze nelle quali si censuravano sotto più profili gli artt. 74 e 75 del D.P.R. n. 115/2002 recante il Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, nella parte in cui non prevedono che il patrocinio a spese dello Stato sia assicurato anche per l'attività difensiva espletata nel corso del procedimento di mediazione obbligatoria, nonché l'art. 83, comma 2, del medesimo D.P.R. nella parte in cui non prevede che, in caso di mediazione, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia¹⁵.

In particolare, le censure mosse riguardano la violazione di due norme: l'art. 24 Cost. che riconosce il diritto inviolabile di agire e difendersi in giudizio, leso nelle ipotesi in cui il legislatore impone la mediazione come condizione di procedibilità della lite e, nello stesso tempo, grava i non abbienti delle spese della difesa; e l'art. 3 Cost. asseritamente violato sotto un duplice profilo: da un lato, nella parte in cui sancisce il principio di eguaglianza sostanziale e, pertanto, impegna la Repubblica a rimuovere gli ostacoli economici che impediscono di difendersi in giudizio; dall'altro lato, per la disparità di trattamento che determina tra gli stessi non abbienti, a seconda che la mediazione riguardi cause domestiche o internazionali. Infatti, l'art. 10 del d.lgs. 116 del 2005¹⁶, recependo la direttiva europea 2003/8/CE sul *Legal Aid*, riconosce il patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti stragiudiziali «qualora l'uso di tali mezzi sia previsto come obbligatorio dalla legge ovvero qualora il giudice vi abbia rinviato le parti in causa». Si determina, pertanto, l'ingiustificata incoerenza di ammettere la gratuità dell'assistenza legale nelle mediazioni che coinvolgono questioni transfrontaliere e negarla nei casi in cui la vicenda abbia carattere esclusivamente nazionale. Infine, per entrambi i rimettenti è dirimente il rilievo dell'irragionevolezza della disciplina esistente che ha l'effetto, contrario alle finalità del legislatore, di disincentivare il raggiungimento dell'accordo stragiudiziale poiché i non abbienti potrebbero addirittura preferire di dare seguito alla lite dinanzi all'autorità giudiziaria al solo scopo di ottenere la liquidazione delle spese difensive della mediazione ed

un professionista cui si è obbligati a conferire un incarico, la cui presenza accanto all'assistito non può influire sui fatti di causa». In argomento, v. anche G. Reali, *La mediazione obbligatoria riformata*, cit., 745 ss.; G. Fanelli, *"Interferenze" ancor più qualificate tra mediazione e processi dopo il c.d. «decreto del fare» n. 98/2013*, in www.judicium.it.

¹⁵ Trattasi di: Trib. Oristano, ord. n. 188, 8 luglio 2020 in *Gazzetta Ufficiale*, n. 1, 7 gennaio 2021, serie S, e Trib. Palermo, ord. n.115, 17 marzo 2021, ivi, n. 34, 25 agosto 2021.

¹⁶ V. d.lgs. 27 maggio 2005, n. 116, recante «Attuazione della direttiva 2003/8/CE intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie».

evitare di farsene carico personalmente. Questa circostanza, non solo non tutelerebbe le parti nel procedimento stragiudiziale, ma determinerebbe anche un aggravio degli oneri per lo Stato, in quanto la mediazione sarebbe destinata ad essere considerata una mera formalità prodromica all'instaurazione del giudizio¹⁷.

La Consulta, dopo aver escluso la possibilità di un'interpretazione costituzionalmente conforme delle norme censurate, all'esito di un percorso argomentativo che valorizza la funzione e l'importanza deflattiva della mediazione, ha ritenuto fondate le ragioni dei giudici di Oristano e Palermo. La sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022, infatti, ha dichiarato l'illegittimità degli artt. 74 e 75 del TUSG nella parte in cui non estendono il patrocinio a spese dello Stato all'attività difensiva svolta nell'ambito dei procedimenti di mediazione, laddove essa è prevista come condizione di procedibilità della domanda, e dell'art. 83 nella parte in cui non prevede che, in tali fattispecie, alla liquidazione in favore del difensore provveda l'autorità giudiziaria che sarebbe stata competente a decidere la controversia¹⁸.

La Corte Costituzionale rileva, in particolare, «la palese irrazionalità» della vigente disciplina che, in caso di esito positivo della mediazione, cioè proprio quando il procedimento ha raggiunto il suo scopo deflattivo, disconosce il beneficio economico. Questo, da un alto, si traduce in «una sorta di disincentivo verso quella cultura della mediazione che il legislatore stesso si è fatto carico di promuovere»; dall'altro lato, comporta un *vulnus* nella tutela dei diritti inviolabili di cui agli artt. 3 e 24 della Costituzione che garantiscono a coloro che non sono in grado di sopportare il costo di un processo l'effettività del diritto di agire e difendersi in giudizio laddove, come nella mediazione obbligatoria, vi è un nesso di strumentalità necessaria con il processo. La Corte afferma chiaramente che, quando una scelta legislativa impedisce a chi versa in una condizione di non abbienza l'effettività dell'accesso alla giustizia, «sono

¹⁷ L'ordinanza di rimessione del giudice palermitano rileva un ulteriore motivo di incostituzionalità del D.P.R. n. 115/2002 per violazione dell'art. 36 Cost., laddove prevede la corresponsione di retribuzioni adeguate alla qualità e quantità del lavoro prestato. A parere del remittente, nel caso del procedimento di mediazione, l'avvocato iscritto negli albi del gratuito patrocinio sarebbe obbligato a difendere la parte senza essere retribuito dallo Stato nel caso di raggiungimento dell'accordo. Il rilievo è stato, tuttavia, contestato dall'Avvocatura generale dello Stato in virtù del fatto che l'avvocato non è obbligato ad accettare il mandato del non abbiente e, ogni caso, si tratta di attività meramente occasionale. La censura non è stata oggetto di specifica disamina da parte della Corte Costituzionale, poiché assorbita dall'accoglimento delle motivazioni principali.

¹⁸ V. Corte Cost., 20 gennaio 2022, n. 10 in *Foro it.* 2022, I, c. 784 ss.; *Giur. cost.*, 1, 2022, p. 129 ss. con note di M. Lupano, *La Corte estende il patrocinio a spese dello Stato in mediazione* e di M. Troisi, *L'istituto del patrocinio a spese dello Stato quale "spesa costituzionalmente necessaria". Osservazioni a margine della sentenza n. 10 del 2022 della Corte Costituzionale*; e in *Riv. Trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022, p. 641 ss. con nota di P. Sandulli, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato (nota a sentenza n. 10 del 20 gennaio 2022 della Corte costituzionale)*; *ilprocessocivile.it* con nota di M. Vaccari, *È incostituzionale l'esclusione della mediazione obbligatoria dal patrocinio a spese dello Stato*.

Per un'approfondita ricostruzione dei termini della questione e analisi dei contenuti della decisione si rinvia a G. Reali, *Il patrocinio dei non abbienti in sede di mediazione obbligatoria tra Cassazione, Corte costituzionale e riforma del processo civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2, 2022, p. 491 ss.

nitidamente in gioco il pieno sviluppo della persona umana (art. 3, secondo comma, Cost.) e l'intero impianto dell'inviolabile diritto al processo di cui ai primi due commi dell'art. 24 Cost.».

I principi costituzionali richiamati, inoltre, rivestono carattere di priorità anche di fronte all'ulteriore argomento utilizzato per negare il gratuito patrocinio, ossia il rischio di compromettere il principio di pareggio del bilancio della spesa pubblica. La necessità di contenimento delle spese di giustizia, infatti, è considerata recessiva rispetto a quella di tutelare il pieno sviluppo della persona e il diritto al processo, ragion per cui, trattandosi «di spese costituzionalmente necessarie», risulta «naturalmente ridotto» lo spazio di discrezionalità del legislatore¹⁹.

Infine, in un passaggio argomentativo significativo, la Consulta riconosce che la mediazione presuppone sin dalla sua attivazione il possesso di specifiche cognizioni tecniche di cui la parte non abbiente potrebbe essere priva. Il riferimento è all'individuazione del giudice competente a conoscere la controversia, l'identificazione delle parti, la definizione dell'oggetto e l'esposizione delle ragioni, nonché la decisione di accettare o rifiutare la proposta conciliativa che può avere conseguenze nel successivo giudizio in termini di spese e sanzioni. Infatti, nel caso in cui il giudice dovesse adottare una decisione corrispondente al contenuto della proposta rifiutata, potrebbe escludere la ripetizione delle spese della parte vincitrice e condannarla al pagamento delle spese processuali della controparte, nonché ad un versamento pari all'importo del contributo unificato²⁰. Questo conferma e rafforza la necessità di assicurare alle parti il diritto di essere assistite da un professionista legale e richiama uno dei temi centrale della riforma della mediazione, ossia la valorizzazione della professionalità degli operatori, da considerare, peraltro, in una prospettiva ampia e comprensiva sia di competenze tecniche che di abilità nella gestione dialogica del conflitto.

3. Oltre che per l'importanza dei contenuti e l'ampiezza delle argomentazioni, la sentenza della Corte Costituzionale si segnala per la tempestività poiché, com'è stato rilevato dallo stesso estensore, è stata deliberata lo stesso giorno dell'approvazione della legge n. 206/2021²¹ che, tra gli obiettivi della riforma, prevede il riconoscimento

¹⁹ Sulla nozione di spese costituzionalmente necessarie si rinvia alla nota di M. TROISI, *ibidem*.

Inoltre, in dottrina, è stato evidenziato che «in una visione a largo raggio, l'impegno economico di cui si tratta potrà tradursi in un risparmio di spesa, riducendo naturalmente l'accesso alla tutela giurisdizionale per certi settori con conseguente risparmio della spesa pubblica», così L. Breggia, *Mediazione e patrocinio a spese dello Stato: la sentenza della Corte Costituzionale n. 10 del 2022 nell'evoluzione dei sistemi di gestione dei conflitti*, in www.questionegiustizia.it.

²⁰ La disciplina ex art. 13 d.lgs. n. 28/2010 risulta sostanzialmente confermata dal decreto legislativo di attuazione della legge delega (v. *infra* § 3), salvo una modifica nella rubrica della norma «spese processuali» alla quale viene aggiunto «in caso di rifiuto della proposta di conciliazione» e la specificazione che il richiamo all'art. 96 c.p.c. riguarda solo i primi tre commi.

²¹ I Giudici costituzionali rilevano che la riforma non spiega effetti su quanto rilevato dalle ordinanze di rimessione dal momento che «la sua entrata in vigore non vale ad escludere l'applicazione delle norme

del patrocinio a spese dello Stato anche nella mediazione e negoziazione assistita²². Sotto questo profilo, la Consulta anticipa il contenuto della riforma e, fatte le enunciazioni di principio, lascia al legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, «anche in sede di attuazione» della delega, la valutazione sull'opportunità di introdurre «una più compiuta e specifica disciplina della fattispecie». La sentenza, in questo passaggio, sembra alludere alla possibilità di estendere il patrocinio a spese dello Stato oltre la fattispecie oggetto della decisione, in un'ottica di sistema più completa. Del resto, fermo restando il necessario rispetto dei principi costituzionali enunciati, l'ampiezza della delega rimette all'esecutivo l'esercizio di larghi margini di discrezionalità normativa e non preclude la possibilità di considerare compresa nel beneficio economico anche l'ipotesi in cui la mediazione sia scelta volontariamente dalle parti. La soluzione adottata del legislatore delegato, tuttavia, è di avviso contrario. In attuazione della delega, il Governo ha trasmesso alle Camere lo schema di decreto legislativo A.G. 407, sul quale le Commissioni competenti hanno espresso parere positivo²³.

L'articolato normativo e le indicazioni fornite dalla correlata Relazione illustrativa offrono i primi spunti di analisi e riflessione sulla nuova disciplina.

Il legislatore delegato ha previsto le modifiche relative agli istituti della mediazione, della negoziazione assistita e dell'arbitrato, c.d. strumenti di composizione

censurate». D'altro canto, è pacifico che la pronuncia di incostituzionalità non interessa i rapporti giuridici sorti prima della decisione e che abbiano dato luogo a situazioni giuridiche consolidate.

²² La misura si iscrive nell'ambito dei notevoli incentivi fiscali previsti dal legislatore delegato per promuovere l'utilizzo degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie. In particolare, tra i principi e criteri direttivi di cui all'art. 1, comma 4, lett. a) della l. 206/2021, il legislatore prevede, oltre all'estensione del patrocinio a spese dello Stato, l'aumento della misura dell'esenzione dall'imposta di registro di cui all'articolo 17, comma 3, d.lgs. n. 28/2010; la semplificazione della procedura prevista per la determinazione del credito d'imposta di cui all'articolo 20 dello stesso decreto, e il riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al compenso dell'avvocato che assiste la parte in mediazione, nei limiti previsti dai parametri professionali; l'ulteriore riconoscimento di un credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalle parti nel giudizio estinto a seguito del raggiungimento dell'accordo stragiudiziale; nonché un credito d'imposta in favore degli organismi di mediazione e la riforma delle spese di avvio della procedura di mediazione e delle indennità spettanti agli organismi.

²³ Il Consiglio dei Ministri del 28 luglio 2022 ha approvato, in esame preliminare, lo schema di decreto legislativo trasmesso alle Camere il 2 agosto 2022, le Commissioni parlamentari competenti per materia e per i profili finanziari hanno avuto 60 giorni per esprimere il loro parere. Entrambe le Commissioni hanno espresso parere positivo il 15 settembre 2022, in particolare, la II Commissione Giustizia ha espresso parere «favorevole con condizioni».

Il testo completo dello Schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206, (A.G. 407), composto di 52 articoli e 5 Capi è consultabile, insieme alla relativa Relazione Illustrativa, in www.camera.it. Per i relativi approfondimenti analitici, si rinvia al *Dossier, Riforma del processo civile e revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie* del Servizio Studi degli Uffici del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati, 6 settembre 2022, nonché *Dossier*, settembre 2022, curato dal Servizio Bilancio dello Stato della Camera, consultabili sul sito ufficiale della Camera, www.camera.it.

stragiudiziale delle crisi, nella Sezione I del Capo IV, di cui fanno parte gli articoli dal 7 al 10²⁴.

In particolare, l'art. 7, lettera *t*) dispone l'introduzione nel d.lgs. n. 28/2010 di un capo II-*bis*, rubricato «*Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella mediazione civile e commerciale*», che si compone di 10 articoli: dal 15-*bis* al 15-*undecies*.

La scelta di inserire la nuova disciplina nell'ambito del D.lgs. n. 28/2010 piuttosto che nel TUSG, fonte normativa di riferimento in materia di spese di giustizia, è motivata nella Relazione illustrativa della riforma in virtù del fatto che attualmente la concessione del beneficio economico è regolata da un procedimento distinto in due fasi. Dapprima, la domanda di ammissione al patrocinio a spese dello Stato viene presentata al competente Consiglio dell'Ordine degli Avvocati che delibera in via provvisoria. Successivamente, all'esito della lite, la conferma e la liquidazione del compenso spettano all'autorità giudiziaria procedente. Questo schema, evidentemente, non si adatta all'ipotesi della mediazione conclusa con successo proprio perché il raggiungimento dell'accordo evita l'instaurazione di un contenzioso giudiziario, né sarebbe possibile individuare una parte soccombente in senso tecnico nei confronti della quale avviare un'azione di recupero delle spese. D'altro canto, osserva il legislatore, sarebbe contrario alla logica di semplificazione che ispira la legge delega l'eventuale previsione di un procedimento dinanzi al giudice volto esclusivamente ad ottenere la liquidazione delle somme spettanti a titolo di compenso professionale. Queste considerazioni, dunque, hanno ispirato la soluzione di inserire la neo disciplina in tema di spese di patrocinio nel testo normativo che regola la mediazione, piuttosto che nell'ambito della previgente normativa di settore²⁵.

Fatte queste premesse di carattere sistematico, la Relazione illustrativa riconosce che le nuove norme riproducono, in quanto compatibili con la specificità della mediazione conclusa con accordo, le disposizioni di carattere generale previste nella disciplina tradizionale del patrocinio a spese dello Stato *ex* TUSG, non essendovi ragioni per differenziare la disciplina.

Venendo a considerare nello specifico i contenuti del nuovo Capo II-*bis* del d.lgs. 28/2010, la prima disposizione, l'art. 15-*bis*, afferma che «*è assicurato, alle condizioni stabilite nel presente capo, il patrocinio a spese dello Stato alla parte non abbiente per l'assistenza dell'avvocato nel procedimento di mediazione nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, se è raggiunto l'accordo di conciliazione*». Dunque, dando attuazione alle indicazioni della legge delega e come necessaria conseguenza della decisione della

²⁴ La Sezione II del Capo IV contiene le disposizioni transitorie relative alla riforma della mediazione e della negoziazione assistita. In particolare, l'art. 41 stabilisce che le modifiche apportate rispettivamente dall'art. 7 e dall'art. 9 dello schema di decreto entrano in vigore il 30 giugno 2023.

²⁵ In proposito, il legislatore delegato osserva che la collocazione della disciplina nel d.lgs. 28/2010 piuttosto che nel TUSG non risulta incompatibile con la sentenza n. 10/2022 della Corte Costituzionale, atteso che la pronuncia rimette al legislatore l'introduzione di una compiuta e specifica disciplina della fattispecie, lasciando ampi margini di esercizio alla sua discrezionalità, così *Relazione illustrativa*, cit., p. 143.

Consulta, il legislatore colma il vuoto normativo e riconosce espressamente l'ammissione al beneficio economico a favore dei non abbienti quando la mediazione è obbligatoria e la procedura stragiudiziale abbia dato esito positivo. Tale ultimo enunciato non sorprende ove si consideri che tutto il dibattito sorto intorno alla fattispecie ha riguardato proprio il caso in cui alla mediazione non segua l'instaurazione del processo, essendo pacificamente riconosciuta dalla giurisprudenza l'estensione del beneficio nelle ipotesi in cui all'infruttuoso tentativo di conciliazione segua l'instaurazione del processo. Viceversa, non era scontato che il legislatore decidesse di circoscrivere l'ambito di applicazione alle ipotesi in cui la mediazione costituisce condizione di procedibilità della domanda, escludendo le forme volontarie di ricorso alla risoluzione extragiudiziale della controversia. Tale apertura, infatti, è stata auspicata da una parte della dottrina per due ordini di ragioni: da un lato, per allineare la disciplina delle cause nazionali a quella delle liti transfrontaliere e ottemperare alla Direttiva comunitaria sulla mediazione civile e commerciale che considera obiettivo fondamentale quello di facilitare l'accesso alla risoluzione alternativa delle controversie²⁶; dall'altro lato, per promuovere l'utilizzo spontaneo della mediazione anche quando non costituisce un passaggio necessario per adire la via giudiziale²⁷. Tuttavia, è evidente che la scelta di estendere o meno il beneficio economico alla mediazione volontaria rientra nella valutazione di opportunità del legislatore, dal momento che la declaratoria di incostituzionalità va riferita esclusivamente alle ipotesi di mediazione obbligatoria ove la mancanza di mezzi per sostenere le spese della difesa incide sul diritto di accesso alla giustizia del non abbiente.

Il 2° comma dell'art. 15-*bis* esclude dall'ammissione al patrocinio nel caso in cui le controversie abbiano ad oggetto cessione di crediti e ragioni altrui, ad eccezione del caso in cui la cessione appare indubbiamente fatta in pagamento di crediti o ragioni preesistenti.

²⁶ Di questo avviso, L. Breggia, *Mediazione e patrocinio*, cit., la quale sostiene che «è irragionevole e discriminatorio non prevedere il patrocinio a carico dello Stato per i metodi stragiudiziali di composizione delle liti anche se non sono obbligatori», poiché «è evidente la discriminazione rispetto agli abbienti o ai non abbienti coinvolti in una controversia transfrontaliera nonché la non conformità alla Direttiva europea 2008/52/CE».

²⁷ Sul punto, v. i rilievi di P. Licci, *La Consulta estende il patrocinio a spese dello stato anche alla mediazione obbligatoria*, in www.judicium.it, secondo la quale «nessuno sarebbe motivato a concludere accordi con l'assistenza di un avvocato, sapendo di dover sostenere i costi di tale assistenza che invece nel processo non dovrebbe sopportare» e M. Marinaro, *Il patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti nei procedimenti stragiudiziali di composizione negoziale delle liti civili, tra principi costituzionali ed esigenze di bilancio*, in *Riv. arb.*, 3, 2020, p. 545, il quale osserva che l'accesso alle procedure stragiudiziali di composizione delle liti quando non sono previste come obbligatorie merita una diversa considerazione «in quanto la scelta di tali percorsi — ritenuta meritevole e da incentivare sotto molteplici profili — verrebbe sostanzialmente preclusa ai cittadini non abbienti». Analogamente, M. Lupano, *La riforma della mediazione*, in www.judicium.it auspica che la delega «venga esercitata sancendo la possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato in tutte le mediazioni, obbligatorie e volontarie, tanto anteriori quanto successive alla proposizione della domanda giudiziale», Id. *La Corte estende il patrocinio*, cit. p. 145.

Negli articoli successivi sono contenute norme di dettaglio nelle quali si specificano i requisiti e le modalità di accesso al beneficio. Vengono richiamate le disposizioni generali contenute nel testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia. In particolare, l'art. 15-ter dispone che può essere ammesso al patrocinio a spese dello Stato chi è titolare di un reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche, risultante dall'ultima dichiarazione, non superiore a quello indicato dall'articolo 76 del TUSG. Ai sensi dell'art. 15-*quater* l'istanza per l'ammissione, a pena di inammissibilità, è redatta e sottoscritta in conformità agli articoli 78, comma 2, e 79, comma 1, lettere b), c) e d), del D.P.R. n. 115 del 2002²⁸, e deve contenere le ragioni in fatto e in diritto utili a valutare la non manifesta infondatezza della pretesa che si intende far valere con la mediazione. Anche sotto questo profilo, la norma ricalca la disciplina del Testo unico poiché, secondo il legislatore, a prescindere dalla successiva instaurazione del giudizio, sede deputata alla valutazione della fondatezza delle contrapposte pretese, è indispensabile vagliare la meritevolezza del beneficio richiesto. Del resto, nel caso specifico, tale valutazione assolve anche l'ulteriore finalità di verificare la riconducibilità della pretesa nell'ambito delle controversie per cui la mediazione rappresenta condizione di procedibilità della domanda.

Quanto alle modalità di presentazione dell'istanza, sono previste forme diverse e alternative: può essere fatta personalmente o con raccomandata o a mezzo di posta elettronica certificata o attraverso un altro servizio elettronico certificato e qualificato, dall'interessato o dall'avvocato che ne ha autenticato la firma; la competenza territoriale è attribuita al consiglio dell'ordine degli avvocati del luogo dove ha sede l'organismo di mediazione competente *ex* all'art. 4, comma 1, che decide entro venti giorni dalla presentazione dell'istanza e ne dà immediata comunicazione all'interessato (art. 15-*quinquies*). In caso di rigetto dell'istanza, ai sensi dell'art. 15-*sexies*, l'interessato può proporre ricorso, entro venti giorni dalla comunicazione, al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede il consiglio dell'ordine che ha adottato il provvedimento. Viceversa, in caso di esito positivo, il richiedente nomina un avvocato scegliendolo tra gli iscritti nell'apposito albo istituito presso il consiglio dell'ordine del luogo dove ha sede l'organismo di mediazione competente. L'art. 15-*septies* dispone che l'ammissione al patrocinio vale per l'intero procedimento di mediazione e, replicando il meccanismo dell'ammissione anticipata e provvisoria già in uso, prevede che la stessa vada confermata in via definitiva dopo il raggiungimento dell'accordo. A ciò deve provvedere, su istanza dell'avvocato, il consiglio dell'ordine che ha deliberato

²⁸ Com'è noto, l'art. 78, comma 2, dispone che l'istanza di ammissione al patrocinio a spese dello Stato è sottoscritta dall'interessato a pena di inammissibilità e la firma è autenticata dal difensore; ai sensi dell'art. 79, comma 1, lettere b), c) e d) la domanda deve contenere le generalità dell'interessato e dei componenti del suo nucleo familiare, con i relativi codici fiscali; una dichiarazione sostitutiva di certificazione attestante la sussistenza delle condizioni reddituali necessarie per l'ammissione; nonché l'impegno a comunicare le variazioni rilevanti del reddito, relative all'anno precedente, entro trenta giorni dalla scadenza del termine di un anno dalla presentazione dell'istanza.

il riconoscimento anticipato mediante apposizione del visto di congruità sulla parcella professionale. Il provvedimento di conferma, unitamente all'accordo raggiunto, vengono, infine, trasmessi all'ufficio competente del Ministero della giustizia, che procede alle verifiche necessarie, e all'organismo di mediazione. L'ammissione al beneficio comporta che il difensore non possa chiedere né percepire altri compensi o rimborsi dall'assistito, pertanto, ogni altro patto contrario è sanzionato con la nullità. Nel caso di sopravvenienze che modifichino le condizioni iniziali di ammissione al beneficio, l'art. 15-*novies* prevede la revoca del sussidio economico da parte dello stesso consiglio dell'ordine procedente e l'eventuale contestazione del provvedimento va presentata, tramite ricorso, al presidente del tribunale del luogo in cui ha sede il consiglio medesimo.

La disciplina delineata dal decreto legislativo non è del tutto completa, poiché per ulteriori specificazioni si rinvia ad un successivo decreto del Ministro della giustizia, da definire insieme con il Ministro dell'economia e delle finanze, entro sei mesi dall'entrata in vigore delle disposizioni attuative della legge 25 novembre 2021, n. 206. In particolare, alla normativa secondaria è rimessa l'individuazione degli importi spettanti all'avvocato e le modalità di liquidazione. Nell'ottica della semplificazione, l'art. 15-*octies* prevede, inoltre, che il compenso possa essere corrisposto in modalità alternative al pagamento in denaro, ossia attraverso il credito di imposta o la compensazione.

Aspetto non secondario, inoltre, è rappresentato dalla disciplina relativa alle sanzioni applicabili in caso di false dichiarazioni finalizzate ad ottenere l'ammissione al patrocinio a spese dello Stato. Anche sotto questo profilo, è previsto un richiamo alle preesistenti disposizioni che regolano la fattispecie in caso di gratuito patrocinio delle spese giudiziali, infatti, il trasgressore è punito ai sensi dell'art. 125, comma 1, D.P.R. n. 115 del 2002 e si applica l'art. 88 del citato decreto in ordine ai controlli fiscali della Guardia di Finanza sui soggetti ammessi al patrocinio a spese dello Stato, anche tramite indagini bancarie e presso gli intermediari finanziari.

Infine, l'art. 15-*undecies* prevede che, per l'attuazione della disciplina dettata dal Capo II-*bis* siano stanziati circa 2,083 milioni di euro a decorrere dall'anno 2023 a valere sul fondo per l'attuazione della delega per l'efficienza del processo civile²⁹.

Per completezza, occorre evidenziare, che in attuazione della volontà legislativa espressa nell'art. 1, comma 4, lett. a), l. 206/2021, il decreto legislativo dispone altresì

²⁹ Cfr. *Dossier* redatto dalla commissione Bilancio, p. 14 ove si legge che in merito alla disposizione che introduce l'istituto del patrocinio dello Stato alla mediazione civile e commerciale, «la relazione tecnica per gli aspetti relativi alla quantificazione del relativo onere (euro 2.082.780 annui a decorrere dal 2023) e alle modalità di calcolo si limita a confermare e a rimandare a quanto già riportato nella relazione tecnica allegata alla legge delega del processo civile. Inoltre, viene evidenziato che le disposizioni introdotte in materia (nuovi artt. 15-*bis*-15-*undecies* del D.lgs. n. 28/2010) non sono suscettibili di determinare ulteriori oneri a carico della finanza pubblica, atteso che gli adempimenti relativi alle attività connesse alle procedure di ammissione all'istituto del patrocinio a spese dello Stato potranno essere sostenute con il ricorso alle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente».

l'estensione del patrocinio a carico dello Stato nei procedimenti di negoziazione assistita nei casi in cui essa è prevista dalla legge come condizione di procedibilità della domanda giudiziale³⁰. Tanto è previsto dall'art. 9 dell'articolato normativo appena licenziato che, modificando il D.L. n.132/2014, introduce nel Capo II due Sezioni: la prima è rubricata «*Della procedura di negoziazione assistita*» e contiene insieme alle norme previgenti, alcune in parte modificate, disposizioni inedite relative alla disciplina del procedimento; la seconda sezione è rubricata «*Disposizioni sul patrocinio a spese dello Stato nella negoziazione assistita*» ed è composta dai nuovi artt. 11-*bis* – 11-*undecies*³¹.

In conclusione, la riforma in via di definitiva approvazione ha tradotto in diritto positivo il risultato dell'evoluzione che si è registrata sul tema dell'ammissione dei non abbienti al patrocinio a spese dello Stato nei procedimenti stragiudiziali obbligatori, colmando una lacuna normativa da tempo segnalata dagli operatori del settore.

Certamente, l'estensione del beneficio economico, non più rinviabile dopo la pronuncia della Consulta, rappresenta un ulteriore e importante passo avanti nella prospettiva di valorizzare la “cultura della mediazione” e considerare i procedimenti extragiudiziali di risoluzione delle controversie mezzi alternativi e complementari rispetto alla tutela giudiziale. Tale complementarietà è senz'altro favorita dal riconoscimento in entrambe le sedi di analoghe possibilità di azione e di difesa.

Del resto, nell'ambito della politica dell'Unione di istituire uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, l'ordinamento europeo da tempo prevede che sia garantito un migliore accesso tanto ai metodi giudiziali quanto a quelli extragiudiziali di risoluzione delle controversie³². Questo ampliamento delle forme tutela si traduce in un beneficio per i singoli e un vantaggio in termini di deflazione del contenzioso, necessario per il rilancio del Paese.

³⁰ Anche nell'ambito della negoziazione assistita, la mancata previsione della possibilità di ricorrere al patrocinio a spese dello Stato per i non abbienti ha sollevato delle critiche, v. A. TRINCHI, *Profili di incostituzionalità della negoziazione assistita obbligatoria*, in *Riv. dir., proc.*, 1, 2017, p. 270 ss.

Sulla disciplina della negoziazione assistita, *ex multis*, v. G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 22 ss.; Id., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in *Giusto proc. civ.*, 1, 2015, p. 26 ss.; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita*, in *Il libro dell'anno del diritto Treccani*, 2016; Id., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in Id. (a cura di), *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile (D.L. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in L. 10 novembre 2014, n. 162)*, Giappichelli, Torino, 2015, 27 ss.; Id., *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati tra collaborative law e procedure partecipative*, in *Foro it.*, 2015, V, c. 28 ss.; F.P. Luiso, *La negoziazione assistita*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4, 2015, p. 649 ss.

³¹ Si rinvia per approfondimento alla *Relazione illustrativa* dello schema di decreto legislativo attuativo della delega, cit., p. 155 ss., ove il legislatore chiarisce che la scelta di collocare la disciplina nel D.L. 132/2014 piuttosto che nel TUSG è supportata da ragioni analoghe a quelle che hanno determinato l'introduzione del Capo II-*bis* nel d.lgs. 28/2010 in materia di mediazione.

³² In questi termini la Direttiva 2008/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008 relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in particolare il considerando n. 5.

Giuseppe Losappio

LEGAL MENTAL HEALTH AND CRIMINAL JUSTICE COMPARED ACROSS EUROPE

SOMMARIO: 1. Foreword. – 2. The European convention. – 3. The UK law and case law. – 4. The France law. – 5. The German law

1. Looking at the UK law system – Brenda Hale – wrote that “*Mental health law is a perpetual struggle to reconcile three overlapping but often competing goals: protecting the public, obtaining access to the services people need, and safeguarding users' civil rights*”¹. Criminal law grounds on the first topic. “*This would – goes forward Hale – be a cruel over-simplification. But there is no doubt that the law finds it hardest to aim at obtaining access to services. It is much better at tackling what it calls ‘justice’ than at tackling equality of access. This is because it is much better at preventing people doing things than it is at making them take action*”. **In other words, in much easier to “punish” (broadly meant) mental illness than cure it.**

2. The **European convention of Human Rights** set out principles that should be underpin a better resolution of these struggle.

The most relevant declaration is the article 8.

It gives everyone the right to respect for their private and family life, their home and their correspondence. Primarily, Article 8 prevents the state interfering arbitrarily in family and private life.

It has rarely featured in mental health law but could be very useful on these field as well. Its concept of private life is very wide. It includes a person’s moral and physical integrity, which is violated by sexual abuse or other forms of harassment².

¹ B. Hale, *Justice and equality in mental health law: The European experience*, in *International Journal of Law and Psychiatry*, 2007 (30), p. 19.

² B. Hale, *Justice and equality in mental health law*, cit., p. 25 (The threshold for what constitutes ‘interference’ under Article 8 can be much lower than for ‘inhuman or degrading treatment’ under Article 3)

Nevertheless, it is worth to note that the Convention is better at protecting people against unwanted or unnecessary treatment and care than supplying them with what they want or need, even within available resources. This is still a depressingly negative proposition: for one hand, it is unjustifiable to interfere with my freedom unless in pursuit of the rational aim of providing me with the care that I need; **for the other, the Convention doesn't consider the alternative way, which could be worse, in case States do nothing.**

On the first side, the Convention is against unwanted or unnecessary treatment; it is illegal to oblige an unwilling person to suffer treatment or care which he deems futile or inappropriate. This applies to all people, without discrimination on grounds such as sex, racial or ethnic origin, religion, membership of a particular religious or social group, or the nature of their disability³.

In the ECHR jurisprudence the emphasis is upon enabling not enforcing: a person's right to choose what may be done to his body or his mind remains intact unless and until it is lost in accordance with proper processes of law. The Convention can protect against forcible interferences with liberty and self-determination. The Strasbourg court has now held that the detention of an incapacitated patient in a hospital under necessity is incompatible, both with the protection against arbitrary deprivation of liberty and the procedural safeguards required by Article 5(1) and (4) of the Convention.

Enforcing may be part of enabling but should be carefully controlled and apply much more narrowly than the availability of treatment and care.

The minimum criteria for an acceptable enforcement process are:

- (i) logical and defensible grounds for intervention;
- (ii) a fair process which enables the contrary case to be put and heard;
- (iii) appropriate and human conditions of treatment and care.

The Convention is theoretically capable of ensuring that only those who are genuinely 'of unsound mind' can be deprived of their liberty. But the Strasbourg court has declined to define that concept, "*...because its meaning is continually evolving as research in psychiatry progresses, an increasing flexibility in treatment is developing and society's attitudes to mental illness changes, in particular so that a greater understanding of the problems of mental patients is becoming more wide-spread.*"

Reasons of enforcement and prevention must not overtake these borders.

Below those limit the relationship between mental health and criminal or punishment law is complex and find different solution across the different European countries, despite some common starting point.

After World War II, a reform movement substantially changed the organization of jails and imprisonment in many European countries, providing detainees with social services for rehabilitation purposes, icastically expressed by the Italian constitutional principle of punishment re-education scope. In the 1960s and 1970s, anti-psychiatry

³ B. Hale, *op. loc. cit.*, p. 25.

movements arose across Europe and their criticisms resonated in prison contexts against “rebuilding the asylum in prison”. **The challenge for psychiatrists was thus to provide care to incarcerated people without participating in their judicial supervision.**

This landmark step stabilized the mental health care system in prisons, reproducing the historical dichotomy between the mental health and criminal justice systems inside the walls of prisons⁴.

3. In **UK** special provisions for vulnerable suspects can be found within the rule for imprisonment, detention and custody stressed out some aspects such as: management and supervision monitoring, observing and engaging condition of the detainee, signs indicating increased risk of medical emergencies; supervision and security in hospitals; police supervision, increased risk of self-harm post-interview; imprisonment and detention risk assessment while outside custody.

Managing those parameters individuals can then be diverted towards health and social care services that may support their needs. Diversion should be interpreted in its wider sense, referring both out of and within the youth and criminal justice systems.

The main case law rules states the rule of the Police officers in the event the suspects going to be arrested should be affected by mental disorder that at the time of the committing of the act gives rise such a defect of reason, a disease of the mind, as not to know the nature and quality of the act he was doing; or, if he did know it, that he did not know he was doing what was wrong.’ In these cases officers and staff must consider diversion for offenders who are mentally disordered before making a decision on charging.

Offenders who are mentally disordered should, wherever possible, receive health and social care as an alternative to being punished by the criminal justice system⁵.

4. In **France**, the procedure of involuntary hospitalization rules that a “liberty and custody judge” (juge des libertes et de la detention, JLD) is appointed to guarantee the rights of hospitalized people and to prevent abusive hospitalizations.

The court must hold a mandatory hearing before the 12th day of hospitalization.

During this hearing, a lawyer assists the patient, and all the documents in the admission file (medical certificates, administrative documents) are examined. In ten percent of cases, the judge of liberty and custody ends the involuntary hospitalization against the opinion of the treating psychiatrist. At the end of a trial, if the judge declares

⁴ T. Fovet – F. Thibaut – A. Parsons – H.J. Salize – P. Thomas- C. Lancelvevee, *Mental health and the criminal justice system in France: A narrative review*, in *Forensic Science International: Mind and Law*, 2020, passim.

⁵ College of Policing, Mental health and the criminal justice system, in <https://www.college.police.uk/app/mental-health/mental-health-and-criminal-justice-system>

the person not criminally responsible, he/she is referred to the psychiatric hospital in charge of him/her.

In most cases, the psychiatric expert suggests an involuntary hospitalization if the person requires psychiatric care and endangers the safety of others and/or the public order.

One of the main problem is that these individuals are then hospitalized with involuntarily hospitalized patients who did not commit offenses.

The psychiatrist in charge decides the type of treatment and the duration of stay, leading to significant variations in the outcomes of these individuals. Before discharge, a psychiatric assessment by two independent psychiatric experts is required. If both psychiatrists agree on the discharge decision, the local state representative (Prefet) makes the final decision⁶.

5. In **Germany**, mentally disordered prisoners in Germany are subject to special legal regulations. There are no special diversion programs in Germany but diversion does in fact happen via legal regulations that are based on the construct of legal responsibility.

Diversion refers to the removal of offenders from the criminal justice system at any stage of the procedure and court proceedings.

In recent years the number of occupied beds in forensic psychiatric hospitals has continued to rise.

At the same time the number of people in prisons has slightly decreased while there has been a slight increase in the number of available beds in general psychiatry. Germany experienced public and media concern about the risk posed by conditionally released mentally ill offenders and other perceived inadequacies in the criminal justice system. Therefore the way in which prisoners or forensic patients are supervised after they have been discharged was reformed in 2007 in order to assure a more efficient control of their conduct after their release from custody by means of mandatory treatment and monitoring.

Special outpatient clinics were to assist discharged patients in complying with the conditions of probation and parole. However organisational structures for these specialised outpatient institutions vary within Germany because of its federal administration.

This results in regional differences in conditions of treatment and probably in differences in quality as well, but surveys about the effects, efficacy or effectiveness of forensic outpatient treatment in Germany are scarce⁷.

⁶ T. Fovet – F. Thibaut – A.Parsons – H.J.Salize – P.Thomas- C.Lancelevee, *Mental health and the criminal justice system in France: A narrative review*, op. loc. cit.

⁷ N. Konrad – S. Lau, *Dealing with the mentally ill in the criminal justice system in Germany*, *International Journal of Law and Psychiatry*, 2010 (33), pp. 236-240.

Lorenzo Pulito

A COMPARATIVE ANALYSIS OF
MENTAL HEALTH LEGISLATION ACROSS EUROPE*

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. The Belgian legislation. – 3. The Belgian New Act (2007 and 2014).
– 4. The ECHR case law. – 5. The Swedish legislation. – 6. Conclusions.

1. When considering the recent European Court of Human Rights case law, related to judgements having as object the relationship between "Detention and mental health"¹, it is easy to realize how frequently occur human rights violations against people with mental health problems in Europe². Sometimes those violations are justified by political or social views which consider mental problems as an expression of social danger³, stigmatizing the pathology and the person who carries that burden⁴.

My paper will focus on some aspects of the Belgian and the Swedish legislation and will also formulate some considerations in comparison with the Italian system.

2. Belgium arouses interest because it has been the subject of numerous judgements

* Testo della relazione svolta in data 8 settembre 2022 nell'ambito della Forensic Psychiatry International Summer School, tenutasi in Taranto dal 7 al 9 settembre 2022, organizzata da: Italian Society for Forensic Psychotherapy and Rehabilitation; Criminology and Forensic Psychiatry - Medical School – University of Bari "Aldo Moro"; Ionian Department - School of Law - University of Bari "Aldo Moro"; Dundrum Centre for Forensic Excellence – Ireland; Ramsay Healthcare – London.

¹ See the ECHR "Factsheet – Detention and mental health", January 2022, in https://www.echr.coe.int/documents/fs_detention_mental_health_eng.pdf.

² See, among others, national reports by K. Ligeti, *Defendants and detainees with psychiatric disturbances in the criminal process and in the prison system in Hungary*, in P.H.P.H.M.C. van Kempen, M.J.M. Krabbe (Eds.), *Mental Health and Criminal Justice International and Domestic Perspectives on Defendants and Detainees with Mental Illness*, Eleven, The Hague, 2022, p. 271 ff.; M. Davoren, M. Rogan, *Defendants and detainees with psychiatric disturbances in the criminal process and in the prison system in Ireland*, therein, p. 303 ff.

³ The need for a revision of social hazards policies is proposed by G.B. Leong, *Revisiting the Politics of Dangerousness*, in *J. Am. Acad. Psychiatry Law*, 2008, n. 3, p. 278 ff.

⁴ J. Randall, G. Thornicroft, E. Brohan, A. Kassam, E. Lewis-Holmes, N. Mehta, *Stigma and Discrimination: Critical Human Rights Issues for Mental Health*, in M. Dudley, D. Silove, F. Gale (eds.), *Mental Health and Human Rights: Vision, Praxis and Courage*, Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 113 ff.

by the European Court of Human Rights (ECHR)⁵.

Belgian law offers two different options to investigators or judges facing a mentally disordered offender in a criminal case: one is the insanity defence, and the other is the internment⁶, as preventive measure⁷. My essay will focus on this last one.

The need to adopt a new approach towards insane offenders and offenders with diminished responsibility led to the approval of the Act of 9 April 1930 on the “protection of society against abnormal individuals and recidivists”, later replaced by the Act of 1 July 1964.

Articles 1 and 7 of the Act lay down the conditions for internment. The perpetrator must have committed an offence described in statutory law as a felony or misdemeanour. S/he must be found to be in a state of insanity, serious mental disorder or deficiency that renders him/her unable to control his/her actions. The offender must be dangerous to society (there is no express statutory definition of this requirement).

Internment is based on the mental state and dangerousness of the offender at the time of the judicial decision rather than at the time of the offence. It is not linked to the insanity defence provided for in article 71 of the Criminal Code according to which “*There is no offence, when the defendant or the suspect was in a state of insanity at the time of the act, or when he was constrained by a force that he could not have resisted*”.

⁵ In the 1998 Aerts case, the ECHR first censured Belgium for the practice of keeping internees in prison without appropriate psychiatric treatment, arguing that it was to be considered as the unlawful detention of a person of unsound mind: *Aerts v. Belgium* ECHR 1998-V 1939.

Many similar ECHR judgements followed: *De Donder and De Clippel v. Belgium* App. no. 8595/06 (ECHR, 6 December 2011); *LB v. Belgium* App. no. 22831/08 (ECHR, 2 October 2012); *Claes v. Belgium* App. no. 43418/09 (ECHR, 10 January 2013); *Dufoort v. Belgium* App. no. 43653/09 (ECHR, 10 January 2013); *Swennen v. Belgium* App. no. 53448/10 (ECHR, 10 January 2013); *Caryn v. Belgium* 43687/09 (ECHR, 9 January 2014); *Gelaude v. Belgium* App. no. 43733/09 (ECHR, 9 January 2014); *Lankester v. Belgium* App. no. 22283/10 (ECHR, 9 January 2014); *Moreels v. Belgium* App. no. 43717/09 (ECHR, 9 January 2014); *Oukili v. Belgium* App. no. 43663/09 (ECHR, 9 January 2014); *Plaisir v. Belgium* App. no. 28785/09 (ECHR, 9 January 2014); *Van Meroye v. Belgium* App. no. 330/09 (ECHR, 9 January 2014); *Smits et al v. Belgium* App. Nos. 49484/11, 5703/11, 4710/12, 49863/12, 70761/12 (ECHR, 3 February 2015); *Vander Velde and Soussi v. Belgium and the Netherlands* App. Nos. 49861/12, 49870/12 (ECHR, 3 February 2015).

In particular two recent pronouncements have censured Belgium for inhumane handling of very vulnerable internees who had been kept in prison for many years while deprived of adequate psychiatric care, *Claes v. Belgium* App. no. 43418/09 (ECHR, 10 January 2013); *Lankester v. Belgium* App. no. 22283/10 (ECHR, 9 January 2014).

⁶ K. Hanouille, F. Verbruggen, ‘*Neuroscientism*’ in the Courtroom: *The Limited Role of Neuroscientific Evidence in Belgian Criminal Proceedings*, in S. Moratti, D. Patterson (ed.), *Legal Insanity and the Brain: Science, Law and European Courts*, Hart Publishing, Oxford, 2016, p. 43 ff.

⁷ The nature of the internment measure has been controversial since the beginning, and it still remains. In line with Adolphe Prins’ reasoning, the 1930 legislators considered the internment measure not as a punishment. Several high-ranking judges pointed out that the fact that *the punishment is called internment and that the prison in which it is served is called a “psychiatric wing of a corrections centre” makes no difference*.

From the procedural perspective, three different paths can be followed in case of internment.

First of all, internment can be imposed by the trial court; as second option, it can be imposed by the chambers supervising judicial investigation, except for political or press offences. Belgian law also provides for a third and particularly controversial internment procedure: the internment of a convicted detainee, under article 21 of the Act. It applies to detainees convicted for a felony or misdemeanour if during their detention period they are found to be in a state of insanity, serious mental disorder or mental deficiency that renders them unfit to control their actions. No clarification is provided in the Act about the meaning of this sentence. There is great discord in practice on how to interpret it.

From the organizational point of view, Social Defence Commissions ("CDS") are set up, which are composed of an effective or honorary magistrate who serves as president, a lawyer, and a doctor (Article 12).

The Social Defence Act does not foresee any obligation for an "appropriate institution" referred to in Article 14 paragraph 2 of the Law to receive an internee. This could mean that it cannot be guaranteed that decisions concerning the acceptance of such internee in an adapted psychiatric institution are executed within a reasonable time.

In principle, internment is aimed at protecting society and treating the internee; in practice, many internees do not receive the treatment they need for long periods of time. There is scarcity of beds in the forensic wards of mental health clinics. While waiting to be accommodated into an appropriate mental health facility, mentally ill offenders reside in psychiatric prison wards that are unsuitable for any type of psychiatric treatment. This solution is particularly problematic considering that open-ended internment lasts for an indeterminate amount of time, until the mental condition of the internee has improved.

For this reason, many ECHR sentences have been released against Belgium.

3. On 21 April 2007 a new Act on internment of persons with a mental disorder was enacted in Belgium.

The Act attracted considerable criticism, never entered into force, and was eventually replaced by a new Act in 2014 with the Internment Act. It focuses on treatment, and, unlike the 2007 Act, it is not dominated solely by concerns with the protection of society.

The new law defines the purpose of internment as a security measure intended both to protect society and to ensure that the interned person is provided with the care required by his/her condition with a view to his/her reintegration into society.

Following the new Act, the legal conditions for internment have changed.

The offender must suffer from a mental disorder that damages or seriously impairs his/her ability to judge or to control his/her actions. The Act uses the phrase "mental

disorder” (“*trouble mental*”), a concept that covers both mental illnesses and disabilities and is recognised by the World Health Organisation and the American Psychiatric Association.

The law makes psychiatric assessment compulsory prior to any decision on internment and sets the minimum content. The law also foresees a panel of experts (already regularly used in practice) and provides for the assistance of other experts in behavioural science (also commonly used) while making the expertise potentially contradictory (art. 7). In response to the condemnations pronounced by the ECHR, internment remains the basic measure but can no longer, in principle, be served in the psychiatric wing of ordinary prisons. Internment should be only served in an institution for the protection of society, in a social defence section, in a forensic psychiatric centre for internees at "high risk", or in an institution recognized by the competent authority organized by a private institution, a Community or a Region for internees at "low or moderate risk" (Art. 3)⁸.

External institutions which have concluded a cooperation agreement – specifying their reception capacity, the profile of the internees they receive and the procedure to be followed for such reception (Article 3(5)(o))—shall not refuse the placement (Article 19).

The management and control over internment is attributed to the Social Protection Chamber of the Sentence Implementation Court, comprising a judge (the sentence implementation judge) who will sit as president, an assessor specialized in social rehabilitation and an assessor specialized in clinical psychology (art. 93, 2).

Finally, automatic periodic review mechanisms have been introduced. However, in the recent case *Venken and others v. Belgium*⁹, when analysing the new legislation, the ECHR considered that the automatic periodic control of the deprivation of liberty of the internee, which must be initiated within a period not exceeding one year after the previous decision of the CPS, is not reasonable for internees who are deprived of liberty under conditions contrary to Articles 3 and 5 § 1 of the Convention.

Although Belgium has made progress, not only from a legislative point of view, the problem seems to persist.

4. It is beneficial to briefly recall the principles expressed by the European Court on this matter, including the principle according to which prisoners shall retain all their rights, except the right to liberty.

Although no expressed reference is made to obligation to address special needs for detainees with mental health problems, the guarantees fall within the right to life (art. 2 of the European Convention HR) and the right to human treatment (art. 3 of the

⁸ Y. Cartuyvels, G. Cliquennois, *La défense sociale pour les aliénés délinquants en Belgique : le soin comme légitimation d'un dispositif de contrôle?*, in *Champ pénal*, 2015, n.1, p. 11 s.

⁹ *Venken and others v. Belgium* App. no 46130/14, 76251/14, 42969/16, 45455/17 et 236/19 (ECHR, 6 April 2021).

European Convention HR). In addition to that, guarantee to standard healthcare is foreseen under art. 5 of the European Convention HR. With specific reference to healthcare, detainees shall have the right to a standard of medical assistance equivalent to that available outside the prison (*principle of equivalence*). Article 3 of the Convention cannot be considered as a justification for a general obligation to release detainees on health grounds. However, it imposes a duty to protect the physical well-being of persons deprived of their liberty by providing, among other things, with the required medical assistance. A lack of guarantee in this sense configures a violation of art. 3 of the European Convention HR.

The parameters to assess if a detainee has undergone a violation of art. 3 of the Convention are: 1) the medical conditions of the prisoner; 2) the adequacy of medical assistance and care provided in detention; 3) the balance between the mental state and the detention status.

In several cases the Court has identified this kind of violation, not only in the diagnostic phase, but also in the subsequent treatment. What was identified was the lack of a specialized treatment, an inconstant supervision and monitoring, an inadequate living environment. All these aspects contribute to a detrimental effect over detainees' health and well-being, then configuring a violation of art. 3 of European Convention HR, and also represent a concrete obstacle to reintegration into the society.

An example of judgements regarding this violation is *W.D. v. Belgium*¹⁰.

In *W.D. v. Belgium*, it is clearly stated that psychiatric wings of prisons not always represent a proper solution, because detainees require specialized psychiatric institutions, more than the social protection unit of the ordinary prison. This judgement evidently highlights the systemic and structural deficiencies in the Belgian system in providing appropriate treatment to mentally disordered detainees.

Also relevant for the purpose of this paper is art. 5 para. 1 (e) of the European Convention HR, which allows for “the lawful detention” of “persons of unsound mind”, if this is done “in accordance with the law”¹¹. In the context of criminal law, this provision is accepted by the ECHR as a valid legal basis for the application of isolation as preventive measure towards offenders with unsound mind who cannot be held criminally responsible for criminal acts in consideration of their mental health state *tempore criminis* but pose a danger to the society¹².

The ECHR lists three minimum conditions that must be fulfilled in order for a person to be legally deprived of liberty on the basis of Article 5 para. 1 (e) of the European Convention HR: it must be reliably shown to be of unsound mind, affected

¹⁰ *W.D. v. Belgium* App. no. 73548/13 (ECHR, 6 September 2016).

¹¹ S. Rossi, *La salute mentale attraverso lo spettro dei diritti umani*, in www.forumcostituzionale.it, 22 marzo 2015, p. 34 ff.

¹² A comparative overview about preventive detention is in K. Drenkhahn, C. Morgenstern, *Preventive Detention in Germany and Europe*, in A.R. Felthous, H. Saß (ed.), *The Wiley International Handbook on Psychopathic Disorders and the Law*, 2nd Edition, vol. I, Hoboken, NJ, Wiley-Blackwell, 2021, p. 87 ff.

by a true mental disorder, as established before a competent authority on the basis of objective medical expertise; the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement; the validity of continuing confinement depends on the persistence of such a disorder.

It is also evident in the ECHR case law that, in principle and for the purpose of art. 5 para 1 of the European Convention HR, the detention of a person with unsound mind shall be considered as “lawful” only if effectuated in a hospital, clinic or other appropriate institution authorized for that purpose.

This is clear in the sentence *Sy v. Italy*¹³, which reads «112. *The administration of adequate therapy has become a requirement as part of the broader notion of the “lawfulness” of the deprivation of liberty. Any detention of persons suffering from mental illnesses must pursue a therapeutic goal, and more specifically aim to cure or improve, as far as possible, their mental disorder, including, where appropriate, the reduction or control of their dangerousness. The Court emphasized that regardless of where these people are placed, they have the right to a medical environment adapted to their state of health, accompanied by real therapeutic measures aimed at preparing them for possible release*».

The parallelism between the Belgian pilot sentence and the case in which the European Court recently condemned Italy is evident, specifically for the violation of article 3 (despite a clear and ascertained prison incompatibility, the applicant Sy had remained in prison without receiving any treatment) and article 5 (despite the order of the Supervisory Magistrate to place the detainee into a REMS - Residence for the Execution of Security Measures for one year, the order was not executed due to lack of places. The national authorities had neither created new places in the centres nor found any alternative solution. The Court did not consider the lack of available places a valid justification for keeping the applicant in prison).

This sentence has dramatically relaunched the problem of the insufficient number of places in adequate health facilities, on which also the Italian Constitutional Court intervened, almost simultaneously (sentence no. 22 of 2022), and “underlined that due to its serious functioning problems, the system does not effectively protect neither the fundamental rights of potential victims of aggression, nor the right to health of the patient, who does not receive the necessary treatments to help him overcome his pathology and gradually reintegrate into society”. Nevertheless, the Court held that it

¹³ *Sy v Italy* App. No. 11791/20 (ECHR, 24 January 2022).

F. Gualtieri, *L'applicazione delle misure di sicurezza detentive e il “malfunzionamento strutturale” del sistema delle REMS, secondo C. Cost., sentenza n. 22 del 2022: un punto di svolta nel percorso di superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari*, in *Giustizia Insieme*, 7 febbraio 2022; P. Scarlatti, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *dirittifondamentali.it*, 2022, n. 1, p. 545 ff.; A. Sangiorgi, *La Corte di Strasburgo torna sul malfunzionamento del sistema carcerario italiano: la detenzione di individui vulnerabili affetti da disturbi psichiatrici non è conforme alla CEDU*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2022, p. 498 ff.

could not declare the legislation in question illegitimate, because this would result in "the complete disappearance of the REMS system, which is by the way the result of a tiring but unavoidable process of overcoming the old OPG", with the consequence of "an intolerable vacuum of protection of constitutionally relevant interests".

5. To sum up, the ECHR permits deprivation of liberty of persons of unsound mind if they pose a threat to themselves or to others. A rather different approach stems from art. 14 para 1 (b) of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD) which stipulates that the "existence of a disability shall in no case justify a deprivation of liberty".

This is the starting point to study Swedish legislation.

The core principle of the current legislation, dating back to 1965, is that all individuals are considered legally responsible and liable for their intentional unlawful actions, regardless of their mental state at the time of the crime. As a consequence, all defendants are treated as if sane, and are subjected to the same evaluation of intent. If the requirements for intent are fulfilled, the defendant is convicted and there is no possibility of acquittal on the basis of legal insanity in the Swedish criminal justice system¹⁴.

The difference between insanity and intent is often illustrated with the following example¹⁵. A person falsely believes, due to psychosis, that s/he is a soldier attacking enemy soldiers. S/he does understand that s/he is killing other persons and thereby has the intent required for murder. Yet s/he does not understand the meaning of this act in a wider sense, since s/he is acting in his delusional world.

The intent requirement is identical for all defendants. Although the intent assessment can be difficult in case of severe mental disorder, even the Supreme Court in a 2004 case has concluded that defendants suffering from a severe mental disorder are able to commit crimes intentionally if their mental capacities are sufficient to fulfil the criminal law requirements for intent¹⁶.

The mental state of the defendant plays a certain role in the choice of sanction. If, at the time of the commission of the crime, a psychiatric disorder, an emotional state or a similar situation seriously reduced the ability to control the behaviour, the penalty is reduced. The type of sanction is chosen taking into account the psychic condition of the offender at the time of the sentence and the following possibilities are available:

¹⁴ T. Bennet, S. Radovic, *On the Abolition and Reintroduction of Legal Insanity in Sweden*, in Sofia Moratti and Dennis Patterson (ed.), *Legal Insanity and the Brain: Science, Law and European Courts*, cit., p. 169.

¹⁵ P. Gooding, T. Bennet, *The Abolition of the Insanity Defense in Sweden and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Human Rights Brinkmanship or Evidence it Does not Work?*, in *New Criminal Law Review*, 2018, n. 1, p. 160 s.

¹⁶ Supreme Court of Sweden, 2 December 2004, Judgment in Case B 3454-04, reported in NJA 2004 p 702.

- Pecuniary penalty –if a person, suffering from a severe psychiatric disorder, has committed a crime for which the pecuniary penalty cannot be considered adequate, the judge can send it to psychiatry care facilities, if, having regard to his/her psychic condition and further personal circumstances it is necessary that s/he be admitted to an institution for psychiatric treatment with restriction of personal freedom and others obligations (Chap 31, § 3 par 1 BrB¹⁷)¹⁸.

- Conditional sentence - the offender has the obligation to conduct an orderly life, maintain him/herself, repair or compensate for any damage. This for a probationary period of two years, without supervision.

- Probation - the offender is put on a three-year probation with surveillance (for a minimum period of one year).

- Committal to special care – the treatment into specific forensic facilities is a compulsory measure, applicable in situations ("severe psychiatric disorder") that legitimize in general the compulsion to care for any citizen. The judge determines the type of sanction and duration. The Forensic Psychiatry Service defines the content and duration of the individual measures chosen. In general terms, institutional hospitalization is usually justified on the basis of the patient's care needs and not on the "risk of recurrence". In the event that the offense was committed under the influence of a severe mental disorder, and because of this there is a risk that the patient commits new serious offenses, the judge may decide to make the release from the psychiatric facility subject to a judgment of dangerousness. social regulated by the law on psychiatric-forensic assistance (Chap. 31, § 3 par. 2 BrB). The judge makes use of this possibility very frequently (80/90% of cases). For the resignation it is not enough an improvement of the clinical conditions, but it is required that the risk of recurrence has ceased.

- Custodial sentence – not applicable before 2008 for mentally ill patients, while after 2008 applicable only in particular circumstances such as particular gravity of the offense, modest or no need for psychiatric care, incapacity caused by intoxication or other cause, further circumstances. Prison is excluded if the offense is committed under the influence of a severe mental disorder, such as to make the offender unable to understand the full extent of the behaviour and to control it. These changes have been considered necessary to resolve the problematic situation occurring when the defendant suffers from a temporary state of insanity.

It is evident the fact that the Swedish system has increased the number of the users of the "forensic psychiatric service" by delegating to it the treatment of people who could have been excluded from it under in other circumstances, like in Italy where they could have been considered as not imputable, and therefore excluded from the criminal law system (with exception of social dangerous cases).

¹⁷ Brottsbalk (1962:700), available at <https://lagen.nu/1962%3A700#A3>.

¹⁸ i.e. Committal to special care.

However, a crucial issue concerning proportionality emerges.

The choice of sanction regarding offenders without a diagnosis of mental disorder is based on the principle of proportionality, where the sanction determined should reflect the severity of the crime. However, sanctions regarding offenders diagnosed with a mental disorder focus on individual need for treatment and risk of future violent crimes. The result is that a serious offence followed by recovery (as determined by forensic experts) could lead to a quick release, while a relatively minor offence without recovery (again, as determined by forensic experts) could result in many years of incarceration in forensic psychiatric care. Governmental committees have also considered the critique on ethical grounds of the procedure requesting a special release inquiry, since the assessment is largely based on the risk of recidivism rather than need for psychiatric treatment. This critique was raised by medical professionals concerned that keeping persons under medical treatment regardless of need for treatment is unethical and gives rise to questions as to whether such persons are experiencing a violation of their right to freedom from torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment.

While discussions are taking place in Sweden concerning abolition and reintroduction of Legal Insanity (many proposals to introduce a legal insanity standard in Swedish law have been done in the last years; a Committee emphasises that it would be ethically questionable to issue guilty verdicts for mentally ill defendants, just to give them access to the psychiatric treatment they need), in Italy completely opposed proposals have been submitted. Reference is made to the proposal for Law submitted to the Parliament on 11 March by the deputy Magi, with the object to abolish the non-imputability and, subsequently, the “double track”, consisting of the penalty and the security measure¹⁹.

6. The topic is very broad and different countries have applied different solutions to face similar problems.

Although provisional, I would like to draw a quick conclusion.

Regulatory changes will be satisfactory if they maintain the necessary guarantee of safeguard of human rights, in the light of ECHR judgements²⁰.

¹⁹ A.C. 2939 “Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di imputabilità e di misure alternative alla detenzione per le persone con disabilità psicosociale”, Law proposal submitted by the member of the Parliament Mr. Magi on 11 March 2021. In the same sense, see the document Presidenza del Consiglio dei Ministri, Comitato Nazionale per la Bioetica, “Mental health and psychiatric care in prisons”, 22 March 2019, in https://bioetica.governo.it/media/4268/p134rr_2019_mental-health-and-psychiatric-care-in-prisons_en.pdf, p. 20: «More generally, there should be reconsideration of the particularly problematic concept of "social dangerousness", at the basis of security measures and the special "double track" legislation of imputability/non imputability for persons affected by mental disorder».

²⁰ M. Rogan, *Human rights and correctional health policy: a view from Europe*, in *International journal of prisoner health*, 20017, n. 1, p. 3 ff.

On a global level, the responsibility for offenders with mental illness is currently heavily concentrated in the hands of the justice system, overlooking the vital need for a major involvement of health services providers. In fact, a solid general mental health policy seems to be a precondition for this cooperation to be successful²¹.

Furthermore, ministries of social and economic affairs may also have to play a more active role in improving the current situation. The dilemma about the best place to accommodate mentally affected detainees is not only limited to the identification of the responsible officer/service provider, but it expands to the health and justice systems as a whole. It would be advisable to address the situation of mentally affected offenders as top priority from a political point of view. The final aim would be the creation of a more humane place where mentally affected offenders may benefit of the expertise of dedicated professionals and ad-hoc treatments, with the outcome to implement the highest possible degree of resocialization. This would be not only in the interest of the offenders themselves, but also in the interest of the society as a whole.

²¹ M. Krabbe, *A legal perspective on the worldwide situation of defendants and detainees with mental illness*, in P.H.P.H.M.C. van Kempen, M.J.M. Krabbe (Eds.), *Mental Health and Criminal Justice International and Domestic Perspectives on Defendants and Detainees with Mental Illness*, cit., p. 44.

Maria Laura Spada

LA FIGURA DEL CURATORE NEL CODICE DELLA CRISI DI IMPRESA E DELL'INSOLVENZA*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Il curatore nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. — 3. La nomina del curatore. L'albo degli incaricati della gestione e del controllo nelle procedure — 4. L'intrasmissibilità delle funzioni del curatore. — 5. (Segue:) La nuova figura dell'esperto. — 6. L'integrazione dei poteri del curatore. — 7. Le relazioni e i rapporti riepilogativi. — 8. (Segue:) Il deposito delle somme riscosse. — 9. L'attività del curatore nel procedimento di liquidazione giudiziale. — 10. La responsabilità e la revoca del curatore. — 11. Il reclamo contro gli atti del curatore e del comitato dei creditori.

1. Il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza¹ mantiene, quali organi della procedura di liquidazione giudiziale, il tribunale concorsuale, il giudice delegato, il curatore e il comitato dei creditori.

In linea con quanto già tracciato dalla legge fallimentare del 1942 e dalle successive riforme, la nuova normativa esalta e rivaluta la centralità della figura del curatore inteso come vero e proprio organo propulsivo della procedura di liquidazione giudiziale. La gestione e l'amministrazione del patrimonio appartenente all'imprenditore insolvente resta, infatti, affidata al curatore il quale svolge le operazioni della procedura nell'ambito delle sue funzioni e sotto il controllo e la vigilanza del comitato dei

*Il presente contributo trae spunto da un intervento svolto nell'ambito del Seminario di studi “Crisi d'impresa e procedure concorsuali” - Ordine degli Avvocati di Catanzaro (Catanzaro, 3 giugno 2022 Palazzo Corte d'Appello).

¹ Sull'iter normativo del nuovo codice della crisi e dell'insolvenza, v. M. Cavallaro, *La legge delega di riforma della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 8; F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2018, p. 14; L. Panzani, *Dal “fallimento” alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, in *Fallimento*, 2019, p. 1141; M. Fabiani, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, p. 162; P. Pellegrinelli, *Dal fallimento alla liquidazione giudiziale: un cambio nominalistico?*, in *Studi in memoria di Franco Cipriani*, Napoli, 2020, III, p. 1807; S. Ambrosini, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Diritto fall.*, 2021, p. 901. Id., *Evoluzione della disciplina della crisi d'Impresa: dalla legge fallimentare al codice della crisi d'impresa (attraverso la direttiva UE del 2019 e l'emergenza epidemologica)*, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*², Zanichelli, Torino, 2022, 11.

creditori e degli altri organi².

In sostanza, il legislatore pur conservando in capo agli organi giurisdizionali le funzioni di controllo sulla regolarità della procedura, i poteri di risoluzione dei contrasti nonché le attribuzioni concernenti la fase decisionale in tema di ammissione dei crediti, ha limitato l'area di intervento dei medesimi organi allontanandoli da una partecipazione diretta alle fasi della procedura in cui occorre compiere valutazioni gestionali.

In questa prospettiva, le nuove norme demandano le scelte di convenienza e di opportunità gestionale al curatore e al comitato dei creditori, mentre, il tribunale concorsuale e il giudice delegato sono preposti alla risoluzione di conflitti in una posizione sostanzialmente di terzietà e imparzialità.

È interessante evidenziare che anche nel nuovo codice non è organo della procedura la Corte d'appello, alla quale peraltro il legislatore attribuisce un potere rilevante, che finisce per incidere sulla gestione del fallimento, ovvero il potere, su richiesta di parte o del curatore, e nella ricorrenza di gravi motivi, «di sospendere, in tutto o in parte ovvero temporaneamente, la liquidazione dell'attivo, la formazione dello stato passivo e il compimento di altri atti di gestione» e di «disporre le opportune tutele per i creditori e per la continuità aziendale» (art. 52, commi 1 e 2 c.c.i.i.). Corte d'appello che è, in ogni caso, giudice di secondo grado avverso sia la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, sia il decreto di rigetto del ricorso, oltre ad essere giudice competente sul reclamo avverso i provvedimenti resi dal tribunale *ex art.* 124 c.c.i.i.

Nelle finalità che il legislatore si propone, la nuova ricostruzione normativa dovrebbe garantire una più agile definizione della crisi d'impresa nella prospettiva di trasformare la liquidazione giudiziale in un procedimento complesso finalizzato non solo alla liquidazione di tutti i beni del debitore ma anche alla conservazione dell'eventuale ricchezza imprenditoriale residua.

2. Nel delineare le diverse funzioni degli organi della procedura di liquidazione giudiziale, il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza con riferimento alla figura del curatore ha ulteriormente rafforzato la natura gestionale del suo incarico e ciò sia sotto il profilo di una maggiore autonomia decisionale, sia in relazione alle caratteristiche più squisitamente imprenditoriali che oggi la contraddistinguono.

Il tentativo, in realtà, è quello di ampliare e valorizzare le funzioni di amministrazione e di investigazione nell'ambito della curatela richiedendo, al

² Sul ruolo del curatore nel nuovo sistema di liquidazione giudiziale, v. M. Giorgetti (a cura di), *La figura del curatore*, in *Il curatore nella nuova liquidazione giudiziale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 59; L. Abete, *Gli organi preposti alla liquidazione giudiziale*, in *Fallimento* 2019, p. 1151; A. Natri, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, in www.giustiziansieme.it, 2019, p. 3; V. Lenoci, *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, in *Questione giustizia*, 2019, p. 288.

professionista che vuole esercitare tale incarico, adeguate capacità manageriali e ciò al fine di pervenire ad una più efficace liquidazione e realizzazione dell'attivo³.

La necessaria sussistenza dell'autonomia gestionale in capo al curatore è sancita dall'art. 128 c.c.i.i. il quale al primo comma, non diversamente dal previgente art. 31 della legge fallimentare, ribadisce che il curatore, nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite, compie tutte le operazioni della procedura, sotto la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori.

Inoltre, ai sensi del nuovo art. 128, 2° comma, c.c.i.i., il curatore conserva il potere di agire in giudizio, senza autorizzazione del giudice delegato, in materia di contestazioni e di tardive dichiarazioni di crediti ovvero di diritti di terzi sui beni ricadenti nella liquidazione giudiziale nonché nei procedimenti di reclamo contro i provvedimenti del tribunale o del giudice delegato.

Nonostante il generale rafforzamento dell'autonomia gestionale del curatore volto soprattutto ad assicurare una maggiore efficienza e celerità della procedura, l'organo amministrativo dell'esecuzione collettiva conserva anche nel sistema delineato dal nuovo codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la propria qualifica di pubblico ufficiale (art. 127 c.c.i.i.). In altri termini, anche se in alcune fasi del procedimento di liquidazione giudiziale, come ad esempio l'esercizio dell'impresa del debitore (art. 211 c.c.i.i.) o l'affitto d'azienda (art. 212 c.c.i.i.), il curatore si sostituisce al debitore nell'amministrazione del patrimonio, in tutte le altre ipotesi egli conserva la veste di pubblico ufficiale⁴.

Una scelta, quest'ultima, fondata sul fatto che il curatore rimane, in ogni caso, un organo che esercita una funzione pubblica finalizzata a perseguire gli obiettivi e gli scopi dell'esecuzione collettiva nell'interesse non solo del ceto creditorio, ma anche della giustizia.

3. Il nuovo art. 125 c.c.i.i. dispone che il curatore «è nominato con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale osservati gli art. 356 e 358».

La norma, appena citata, richiama espressamente la disciplina contenuta nel Capo II del Titolo X della Parte prima del nuovo Codice concernente il funzionamento «dell'albo degli incaricati della gestione e del controllo nelle procedure» e che in relazione sia, ai requisiti soggettivi necessari per ricoprire il ruolo di curatore sia, alla indispensabile trasparenza nell'affidamento degli incarichi, sottolinea la volontà del legislatore di ricorrere a professionisti dotati delle necessarie e specifiche esperienze in rapporto alla natura ed all'oggetto dell'incarico di curatore

³ Cfr., P. Pellegrinelli, *I compiti del curatore nella procedura di liquidazione giudiziale: aspetti processuali*, in M. Giorgetti (a cura di), *Il curatore nella nuova liquidazione giudiziale*, Pacini Giuridica, Pisa, 2020, p. 59.

⁴ R. Razzini, *Presupposti della liquidazione giudiziale e organi preposti*, in M. Giorgetti A. Bonafine (a cura di), *Codice della crisi e dell'insolvenza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 179.

In particolare, l'art. 356, 1° comma, c.c.i.i. disciplina l'istituzione, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia, dell'albo nazionale dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria a svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore nei procedimenti concorsuali.

Più precisamente l'art. 2, 1° comma, lett. n) c.c.i.i. nelle definizioni in esso enunciate, specifica, con riferimento all'art. 356 c.c.i.i., che l'albo costituisce «l'elenco unico contenente l'indicazione dei soggetti che su incarico del giudice svolgono, anche in forma associata o societaria, funzioni di gestione, supervisione, controllo o custodia nell'ambito delle procedure concorsuali previste dal presente codice».

Come chiarito dalla Relazione illustrativa, l'intento del legislatore è quello di «garantire che il conferimento degli incarichi avvenga a favore di soggetti di comprovata professionalità e di specchiata onestà»⁵. Per questa ragione è stato previsto un insieme di requisiti soggettivi, professionali e condizioni di onorabilità la cui sussistenza consentono l'iscrizione all'albo e di conseguenza il possibile conferimento dell'incarico di curatore della procedura concorsuale⁶.

Ai sensi del combinato disposto degli art. 356, 2° comma e 358, 1° comma, c.c.i.i. è previsto che «possono ottenere l'iscrizione all'albo ed essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore: a) gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro; b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto di accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura; c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale».

Al fine di garantire la sussistenza delle specifiche competenze e della preparazione necessaria allo svolgimento dell'incarico, i soggetti, appena elencati, dovranno, ai sensi dell'art. 356, 2° comma, c.c.i.i., aver assolto «gli obblighi di formazione di cui all'art. 4, comma 5, del Decreto del Ministero della giustizia 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni». Si tratta, in sostanza, di obblighi formativi previsti ai fini dell'iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge 27 gennaio 2012 n. 3. Tuttavia, su quest'ultimo punto, il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (c.d. decreto correttivo) ha chiarito che per gli avvocati, dottori commercialisti, esperti contabili e consulenti del lavoro (iscritti agli albi) la durata dei corsi di formazione è di quaranta ore, diversamente da quanto

⁵ V. Relazione illustrativa al decreto legislativo di attuazione della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, www.ilfallimento.it/wp-content/uploads/2018/10/relazione_illustrativa.

⁶ Cfr., A. Leggio, *La liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Ad Majora, Trani, 2021, p. 49.

previsto dal già menzionato art. 4, 5° comma, del decreto n. 202/2014, che fissa la durata dei corsi in duecento ore.

Con riferimento, invece, ai requisiti di onorabilità, l'art. 356, 3° comma, c.c.i.i. dispone che ulteriore prerogativa per l'iscrizione all'albo e conseguentemente per il conferimento dell'incarico è data dalla necessità che i potenziali curatori debbano:

- non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previsti dall'art. 2382 c.c.; in sostanza non possono fare richiesta di iscrizione all'albo coloro che versano in uno stato di incapacità speciale assoluta ovvero l'interdetto, l'inabilitato, il fallito o chi è stato condannato con una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi;

- non essere stati sottoposti a misure di prevenzione personali o patrimoniali disposte dall'autorità giudiziaria ai sensi del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (Codice antimafia);

- non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione: 1) a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento; 2) alla reclusione per uno dei delitti previsti dal titolo XI del libro V del Codice civile o del presente Codice; 3) alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la pubblica amministrazione, contro la fede pubblica, contro il patrimonio, contro l'ordine pubblico, contro l'economia pubblica ovvero per un delitto in materia tributaria; 4) alla reclusione per un tempo superiore a due anni per un qualunque delitto non colposo;

- non aver riportato negli ultimi cinque anni una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali: si tratta di un requisito particolarmente severo che escluderà l'iscrizione di qualsiasi professionista che sia stato sottoposto, sulla base delle regole deontologiche del proprio ordinamento professionale ad una sanzione diversa di quella di minore entità⁷.

Ciò posto, l'art. 358, 2° comma, c.c.i.i., come in parte già sancito nel previgente art. 28, 2° comma, l. fall., chiarisce che non possono essere nominati curatori il coniuge, la parte di una unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa, nonché chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura.

Resta fermo, come in passato, che le cause di incompatibilità, quanto quelle di incapacità si caratterizzano per la loro tassatività e non sono suscettibili di interpretazione analogica, essendo eccezioni alla regola generale.

⁷ M. Giorgetti (a cura di), *La figura del curatore*, cit., p. 21, dove si osserva che: «ad una lettura complessiva delle norme che costituiscono l'intelaiatura entro cui troverà applicazione la nuova normazione, si può affermare che essa non abbia avuto quale scopo ed esito testuale una radicale trasformazione della figura professionale, bensì piuttosto un "aggiustamento" di situazioni e regolamentazioni preesistenti».

Nella scelta del soggetto da nominare, il tribunale, ai sensi dell'art. 358, 3° comma, c.c.i.i., dovrà, in ogni caso, tenere conto:

- delle risultanze dei rapporti riepilogativi periodici e finali che il soggetto che si intende nominare ha predisposto in qualità di curatore nell'ambito di ulteriori procedure, ai sensi dell'art. 16 bis, commi 9 *quater*, 9 *quinqüies* e 9 *sexies* del d.l. 18 ottobre 2012 n. 179;

- degli incarichi ancora in corso al momento della possibile nomina, in relazione alla necessità di assicurare l'espletamento diretto, personale e tempestivo delle funzioni;

- delle esigenze di trasparenza e di rotazione nell'assegnazione degli incarichi, anche tenuto conto del numero delle procedure aperte nell'anno precedente, valutata la esperienza richiesta dalla natura e dall'oggetto dello specifico incarico;

- con riguardo ai consulenti del lavoro, dell'esistenza di rapporti di lavoro subordinato in atto al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale;

- in caso di procedure che presentano fattispecie di natura transfrontaliera, occorrerà tener conto delle correlate esperienze e competenze acquisite e, in particolare, della capacità di rispettare gli obblighi di cui al regolamento (UE) 2015/848, di comunicare e cooperare con i professionisti che gestiscono le procedure di insolvenza e con le autorità giudiziarie o amministrative di un altro Stato membro, nonché delle risorse umane e amministrative necessarie per far fronte a casi potenzialmente complessi.

Come si ricava anche dalla Relazione illustrativa, la ratio della norma è rappresentata dalla necessità che il tribunale valuti le specifiche capacità professionali degli iscritti all'albo con la reale possibilità di alimentare un circolo virtuoso e trasparente nel procedimento di attribuzione dell'incarico di curatore.

In sostanza si tratta di privilegiare criteri di nomina ancorati a parametri di efficacia ed efficienza, che tengano conto delle *performance* pregresse dei professionisti, evitando l'affidamento di incarichi secondo procedimenti automatici o criteri di mera turnazione⁸.

Va ricordato, infine, che la possibilità di conferire la curatela a studi professionali associati o a società di professionisti viene riconfermata, come già evidenziato, anche nel nuovo codice ai sensi dell'art. 358, comma 1, lett.b), c.c.i.i.

Proprio al fine di superare l'indeterminatezza soggettiva di una tale scelta, la norma prevede la necessaria «designazione della persona fisica responsabile della procedura»; in questa prospettiva, non è irragionevole ritenere che l'indicazione del soggetto

⁸ Cfr., M. Giorgetti (a cura di), *La figura del curatore*, cit., p. 20, dove si afferma che «si devono possedere adeguate conoscenze di natura economica, contabile e di revisione, in una visione globale dell'impresa [...]viene richiesta una pluricompetenza su diversi fronti, dal momento che il professionista dovrà essere in grado di garantire all'azienda una piena consulenza su svariate materie e in tutte le fasi della vita dell'azienda stessa dalla nascita dell'impresa alla sua patologica crisi, all'eventuale liquidazione».

responsabile possa variare sia a causa di vicende modificative della compagine dello studio associato o della società di professionisti sia per una diversa organizzazione del lavoro nell'ambito della struttura associativa. Va da sé che in queste ipotesi, ove il nuovo soggetto indicato come responsabile della procedura non offra garanzie adeguate all'espletamento dell'incarico, il tribunale potrà procedere, su proposta del giudice delegato o del comitato creditori, alla revoca del curatore.

L'art. 125, 4° comma, c.c.i.i. dispone, inoltre, che i provvedimenti di nomina dei curatori confluiscono nel registro nazionale istituito presso il Ministero della giustizia, nel quale, peraltro, sono annotati anche i provvedimenti di chiusura della liquidazione giudiziale, nonché l'ammontare dell'attivo e del passivo delle procedure chiuse. Il registro, così regolato, è tenuto in modalità digitale ed è accessibile al pubblico.

Ai sensi dell'art. 126, 1° comma, c.c.i.i., il curatore che ha ricevuto l'incarico, ha l'onere di far pervenire la propria accettazione nella cancelleria del tribunale entro i due giorni successivi alla comunicazione della sua nomina. Il curatore, qualora non adempia all'obbligo formale di accettazione, decade dall'incarico e il tribunale, in camera di consiglio, provvede d'urgenza alla nomina di un altro curatore.

Con l'intervenuta accettazione, l'ufficio comunica telematicamente al curatore le credenziali per l'accesso al domicilio digitale assegnato alla procedura dal Ministero della giustizia⁹.

4. Il curatore esercita personalmente le funzioni del proprio ufficio. Tuttavia, stante la molteplicità delle operazioni da effettuare, egli può avvalersi di ausiliari che si distinguono nella figura del delegato e del coadiutore, rispettivamente disciplinate dal primo e secondo comma dell'art.129 c.c.i.i.¹⁰

Nel caso di delega, il curatore affida «ad altri specifiche operazioni, previa autorizzazione del comitato dei creditori, con esclusione degli adempimenti di cui agli articoli 198, 200, 203, 205 e 213».

In sostanza la nomina del delegato avviene nell'interesse del curatore al fine di consentirgli un più proficuo svolgimento del suo incarico o per ovviare a suoi impedimenti. Al delegato, quindi possono essere devolute mansioni specifiche normalmente espletate dal curatore¹¹, con esclusione degli adempimenti quali la predisposizione degli elenchi dei creditori in vista della ammissione al passivo (art. 198

⁹ L. Abete, *Gli organi preposti alla liquidazione giudiziale*, cit., p. 1151; A. Leggio, *La liquidazione giudiziale nel nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 61.

¹⁰ Sulla figura del coadiutore, in giurisprudenza, v. Cass. civ., Sez. III, 9 maggio 2011, n. 10143, secondo cui il coadiutore del curatore, la cui opera è integrativa dell'attività del curatore, svolgendo funzioni di collaborazione e di assistenza nell'ambito e per gli scopi della procedura concorsuale, assume la veste di ausiliario del giudice.

¹¹ Sotto questo profilo, infatti, la giurisprudenza ha chiarito che il compenso per il delegato del curatore, attesa la sua qualità di sostituto del curatore, che egli surroga temporaneamente e limitatamente a determinati atti od operazioni, deve essere liquidato secondo i criteri dettati per il curatore medesimo, v., Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre 1980, n. 6453.

c.c.i.i.), l'avviso ai creditori per il deposito delle domande di ammissione (art. 200 c.c.i.i.), la predisposizione del progetto di stato passivo da sottoporre alla valutazione del giudice delegato (art. 203 c.c.i.i.), la comunicazione ai creditori sull'esito delle domande di ammissione al passivo (art. 205 c.c.i.i.), la predisposizione del programma di liquidazione (art. 213 c.c.i.i.).

Il primo comma dell'art. 129 c.c.i.i., ricalcando la portata precettiva del previgente art. 32 l. fall., conferma il particolare assetto del ruolo degli organi della procedura di liquidazione ed attribuisce, conseguentemente, al comitato dei creditori e non già al giudice delegato il potere di autorizzare il curatore alla delega di specifiche operazioni.

L'opzione, in linea con le funzioni attribuite dall'art. 140 c.c.i.i. all'organo esponentiale del ceto creditorio ovvero di vigilare sull'operato del curatore valutando l'opportunità e la convenienza delle determinazioni assunte, non appare, tuttavia, del tutto coerente con la previsione contenuta nell'art. 123, 1° comma, lett. d) c.c.i.i., secondo cui è il giudice delegato a provvedere alla revoca delle persone la cui opera è stata richiesta dal curatore.

In sostanza, poiché la nomina del delegato da parte del curatore è subordinata all'autorizzazione del comitato dei creditori, non si giustifica la previsione dell'art. 123, 1° comma, lett. d) c.c.i.i., che attribuisce al giudice delegato il potere di revoca della stessa; il dato normativo contrasta, infatti, da un lato, con il principio di diritto per cui al soggetto che nomina spetta la revoca del nominato e, dall'altro, con la *ratio* sottesa al Codice della crisi d'impresa ovvero quella di limitare i poteri di intervento dell'autorità giudiziaria nella gestione della procedura di liquidazione.

L'ultimo capoverso dell'art. 129 c.c.i.i. prevede che «l'onere per il compenso del delegato, liquidato dal giudice, è detratto dal compenso del curatore». La detrazione dal compenso del curatore degli oneri per il delegato conferma che la delega può essere conferita in presenza di motivi di impedimento esclusivamente personali del curatore.

L'art. 129, 2° comma, c.c.i.i. dispone che il curatore «può essere autorizzato dal comitato dei creditori a farsi coadiuvare da tecnici o da altre persone retribuite, compreso il debitore e gli amministratori della società o dell'ente in liquidazione giudiziale, sotto la sua responsabilità». Si tratta, in questo caso, di collaborazione prestata nell'interesse della procedura per attività nelle quali il curatore non abbia specifiche competenze e quindi, per singole operazioni o per un complesso di operazioni che non attengono, strettamente, alle attribuzioni a lui conferite dalla legge; sicché, mentre il delegato esercita attività proprie del curatore, il coadiutore svolge attività strumentali e complementari a quelle del curatore¹².

5. Ai sensi dell'art. 49, comma 3, lett. b), c.c.i.i., il tribunale con la sentenza che dichiara aperta la liquidazione giudiziale, «nomina il curatore e, se utile, uno o più

¹² V. Lenoci, *Il procedimento concorsuale liquidatorio*, cit., p. 288; Cfr., M. Giorgetti (a cura di), *La figura del curatore*, cit., p. 8.

esperti per l'esecuzione di compiti specifici in luogo del curatore».

La norma, in sostanza, introduce la possibilità per il tribunale, ove appaia vantaggioso per lo svolgimento della procedura, di procedere con la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale alla nomina contestuale del curatore e della figura dell'esperto al quale demandare l'esecuzione di compiti specifici e analiticamente individuati da svolgere in sostituzione del curatore.

Si tratta di una importante novità normativa diretta, come si legge nella relazione illustrativa, ad introdurre «un accorgimento che dovrebbe garantire maggiore efficienza e celerità alla procedura, ad esempio consentendo di affiancare al curatore un professionista che si occupi della liquidazione di determinati beni fin dalla fase iniziale della procedura o dell'esercizio dell'impresa dell'imprenditore (l'attuale esercizio provvisorio), consentendo al curatore di concentrarsi sull'attività di analisi dei crediti in vista della redazione del progetto di stato passivo, ove particolarmente complesso».

L'esperto rappresenta, quindi, una figura autonoma alla quale il tribunale affida lo svolgimento di determinate attività che, per ciò stesso, sono sottratte ai compiti assegnati al curatore, con la conseguenza che esso gode di un'ampia autonomia nell'ambito delle attività affidategli, ed è responsabile, al pari del curatore, per gli atti posti in essere.

Tale conclusione è suffragata dall'art. 49, comma 3, lett. b), c.c.i.i. in combinato disposto con l'art. 125, comma 2, c.c.i.i. dove si dispone che «si applicano agli esperti nominati ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lett. b), le disposizioni del comma 1 e degli art. 123 e da 126 a 136 in quanto compatibili». Il secondo comma dell'art. 125 c.c.i.i. pone in evidenza come la figura dell'esperto, così regolata, debba essere tenuta distinta da quelle rispettivamente del delegato e del coadiutore disciplinate dall'art. 129.

Mentre quest'ultimi, previa autorizzazione del comitato dei creditori, possono essere designati discrezionalmente dal curatore che ne ravvisi la necessità e l'opportunità dopo la fase di avvio della procedura, la nomina dell'esperto, invece, non solo è rimessa direttamente al tribunale all'atto dell'apertura della liquidazione giudiziale, ma soprattutto, dovrà essere effettuata nel rispetto degli stessi requisiti previsti per la nomina del curatore¹³.

Viceversa, quello che accomuna curatore, esperto, delegato e coadiutore è la circostanza che tutte queste figure non possono assumere l'incarico loro conferito nell'ipotesi in cui sussistano palesi ragioni di incompatibilità. In particolare, ai sensi dell'art. 35, comma 4 *bis*, d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, espressamente richiamato dal secondo comma dell'art. 125 c.c.i.i., ciascuno dei soggetti, in precedenza indicati,

¹³ P. Pellegrinelli, *I compiti del curatore nella procedura di liquidazione giudiziale: aspetti processuali*, cit., p. 62; L. Panzani, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, cit., p. 1141, dove si osserva che: «il legislatore nulla ha detto in ordine alla prassi sempre più seguita dai tribunali, di nominare un collegio di professionisti in luogo del singolo curatore previsto dalla lettera della legge. Si può immaginare che la figura dell'esperto possa essere utilizzata in luogo del collegio di professionisti, determinando sin dal principio con il provvedimento di nomina il suo ambito specifico di attività».

deve depositare al momento dell'accettazione dell'incarico e comunque entro due giorni dalla nomina, una dichiarazione relativa alla insussistenza di cause di incompatibilità.

In caso di violazione o nell'ipotesi in cui, dalla dichiarazione depositata, emerga la sussistenza di una causa di incompatibilità (ad es. sussistenza di rapporti di coniugio, unione civile o convivenza, parentela entro il terzo grado o affinità entro il secondo grado con magistrati addetti al medesimo ufficio giudiziario cui appartiene il magistrato che conferisce l'incarico, etc.) il tribunale provvede d'urgenza alla sostituzione del soggetto nominato.

Va osservato, infine, che la norma codicistica tace in ordine alla prassi sempre più seguita dai tribunali di nominare un collegio di professionisti in luogo del singolo curatore, commissario giudiziale, liquidatore previsto dalla legge, tuttavia, sotto questo profilo appare ragionevole ritenere che la figura dell'esperto possa essere utilizzata in luogo del collegio dei professionisti, determinando sin dal principio con il provvedimento di nomina il suo ambito specifico di attività.

6. Gli atti del curatore possono avere l'oggetto più vario e gravare in modo diverso sul patrimonio oggetto di liquidazione e sulla procedura. In particolare, egli può compiere tutti gli atti rientranti nella sua sfera di competenza concernente l'amministrazione e la gestione del patrimonio del fallito e può incidere sul patrimonio in modo diretto come nel caso, ad esempio, della vendita di un bene o indirettamente come nell'ipotesi dell'esercizio dell'azione revocatoria.

Al curatore competono, senza necessità di alcuna autorizzazione, tutti gli atti negoziali di ordinaria amministrazione tesi alla conservazione dei valori esistenti, nonché tutte le operazioni della procedura che rientrano nell'ambito delle funzioni ad esso attribuite ai sensi dell'art. 128 c.c.i.i.

Su tali atti, che pertanto vanno imputati all'autonomia decisionale del curatore, esercitano il controllo il comitato dei creditori e, nell'ambito delle funzioni di vigilanza sulla regolarità della procedura, il giudice delegato.

Gli atti aventi ad oggetto, invece, riduzioni di crediti, transazioni, rinunzie alle liti, compromessi, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazione di ipoteche, restituzioni di pegni, svincolo di cauzioni, accettazioni di eredità e donazioni e, più in generale, tutti gli altri atti di straordinaria amministrazione possono essere effettuati dal curatore, ai sensi dell'art. 132, 1° comma, c.c.i.i., solo previa autorizzazione del comitato dei creditori.

In queste ipotesi, al fine di rendere più trasparente l'attività di gestione del curatore e di fornire una concreta base di valutazione per la decisione del comitato dei creditori, il curatore, ai sensi dell'art. 132, 2° comma, c.c.i.i., è tenuto nel richiedere l'autorizzazione a formulare le proprie valutazioni conclusive in ordine alla convenienza dell'atto da compiere.

Quando, tuttavia, gli atti in precedenza ricordati possono comportare una rilevante modificazione patrimoniale, il 3° comma dell'art. 132 c.c.i.i. dispone una integrazione dei poteri del curatore. In particolare, se tali atti sono di valore superiore a cinquantamila euro e «in ogni caso per le transazioni», il curatore è tenuto «ad informare previamente il giudice delegato», salvo che non si tratti di atti previsti nel programma di liquidazione approvato dal comitato dei creditori e per i quali il giudice delegato, ai sensi dell'art. 213, 7° comma, c.c.i.i., ne abbia autorizzato l'esecuzione.

Senza dubbio la *ratio* della disciplina, testé delineata, è di consentire al giudice delegato il preventivo riscontro della legittimità degli atti di straordinaria amministrazione che il curatore si prefigge di compiere. Tuttavia, va sottolineata la lacunosità della previsione giacché la stessa non dispone, in capo al giudice delegato, nessun potere di sospensione o di impugnativa nell'ipotesi che l'atto sottopostogli sia illegittimo o anche dannoso per la massa¹⁴.

Sicché, ove il giudice delegato non concordi con l'atto che il curatore si appresta a concludere, perché denota una scelta della curatela sfavorevole agli interessi della massa dei creditori e della procedura ovvero giuridicamente non sostenibile, appare ragionevole ritenere che egli possa invitare il curatore a non procedere oltre.

7. È indubbio che a rappresentare il momento iniziale e centrale dell'attività del curatore è la stesura delle relazioni riguardanti la gestione e l'andamento della procedura ai sensi dell'art. 130, commi 1, 4 e 5, c.c.i.i.

In particolare, è previsto che, entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, il curatore presenti al giudice delegato, ai sensi dell'art. 130, 1° comma, c.c.i.i. «una informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi acquisiti in relazione alle cause dell'insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società».

L'esiguo termine di trenta giorni e la locuzione «informativa» utilizzata nel primo comma dell'art. 130 c.c.i.i. sembrano dare rilievo al dato normativo che si tratti di una relazione sommaria basata soprattutto sulla disponibilità di elementi che l'imprenditore-debitore è a sua volta obbligato a fornire.

L'art. 49, 3° comma, lett. c), c.c.i.i., prevede, infatti, l'obbligo in capo al debitore di depositare, entro tre giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione, i bilanci, le scritture contabili e fiscali obbligatorie, nonché l'elenco dei creditori ed ai sensi dell'art. 198, 2° comma, c.c.i.i., nel termine di trenta giorni, il bilancio dell'ultimo esercizio.

Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito, il curatore, ai sensi dell'art. 130, 2° comma, c.c.i.i. è tenuto ad informare «senza indugio» il pubblico ministero.

¹⁴ L. Abete, *Gli organi preposti alla liquidazione giudiziale*, in *Fallimento* 2019, p. 1151; A. Nasti, *Gli organi del "vecchio" fallimento e della "nuova" liquidazione giudiziale*, in www.giustiziansieme.it, 2019, p. 3.

In quest'ultimo caso ovvero nell'ipotesi in cui le scritture contabili risultano essere incomplete o inattendibili, il curatore, con riguardo alle operazioni compiute dal debitore nei cinque anni anteriori alla presentazione della domanda che ha dato avvio all'apertura della liquidazione giudiziale, può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato ad accedere alle banche dati dell'anagrafe tributaria e dell'archivio dei rapporti finanziari (*ex art. 49, comma 3, lett. f) c.c.i.i.*) ovvero ad ulteriori banche date specificatamente indicate nell'istanza di autorizzazione e, più in generale, a richiedere alle pubbliche amministrazioni le informazioni e i documenti in loro possesso (art. 130, 3° comma, c.c.i.i.).

Successivamente, il curatore, entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata «in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale» (art. 130, 4° comma, c.c.i.i.).

Questa ulteriore relazione, decisamente più dettagliata rispetto alla precedente «informativa», si colloca nella procedura di liquidazione al termine della formazione di un quadro sufficientemente esaustivo dell'indebitamento e delle relative cause. Non è un caso, infatti, che a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs. 147/2020, il curatore dovrà allegare alla stessa la copia dell'ultimo bilancio presentato ai sensi dell'art. 198 c.c.i.i. nonché il rendiconto sulla gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio approvato ai sensi dell'art. 2487 *bis* c.c.¹⁵

Sotto questo profilo, dal punto di vista del contenuto, la relazione, diversamente dalla previgente disciplina, non verte affatto sulle «cause e circostanze del fallimento», (*ex art 33, 1° comma, l. fall.*) ma deve riferire in ordine «al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore».

Il nuovo dettato normativo sottolinea e distingue la fase dell'insorgenza della crisi d'impresa da quella della manifestazione dell'insolvenza con particolare riferimento al tempo in cui le stesse sono intervenute.

Si tratta, quindi, di una relazione di particolare importanza anche alla luce della struttura del nuovo codice e dell'obbligo in capo al debitore di dotarsi di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di conseguenza di assumere con sollecitudine le misure necessarie a porvi rimedio¹⁶.

Sicché, appare ragionevole ritenere, che quanto più ampio sarà l'arco temporale che l'imprenditore avrà fatto trascorrere tra l'insorgere della crisi e l'emersione dell'insolvenza tanto più attenta e rigorosa sarà la valutazione della responsabilità degli

¹⁵ Cfr. M. Monteleone A. Santamaria, *Relazioni e rapporti riepilogativi del curatore*, cit., p. 456.

¹⁶ Cfr. S. Pacchi, *Curatore nella liquidazione giudiziale*, in M. Monteleone (a cura di), *Evoluzione degli organi della crisi d'impresa*, Wolters Kluwer, Milano-Padova 2021, p. 407.

organi di gestione e di controllo dell'impresa, anche con riferimento alla tempestività dell'iniziativa e alle correlate misure premiali.

Qualora soggetto passivo della procedura di liquidazione giudiziale sia una società o altro ente, la relazione dovrà evidenziare, altresì, ai sensi del 5° comma dell'art. 130 c.c.i.i., eventuali profili di responsabilità degli amministratori, dei componenti dell'organo di controllo, dei soci e di eventuali terzi soggetti estranei alla società.

Se l'impresa fa parte di un gruppo, il curatore deve altresì riferire «sulla natura dei rapporti con le altre società o enti e allegare le informazioni raccolte sulle rispettive responsabilità, avuto riguardo agli effetti dei rapporti economici e contrattuali con le altre imprese del gruppo».

Una specificazione normativa, quest'ultima, che costituisce una importante novità, se si considera che diversamente dalla previgente disciplina, il nuovo codice regola espressamente l'insolvenza di gruppo, gestibile unitariamente mediante un'unica liquidazione giudiziale.

Il nuovo codice prevede, inoltre, che in caso di previsione di insufficiente realizzo (art. 209 c.c.i.i.) la relazione particolareggiata di cui al 4° e 5° comma dell'art. 130 c.c.i.i., potrà essere depositata «entro centottanta giorni dall'apertura della liquidazione giudiziale» (art. 130, 6° comma, c.c.i.i.).

Ciò posto, come nella previgente disciplina, resta ferma la possibilità per il giudice delegato, una volta esaminata la relazione, di disporre la secretazione sia delle parti relative alla responsabilità penale del debitore o di terzi e delle azioni che il curatore intende proporre qualora possano comportare l'adozione di provvedimenti cautelari, sia delle parti dedicate a circostanze estranee alla procedura e che investono la sfera personale del debitore (art. 130, 8° comma, c.c.i.i.).

Infine, ai sensi dell'art. 130, 7° comma, c.c.i.i., entrambe le relazioni, sia quella preliminare che quella particolareggiata, dovranno essere trasmesse in copia integrale al pubblico ministero entro cinque giorni dall'avvenuto deposito¹⁷.

Dalla relazione preliminare e da quella particolareggiata occorre tenere distinti altri significativi atti, pure di competenza del curatore: i rapporti riepilogativi semestrali e il programma di liquidazione.

I primi devono indicare le attività svolte dalla curatela e fornire tutte le informazioni acquisite dopo le precedenti relazioni ed essere corredati dalla documentazione sulla contabilità relativa alla gestione del fallimento.

In particolare, ai sensi dell'art. 130, 9° comma, c.c.i.i., il primo rapporto riepilogativo dovrà essere presentato dal curatore entro quattro mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo e successivamente con ritmo semestrale. Una

¹⁷ Da ciò deriva che, «anche nei casi in cui l'attività di liquidazione e l'accertamento del passivo non hanno luogo perché la procedura è destinata a chiudersi per mancanza dell'attivo, il curatore nonostante possa aspirare soltanto al compenso minimo, è tenuto ad un'onerosa attività di accertamento ed informazione ai fini di giustizia penale trasformandosi di fatto in un ausiliario di P.G.», così L. Panzani, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCII*, cit., p. 1145.

copia del rapporto e dei documenti allegati verrà trasmessa al comitato dei creditori che, nel termine di quindici giorni, potrà formulare osservazioni scritte. Copia del rapporto unitamente alle eventuali osservazioni, omesse le parti secretate, sarà trasmessa per mezzo di posta elettronica certificata, nei successivi quindici giorni, al debitore, ai creditori ai titolari di diritti sui beni¹⁸.

Il programma di liquidazione contiene, invece, le linee guida e le tappe più rilevanti dell'attività liquidatoria; esso deve essere predisposto dal curatore entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario e in ogni caso, nel termine massimo di centocinquanta giorni dalla sentenza dichiarativa della liquidazione giudiziale; una volta redatto, dovrà essere trasmesso al giudice delegato che ne «autorizza la sottoposizione al comitato dei creditori per l'approvazione (...)» nonché «i singoli atti liquidatori in quanto conformi al programma approvato» (art. 213, 7° comma, c.c.i.i.). Il programma svolge, insieme alle relazioni *ex art. 130 c.c.i.i.*, un ruolo di indirizzo della procedura; in particolare, mentre le relazioni esercitano una funzione essenzialmente ricognitiva e informativa, il programma rileva sul piano operativo e programmatico, in quanto costituisce l'atto di pianificazione e indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo.

8. Al fine di assicurare una gestione trasparente del denaro in entrata o in uscita dal patrimonio destinato al concorso, l'art. 131, comma 1, c.c.i.i. impone l'obbligo, a carico del curatore, di depositare ogni somma di denaro riscossa, entro dieci giorni dalla corresponsione, sul conto corrente intestato alla procedura di liquidazione e che dovrà essere aperto, su scelta del medesimo curatore, presso un ufficio postale o una banca.

Il mancato deposito delle somme nel termine previsto determina la violazione di un dovere funzionale del curatore che potrà essere valutato dal tribunale ai fini di una eventuale revoca dell'incarico.

Per quanto concerne, invece, il prelievo, a qualunque titolo, delle somme depositate, il curatore dovrà munirsi di autorizzazione del giudice delegato, mediante sottoscrizione di un apposito mandato di pagamento. Rispetto alla previgente disciplina, l'art. 131, comma 2, c.c.i.i., dispone, inoltre, che per le somme versate sul «Fondo unico giustizia» la riscossione potrà avvenire su disposizione di Equitalia giustizia s.p.a. Coordinata al sistema di digitalizzazione è anche l'ulteriore previsione secondo cui la sottoscrizione dei mandati di pagamento ad opera del giudice delegato e del cancelliere dovrà avvenire con firma digitale mentre la trasmissione dell'ordine di pagamento sarà effettuata telematicamente al depositario nel rispetto delle disposizioni, anche regolamentari, concernenti la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

¹⁸ Cfr. S. D'Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 114 – 115; S. Pacchi, S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*², Zanichelli, Torino, 2022, p. 218.

9. curatore in qualità di amministratore del patrimonio sottoposto a liquidazione giudiziale è tenuto a svolgere una serie di attività che si articolano in varie direzioni; prima fra tutte quella di procedere alla individuazione e alla formazione del patrimonio da liquidare. Sotto questo profilo, occorre ricordare che, mentre nell'esecuzione forzata individuale l'oggetto dell'esecuzione è esattamente individuato attraverso il pignoramento, nella liquidazione giudiziale il relativo patrimonio non è determinato dalla sentenza di apertura del procedimento, sicché, la concreta identificazione dello stesso spetta al curatore che deve procedere alla formazione della massa attiva.

Quindi, dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il curatore, ai sensi dell'art. 193, comma 1, c.c.i.i. procede «all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore».

Se i beni o le cose appartenenti al debitore si trovano in più luoghi e per il curatore non è agevole l'immediato completamento delle operazioni, l'apposizione dei sigilli, su autorizzazione del giudice delegato, potrà essere demandata a uno o più coadiutori.

Successivamente, ai sensi dell'art. 195 c.c.i.i., il curatore, eventualmente con la consulenza di un perito stimatore, effettua la ricognizione formale e dettagliata dei beni rinvenuti e nel più breve tempo possibile, provvede alla redazione dell'inventario.

L'art. 197, comma 1, c.c.i.i. dispone che con la redazione dell'inventario, il curatore riceve in consegna e diviene responsabile non solo dei singoli beni che compongono il patrimonio oggetto di liquidazione, ma anche delle scritture contabili e di tutti i documenti appartenenti al debitore. Il secondo comma dell'art. 197 c.c.i.i., inoltre, stabilisce che ove il debitore possieda immobili o altri beni soggetti a pubblica registrazione, il curatore deve notificare un estratto della sentenza di apertura della liquidazione ai competenti uffici, affinché sia trascritta nei pubblici registri¹⁹.

È importante sottolineare che il curatore, ai sensi dell'art. 142, comma 3, c.c.i.i., «previa autorizzazione del comitato dei creditori, può rinunciare ad acquisire i beni del debitore, compresi quelli che gli pervengono durante la procedura, qualora i costi da sostenere per il loro acquisto e loro conservazione risultino superiori al presumibile valore di realizzo dei beni stessi».

Dopo la fase di individuazione e formazione del patrimonio fallimentare, il curatore ha il compito di provvedere alla custodia e alla conservazione dei beni per poter in seguito procedere all'accertamento del passivo. Poiché nella procedura fallimentare l'aggressione del patrimonio del fallito concerne un complesso di beni sui quali deve potersi soddisfare una massa di creditori con interessi anche contrastanti tra loro, diviene indispensabile sottrarre i beni individuati e inventariati alla disponibilità sia del fallito, sia dei creditori, al fine di custodirli e poter avviare la fase propulsiva di accertamento del passivo.

Per questa ragione il curatore è tenuto, secondo quanto dispone il secondo comma dell'art. 198, c.c.i.i., a redigere il bilancio dell'ultimo esercizio, se non è stato

¹⁹ Cfr. S. D'Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, cit., p. 114.

presentato dal debitore nel termine stabilito, ed «apporta le rettifiche necessarie al bilancio presentato dal debitore e ai bilanci e agli elenchi presentati a norma dell'art. 39».

La redazione di tale bilancio, che avviene sulla scorta delle scritture contabili e della documentazione acquisita dal curatore, costituisce senza dubbio un punto di partenza fondamentale per l'operato del curatore e nel contempo la base per redigere il rendiconto. Sempre sulla scorta delle scritture contabili del debitore e delle altre notizie raccolte, il curatore deve compilare l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e diritti di prelazione, nonché l'elenco di tutti coloro che vantano diritti reali e personali, mobiliari e immobiliari, su cose in possesso o nella disponibilità del debitore, con l'indicazione dei titoli relativi.

A tutti coloro che risulteranno in questi elenchi come creditori o titolari di altri diritti, il curatore dovrà comunicare, mediante posta elettronica certificata, che possono far pervenire in cancelleria le domande di ammissione al passivo, la data fissata per l'esame dello stato passivo e ogni altra informazione utile per agevolare la presentazione delle domande.

10. L'art. 136, comma 1, c.c.i.i., dispone che il curatore deve adempiere «ai doveri del proprio ufficio, imposti dalla legge o derivanti dal programma di liquidazione approvato, con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico».

Dalla disposizione si ricava, quindi, che il curatore è responsabile se, con dolo o colpa, in violazione dei doveri inerenti al suo ufficio, abbia attuato una condotta, anche omissiva, cagionando un danno al patrimonio oggetto di liquidazione o, in ogni caso, disattendendo al compito fondamentale di tutelare al meglio gli interessi dei creditori. D'altro canto, in quanto pubblico ufficiale, egli è pur sempre titolare di un pubblico potere finalizzato alla tutela del ceto creditorio nella sua generalità²⁰.

Nella nuova formulazione, l'art. 136, c.c.i.i. dispone che gli obblighi del curatore trovano fondamento non solo nella legge ma anche nel programma di liquidazione approvato; quest'ultimo, quindi, costituisce un'autonoma fonte di responsabilità, nel senso che il curatore, che lo ha predisposto e sottoposto al vaglio del comitato dei creditori e del giudice delegato, è tenuto ad adempierlo con quella diligenza, prudenza e perizia che costituiscono i profili tipici della sua responsabilità.

A parere della dottrina maggioritaria, inoltre, il curatore può essere ritenuto responsabile anche per quegli atti che, quantunque svolti con l'autorizzazione del comitato dei creditori o del giudice delegato, sono stati tuttavia compiuti senza un adeguato supporto informativo ovvero il curatore non ha tenuto conto del mutato contesto economico in cui l'iniziale scelta era stata effettuata.

²⁰ Cfr. A. Farolfi, *Responsabilità del curatore*, in F. Di Marzio (diretto da), *Commento al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, Milano 2022, p. 631.

Discussa è la natura della responsabilità del curatore per violazione dei doveri di ufficio. Infatti, una prima tesi, seguita anche dalla Cassazione, afferma la natura contrattuale, «in considerazione della natura del rapporto, del tutto equiparabile al mandato»²¹, con la conseguenza che la prescrizione è decennale e decorre dalla data della sostituzione del curatore; una seconda tesi, che appare maggioritaria in dottrina e nella giurisprudenza di merito, invece, ritiene che la responsabilità del curatore abbia natura extracontrattuale. Ad avviso dei sostenitori di questa seconda tesi, la nuova disposizione è analoga a quella dettata dall'art. 2392 c.c. per gli amministratori della società per azioni e coinvolge non solo l'obbligo del curatore di essere diligente, ma altresì prudente e perito nel compito fondamentale di tutelare al meglio gli interessi dei creditori. In questi termini, al pari della responsabilità degli amministratori *ex* art. 2394 c.c., quella del curatore è una responsabilità nei confronti del ceto creditorio nel suo complesso avente natura extracontrattuale; essa, quindi, verrà ad esistenza ogni qual volta il curatore con la sua attività realizzerà una lesione «patrimonialisticamente» intesa delle complessive ragioni di credito che convergono in sede concorsuale. Ne deriva che la prescrizione è quinquennale.

Accanto al principio di carattere generale (art. 136 c.c.i.i.) per cui il curatore deve svolgere con diligenza l'attività di amministrazione del patrimonio da liquidare e di gestione dell'impresa ovvero nel rispetto della legge e del programma di liquidazione approvato, vi sono nondimeno altre specifiche disposizioni che il curatore deve osservare nello svolgimento dei propri compiti. Va, infatti, osservato che il legislatore ha avuto cura di fissare i principi sia di una corretta e trasparente gestione contabile (artt. 131, 136 c.c.i.i.), sia dell'onere informativo che grava sul curatore per rendere effettiva la vigilanza del giudice delegato e del comitato dei creditori sulla procedura (art. 130 c.c.i.i.).

Il curatore è, inoltre, responsabile dell'operato dei suoi collaboratori, siano essi delegati ai sensi dell'art. 129, comma 1, c.c.i.i. o coadiutori ai sensi dell'art. 129, comma 2, c.c.i.i. In queste ipotesi si tratta chiaramente di una responsabilità contrattuale che consegue alla violazione di specifici obblighi relativi al rapporto intercorrente tra il curatore e la procedura.

Nello svolgimento delle proprie attività, il curatore deve tenere un registro informatico, consultabile telematicamente, oltre che dal giudice delegato, da ciascuno dei componenti del comitato dei creditori e in cui deve annotare giorno per giorno le operazioni relative alla sua amministrazione. Ogni mese il curatore firma digitalmente il registro e «vi appone la marca temporale, in conformità alle regole tecniche per la formazione, la trasmissione, la conservazione, la copia, la duplicazione, la riproduzione e la validazione dei documenti informatici» (art. 136, comma 1, c.c.i.i.).

²¹ Così in motivazione, Cass. civ., Sez. I, 02 luglio 2020, n. 13597, in *Fallimento* 2021, p. 195, con nota di Costanza.

Ai sensi dell'art. 136, comma 3, c.c.i.i., durante la liquidazione giudiziale, l'azione di responsabilità nei confronti del curatore per danni causati al patrimonio fallimentare può essere promossa esclusivamente «dal nuovo curatore, previa autorizzazione del giudice delegato»; mentre, con la chiusura del procedimento di liquidazione giudiziale viene meno ogni impedimento all'esercizio dell'azione da parte degli effettivi titolari degli interessi amministrati, sicché, il debitore e i creditori potranno agire contro il curatore per ottenere il risarcimento dei danni subiti dalla sua attività.

Il nuovo quarto comma dell'art. 136 c.c.i.i. disciplina l'obbligo di presentazione del rendiconto da parte del curatore non solo nelle ipotesi di cui all'art. 233 richiamato espressamente dalla norma ma anche nel caso in cui il curatore cessa dall'ufficio, anche se ciò dovesse avvenire nel corso della procedura di liquidazione giudiziale, e quello in cui vi è una permanenza nell'incarico anche dopo la chiusura della procedura per la pendenza di giudizi o di altre operazioni e l'incarico cessa, inevitabilmente, con il termine degli stessi. Il rendiconto deve essere comunicato dal curatore cessato anche al curatore eventualmente nominato in sua vece, il quale, a sua volta, potrà presentare osservazioni e contestazioni.

L'art. 134, comma 1, c.c.i.i., dispone che «il tribunale può in ogni tempo, su proposta del giudice delegato o su richiesta del comitato dei creditori o d'ufficio, revocare il curatore».

La norma non offre un'elencazione delle ipotesi che danno luogo alla revoca e nonostante la genericità della formulazione si può certamente ritenere che il curatore non abbia un diritto alla conservazione del suo ufficio; sicché, la richiesta di revoca potrà promanare dai diversi organi della procedura di liquidazione e per ragioni diverse.

Il giudice delegato, ad esempio, potrà proporre la revoca del curatore allorché, nello svolgimento dell'attività di vigilanza, abbia riscontrato un mancato rispetto delle disposizioni di legge o del programma di liquidazione; il comitato dei creditori, da parte sua, potrà richiedere la revoca qualora riscontri che la gestione del curatore è pregiudizievole degli interessi dei creditori; il tribunale, infine, potrà revocare il curatore ogni qual volta accerti che la sua attività lede il buon esito della procedura.

Sulla proposta o sulla richiesta di revoca il tribunale provvede con decreto motivato, sentiti il curatore e il comitato dei creditori. Nel disporre la revoca il tribunale deve tener conto dell'interesse della procedura a non subire interruzioni, ma deve altresì valutare complessivamente l'attività del curatore in seno alla quale certamente un isolato errore non può essere determinante ai fini della revoca.

Contro il decreto di revoca o di rigetto dell'istanza di revoca è ammesso reclamo alla corte di appello ai sensi dell'articolo 124 c.c.i.i.; il reclamo non sospende l'efficacia del decreto.

L'art. 135 c.c.i.i. regola la possibilità di procedere alla sostituzione del curatore attraverso una previsione generale non connessa a delle fattispecie preventivamente determinate. In particolare, si dispone che «al fine di evitare conflitti di interessi, il debitore e i creditori ammessi possono chiedere la sostituzione del

curatore indicandone al tribunale le ragioni. Il tribunale, valutate le ragioni della richiesta e verificata l'assenza di conflitto di interessi in capo ai creditori istanti, provvede alla nomina del nuovo curatore».

La concezione letterale della norma fa comprendere come, anche con il nuovo codice, non viene riconosciuto al curatore un diritto al mantenimento del suo incarico, con l'ulteriore conseguenza che il tribunale non potrebbe rifiutare la richiesta di sostituzione nell'ipotesi in cui le ragioni di doglianza appaiano specificatamente provate nella relativa istanza formulata dai creditori²².

Peraltro, diversamente dalla previgente disciplina, il nuovo dettato normativo non impone il limite temporale dato dall'esecutività dello stato passivo entro il quale formulare la relativa richiesta, sicché, appare ragionevole ritenere che la sostituzione su istanza dei creditori possa avvenire in qualunque fase della procedura.

Una previsione, quest'ultima, che suscita alcune perplessità dal momento che potrebbe causare, dal punto di vista applicativo, un inevitabile rallentamento della procedura se si dovesse dare avvio alla sostituzione dell'organo gestorio nell'ambito di una fase avanzata della liquidazione giudiziale. Ne deriva che grande attenzione dovrà essere prestata dal tribunale nel valutare la richiesta di sostituzione e le motivazioni addotte.

11. Ai sensi del combinato disposto degli artt. 133 e 141 c.c.i.i., avverso gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e le omissioni posti in essere dal curatore, così come avverso le autorizzazioni e i dinieghi dei membri del comitato dei creditori, il debitore, lo stesso curatore e il comitato dei creditori (a parti invertite per i reciproci atti) ed ogni altro interessato, possono proporre reclamo per «violazione di legge» al giudice delegato.

Diversamente dalla disciplina unitaria dettata dal previgente art. 36 l. fall., il nuovo codice inserisce le regole relative al reclamo avverso gli atti e i comportamenti omissivi degli organi gestori tra le norme dedicate alla figura, rispettivamente, del curatore e del comitato dei creditori, introducendo di conseguenza, discipline autonome e distinte. Va immediatamente osservato, tuttavia, che sul piano dei contenuti, la nuova architettura normativa non si diverge affatto dalla previgente regolamentazione risultando, sotto questo profilo, del tutto identica alla pregressa disciplina. I nuovi artt. 133 e 141, infatti, pur consentendo di adire il giudice per eliminare negligenze o ritardi incompatibili con un efficace svolgimento della procedura di liquidazione giudiziale, impongono la proposizione del reclamo solo per «violazione di legge», rendendo palese, ancora una volta, la volontà del legislatore di evitare che il giudice delegato intervenga nelle valutazioni di merito delle scelte degli altri organi della procedura²³.

²² L. Panzani, *Dal "fallimento" alla liquidazione giudiziale. Note minime sulla nuova disciplina del CCI*, cit., p. 1141.

²³ Cfr. A. Farolfi, *Reclamo contro i decreti del giudice delegato e del tribunale*, in F. Di Marzio (diretto da), *Commento al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Giuffrè, Milano 2022, p. 583.

In realtà, la formula «violazione di legge», apparentemente rigida, racchiude al suo interno un «concetto di grande genericità», con la conseguenza, ad esempio, che la violazione dell'obbligo del curatore di comportarsi con diligenza imposto da una norma di legge non solo potrà consentire all'interessato di impugnare l'atto posto in essere in violazione di tale obbligo, ma anche dare luogo ad un intervento nel merito da parte del giudice delegato.

Entrambe le disposizioni prevedono, inoltre, che il reclamo sia depositato entro otto giorni dalla conoscenza dell'atto ovvero, in caso di omissioni da parte del curatore, dalla scadenza del termine indicato nella diffida a provvedere; a sua volta, il giudice delegato, sentite le parti, provvede con un decreto motivato, omessa ogni formalità non indispensabile al contraddittorio. Contro il decreto pronunciato dal giudice delegato può essere proposto reclamo ai sensi dell'art. 124 c.c.i.i.

Solamente l'art. 133 c.c.i.i. stabilisce, infine, che se il reclamo proposto al giudice delegato ai sensi del primo comma è accolto, «il curatore deve conformarsi alla decisione del giudice delegato».

Dal tenore norma appena riportata e dal fatto che la stessa è contenuta nel solo art. 133 c.c.i.i. ovvero con riferimento al reclamo proposto avverso gli atti e le omissioni del curatore e non anche nell'art. 141 c.c.i.i. con riferimento agli atti del comitato dei creditori, si evince che la decisione del giudice delegato sarà diversa a seconda che la censura sia indirizzata contro il curatore o contro il comitato dei creditori²⁴.

In particolare, allorché il reclamo abbia ad oggetto gli atti e le omissioni del curatore il giudice, accogliendo le relative censure, potrà in tutto o in parte annullare l'atto o i suoi effetti e in caso di comportamento omissivo dovrà limitarsi a disporre che il curatore vi provveda, giacché, non essendo riconosciuto agli organi giudiziali della procedura il potere di ingerirsi nella gestione economica della liquidazione giudiziale, il giudice delegato non potrà imporre al curatore come provvedere. Ove, però, il curatore continui nel suo comportamento omissivo, l'unico strumento per assicurare la regolarità della procedura sarà quello della revoca del curatore *ex art. 134 c.c.i.i.*

²⁴ A. Caiafa, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Dike, Roma, 2020, p.186

PROPOSTE DI LETTURA

Carmela Garofalo, *Le politiche per l'occupazione tra aiuti di Stato e incentivi in una prospettiva multilivello*, 2^a ed., Cacucci, Bari, 2022, pp. 411.

Il tema delle politiche per l'occupazione, che l'A. molto opportunamente tiene ben distinto da quello "più noto e più frequentato dalla dottrina giuslavoristica" delle politiche attive del lavoro, ha ormai assunto piena cittadinanza nella nostra materia e, più nello specifico, in quella branca che comunemente definiamo "il diritto del mercato del lavoro".

Questa iniziale considerazione sgombra subito il campo dall'antistorica e anacronistica "allergia" verso la tematica oggetto della ricerca che si vuole presentare. Qualunque riflessione sulla disciplina del mercato del lavoro, cioè sugli strumenti giuridici di governo del mercato del lavoro, non può esimersi dal trattarne, pena, in difetto, una riflessione monca e astratta, priva di alcuna ricaduta sul piano sistemico.

Certo, nell'affrontare il tema trattato l'A. ha potuto beneficiare delle ricerche di respiro monografico apparse nell'ultimo ventennio, a partire dalla prima trattazione di Michele Tiraboschi¹, seguita, con specifico riferimento all'interazione degli incentivi all'occupazione con il diritto europeo della concorrenza, da quella di Laura Tebano², ma ancor prima dell'invito formulato da Edoardo Ghera alle giornate di studio Aidlass di Alba nel lontano 1978 di non sottovalutare l'importanza della tecnica della norma di incentivazione, o come da lui definita della "sanzione premiale".

La ricerca si regge con tutta evidenza su una consolidata frequentazione da parte dell'A. della strumentazione a livello concettuale, normativo e applicativo, indispensabile per poter sviluppare un discorso sistemico. Ne dà palese conferma anche il suo curriculum che attesta la piena padronanza della materia.

Venendo alla ricerca che si va a presentare, la stessa si snoda lungo tre direttrici.

In primo luogo viene effettuata un'ampia ed esaustiva disamina della normativa comunitaria (ora unionale) in tema di aiuti di Stato, onde tracciare la linea di confine tra ciò che l'Unione europea vieta a tutela della concorrenza e ciò che consente a sostegno dell'occupazione, specie delle categorie c.d. «svantaggiate», in relazione alle quali l'A. analizza approfonditamente la normativa regolamentare, vincolante per gli Stati membri senza necessità di atti di ricezione, quale si è venuta formando nell'ultimo ventennio a partire dal Reg. (CE) n. 2204/2002 a terminare col tutt'ora vigente, per ragioni connesse alla pandemia da Covid-19, Reg. (UE) n. 651/2014.

Analisi finalizzata a enucleare la nozione di «svantaggio occupazionale» che presidia gli aiuti consentiti in forma automatica, senza necessità di preventiva notifica alla Commissione europea.

A vocazione sistemica è anche l'analisi delle misure di aiuto alle imprese finalizzata all'individuazione della nozione di aiuto vietato ove in grado di falsare la libera

¹ Cfr. M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002.

² Cfr. L. Tebano, *Sostegno all'occupazione e aiuti di stato "compatibili"*, Cedam, Padova, 2012.

concorrenza tra imprese all'interno del mercato unico.

La disamina delle fonti di matrice europea produce, quindi, la messa a fuoco delle due nozioni di base (aiuti alle imprese consentiti e categorie di «lavoratori svantaggiati») indispensabili per valutare il sistema di aiuti nostrano, evidenziandone pregi e difetti, col che si passa a vagliare la seconda direttrice lungo la quale si è mossa la ricerca.

È la parte di essa che conferma quanto detto in premessa, cioè il pieno diritto di cittadinanza di questa materia all'interno del diritto del lavoro. Si è al cospetto di una ricerca poderosa, che aggrega il vasto e disorganico materiale normativo emanato dal legislatore italiano, intorno ai vari tentativi da quest'ultimo effettuati per dare sistematicità alla materia, individuando due ipotesi, quella c.d. funzionale e quella c.d. tipologica.

Sul primo versante, l'A. ragiona per condizioni sistematizzando quelle per l'accesso e quelle ostative. In questa parte della ricerca si dà ampio e argomentato conto delle varie problematiche emerse in giurisprudenza, poco indagate dalla dottrina per i motivi di cui si è prima detto. L'indagine mostra una piena padronanza della strumentazione e delle fonti (anche quella di rango amministrativo) che governano ogni singolo fenomeno (su tutti si cita il contratto c.d. «*leader*» la cui applicazione è obbligatoria per chi voglia beneficiare degli incentivi all'assunzione). Non manca un'efficace riflessione sui riflessi conseguenti alle variazioni *a latere datoris*.

Sul secondo versante, l'analisi viene sviluppata per categorie di soggetti la cui assunzione viene incentivata. Questa parte della ricerca si conclude con un interessante, per la sua estrema attualità, *focus* sul *welfare* aziendale e sul lavoro agile, a dimostrazione della trasversalità del diritto promozionale.

Il tentativo di sistematizzazione può ritenersi senz'altro riuscito, fornendo un quadro completo e ragionato del sistema italiano di incentivi all'occupazione che alla teorizzazione abbina una ricerca empirica indispensabile per chi voglia avvicinarsi alla materia trattata.

La terza e ultima direttrice lungo la quale si snoda la ricerca conferma in pieno la maturità metodologica e conoscitiva che è alla base della stessa; e infatti l'A. si interroga sul se l'esperienza pandemica esplosa quando stava partendo l'attuazione nel nostro Paese dell'Agenda ONU 2030 sullo sviluppo sostenibile, stia facendo emergere un nuovo modello di politiche per l'occupazione.

Funzionale a risolvere questo interrogativo è apparso all'A. un'ampia, articolata ed esaustiva analisi della risposta europea e italiana alle criticità occupazionali esplose con la pandemia, utilizzando la lente del diritto promozionale. A prima vista potrebbe sembrare una disamina meramente descrittiva di tali misure e dei referenti europei delle stesse, ma si tratta di un'impressione in quanto via via che si percorre il sentiero tracciato si toccano con mani i bisogni che la pandemia ha messo a nudo e le misure idonee ad affrontarli con un'estensione dell'area di intervento assolutamente inedita.

Questi bisogni e le misure di sostegno vanno canalizzati verso la sostenibilità, vero e proprio pilastro del PNRR e linea guida delle azioni attivate nell'ultimo biennio che ci consegnano delle politiche per l'occupazione (ri)orientate verso l'occupabilità: quindi incentivi non più solo per creare posti di lavoro, sovente a bassa o scarsa professionalità e di breve durata, buoni per le statistiche, quanto e soprattutto per accompagnare i lavoratori nelle transizioni occupazionali, così creando una convergenza tra le politiche per l'occupazione e quelle attive del lavoro, storicamente mal coordinate.

Questa conclusione viene raggiunta all'esito dell'articolata e completa disamina effettuata nel lavoro che si presenta, che costituisce un punto di arrivo, ma anche di partenza per le future riflessioni sul tema.

Alessio Caracciolo

Nicola Triggiani (a cura di), *Informazione e giustizia penale. dalla cronaca giudiziaria al "processo mediatico"*, Cacucci, Bari, 2022, pp. 704.

Il libro, inserito nella Collana «*Giustizia penale della post-modernità*», affronta, in chiave interdisciplinare, il complesso tema dei rapporti tra processo penale ed informazione. Volutamente si può parlare di «rapporti», al plurale, in quanto il volume ha il pregio di raccogliere ventitré contributi, sapientemente legati insieme dal filo rosso con il quale il Curatore ne intesse la trama.

Alla Prefazione di Adolfo Scalfati, Ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Roma «Tor Vergata» e attuale Presidente dell'Associazione fra gli Studiosi del Processo Penale – il quale sottolinea come siano molto cambiati i tempi «da quando Emile Zola, alla fine dell'800, riempiva le pagine dell'*Aurore* lanciando un *J'accuse* contro gli impietosi tribunali parigini che condannarono iniquamente il capitano Alfred Dreyfus» –, segue una corposa Introduzione (intitolata «È la stampa, bellezza! E tu non puoi farci niente! Niente! ...Neppure con il soccorso della presunzione di innocenza») a firma del Curatore, Nicola Triggiani, Ordinario di diritto processuale penale nell'Università di Bari «Aldo Moro», che ha il pregio di anticipare i profili di analisi compiutamente trattati nei vari saggi dagli autori, per lo più docenti e studiosi di varie Università italiane (alcuni dei quali anche brillanti avvocati), ma anche magistrati e giornalisti. Si tratta di Marina Castellaneta, Danila Certosino, Marilena Colamussi, Lucia Iandolo, Francesco Perchinunno, Lorenzo Pulito, Guglielmo Siniscalchi e lo stesso Triggiani, che, oltre al saggio introduttivo, firma un altro contributo (tutti docenti nell'Università di Bari); Alessandro Diddi (Università della Calabria); Mariano Menna, Mena Minafra e Antonio Pagliano (Università della Campania «Luigi Vanvitelli»); Cristiana Valentini e Francesco Trapella (Università «Gabriele d'Annunzio» di Chieti-Pescara); Carlotta Conti (Università di Firenze); Lucio Camaldo (Università di Milano); Antonino Pulvirenti (Università LUMSA di Palermo); Mariangela Montagna e Leonardo Nullo (Università di Perugia); Maria Vittoria Dell'Anna (Università del Salento); Giulia Mantovani (Università di Torino); Martino Rosati (Consigliere della Corte di cassazione); Salvatore Cosentino (Sostituto procuratore generale presso la Corte d'appello di Lecce); Renato Nitti (Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Trani); Luigi Ferrarella (giornalista de «Il Corriere della Sera»).

Il Curatore ha il merito di riuscire a consegnare al lettore un'opera armonica e, al contempo, caratterizzata da una pluralità di visioni. I singoli contributi, tutti di altissimo spessore scientifico e ricchezza argomentativa, appaiono delle monadi autosufficienti ed esaustive; tuttavia, è la lettura integrata, sinergica e multidisciplinare che permette di apprezzare a pieno l'architettura dell'opera e la

completezza dell'analisi, di cui il Curatore, già nell'Introduzione, sapientemente, si fa portavoce.

Il volume si apre svelando la sua *mission*: partendo dal ben noto conflitto tra libertà di cronaca e valori costituzionali potenzialmente confliggenti, si pone l'ambizioso obiettivo di cercare un punto di equilibrio in un settore nevralgico per la democrazia.

L'opera, particolarmente corposa (oltre 700 pagine), raggruppa i vari contributi in aree tematiche. La struttura, così articolata, manifesta appieno la sua natura interdisciplinare; al contempo, la suddivisione in macroaree ne facilita la comprensione, permettendo al lettore di individuare agilmente quello di cui ha bisogno.

Nella Parte Prima del volume, dal titolo «*Profili costituzionali e sovranazionali*», è esaminata la normativa costituzionale ed europea, scenario all'interno del quale, alla luce degli insegnamenti della Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo, si è cercato di raggiungere il difficile bilanciamento tra valori e interessi contrapposti.

Deve premettersi che nel nostro Paese, dall'inchiesta «Tangentopoli» del 1992 in poi, si è man mano acuita la tensione tra autorità giudiziaria – la quale rivendica la propria primazia nella gestione degli affari di giustizia –, i mezzi di informazione, spesso motivati da chiare esigenze commerciali, ed i soggetti a vario titolo coinvolti nelle vicende giudiziarie, alla ricerca della giustizia vera.

Sempre più spesso il processo mediatico si scontra con le garanzie del giusto processo e della riservatezza delle persone coinvolte, quali diritti fondamentali ed inviolabili della persona. Pertanto, l'analisi del problema non può prescindere dallo studio del substrato costituzionale del fenomeno; il contrasto e la tensione si creano perché la Costituzione, nell'enunciazione dei diritti fondamentali dell'uomo, annovera sia il diritto all'informazione che altri valori (regolare amministrazione della giustizia, presunzione di non colpevolezza, diritto di difesa, riservatezza), lasciando all'interprete l'arduo compito di equilibrare l'ago della bilancia.

Il processo penale è il luogo in cui l'intervento della libera informazione riesce a svolgere una funzione correttiva e garantista sulle prevaricazioni del potere politico. Una giustizia segreta è incompatibile con l'ordinamento democratico. La pubblicità mediata sull'attività giudiziaria rappresenta inoltre una garanzia per la stessa magistratura, uno strumento di garanzia dell'indipendenza e dell'imparzialità: il giudice, consapevole dell'attenzione che l'opinione pubblica riversa sul proprio operato, si guarderà bene dal cadere vittima di debolezze e condizionamenti.

A riguardo, sono illuminanti le parole della Corte EDU nel noto caso *Sunday Times c. Regno Unito* (1979): «l'autorità giudiziaria non può operare nel vuoto, in quanto la stampa ha il diritto-dovere di comunicare informazioni e idee sulle questioni di cui conoscono i tribunali».

Certamente, nell'ambito del più ampio diritto alla manifestazione del pensiero tutelato dall'art. 21 Cost. è possibile ricomprendere il diritto di cronaca e di critica giudiziaria, quali forme dell'attività informativa aventi ad oggetto notizie ed atti afferenti a procedimenti penali.

La libertà di manifestare apertamente il proprio pensiero (seppur non senza limiti) trova ampio riconoscimento anche nelle fonti sovranazionali. Tra queste si annoverano l'art. 19 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, l'art. 10 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché l'art. 19 del Patto Internazionale sui diritti civili e politici. In modo particolare, quest'ultima disposizione offre lo spunto per l'analisi della tensione tra i vari diritti coinvolti: infatti, dopo aver riconosciuto in capo ad ogni individuo il diritto alla libertà di espressione, stabilisce che l'esercizio di tale libertà comporta doveri e responsabilità speciali. Pertanto, tale diritto dovrà essere necessariamente sottoposto a talune tassative restrizioni; su tutte, il rispetto dei diritti o della reputazione altrui, la salvaguardia della sicurezza nazionale, dell'ordine pubblico, della sanità e della moralità pubblica.

Da quanto premesso è facile desumere che la tensione tra diritti confliggenti è inevitabile: ogni restrizione al diritto di cronaca deve trovare giustificazione nella tutela di altri interessi, di pari rilievo, oggetto di tutela costituzionale.

Come si evince dalle sempre attuali parole della Consulta nella storica pronuncia del 10 marzo 1966, n. 18, il primo interesse con il quale il diritto di cronaca entra in conflitto è proprio quello al regolare funzionamento della giustizia, da intendere come interesse al buon esito delle indagini (c.d. efficacia dell'attività investigativa), cui si affianca l'interesse alla corretta formazione del convincimento del giudice in prospettiva dibattimentale.

In argomento, risultano particolarmente interessanti le osservazioni di Lorenzo Pulito, il quale, nel contributo dal titolo «*Media e processo penale nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*», richiama il concetto di diritto a un *procès équitable*.

L'autore invita a riflettere sulla problematica della «fuga di notizie». In una società democratica, la libertà di informare e quella della collettività di essere informata è funzionale al controllo delle istituzioni, compreso il potere giudiziario.

Si esamina, prioritariamente, il rapporto tra l'art. 10 e l'art. 6 della Convenzione, in relazione al quale la Corte ha definito uno *standard* di tutela finalizzato ad evitare il rischio che la libertà di espressione renda iniquo il processo. Si passa, poi, in rassegna l'art. 8 della Convenzione, il cui obiettivo è proteggere l'individuo contro arbitrarie interferenze da parte delle pubbliche autorità: la disposizione non impone loro semplicemente di astenersi dal compierle, ma comporta per lo Stato obblighi positivi inerenti l'effettivo rispetto della vita privata, quali l'adozione di misure necessarie per assicurare effettiva protezione al diritto alla riservatezza. Tali obblighi sono sia di natura preventiva che procedurale.

Oltre alla fuga di notizie, anche la pubblicazione delle immagini e dei nominativi dei soggetti a vario titolo coinvolti in procedimenti penali, così come dei contenuti di conversazioni intercettate, possono ledere la sfera della vita privata, oltre che la presunzione di non colpevolezza.

Si richiamano sul punto le regole poste dalle note sentenze *Axel Springer c. Germania* (2014) e *Von Hannover c. Germania* (n. 2) (2012), che contengono un «decalogo» europeo in materia di limiti della libertà di stampa.

I tempi del processo sono scanditi dalle diverse fasi processuali ed ogni frammento del procedimento è importante per la ricostruzione della verità. Ad indagini approfondite seguirà un dibattito minuzioso; solo l'istruttoria dibattimentale potrà fondare nel giudice quel pieno convincimento idoneo ad assicurare una decisione giusta e ponderata.

Ma l'opinione pubblica «deve» sapere e non è possibile attendere che il processo giunga al termine. Ed allora ci si accontenta della verità disponibile in quel dato momento. Il nuovo processo conterrà così al suo interno tante verità: la verità dell'informazione di garanzia, la verità dell'interrogatorio, la verità dell'intercettazione o della custodia cautelare. Non c'è tempo per attendere la verità processuale né, tantomeno, per auspicare il raggiungimento della verità materiale. Questo è quanto basta per placare le attese collettive.

Anziché attendere che la giustizia faccia il suo corso, spesso i *media* si sostituiscono nella ricostruzione dei fatti di causa, nell'attività investigativa, nella selezione dei dati (a loro dire rilevanti), sui quali il giudice, poi, dovrebbe fondare la sua decisione.

Inevitabilmente, il baricentro si sposta così sulla fase delle indagini preliminari, in quanto il termometro dell'attenzione è caldo solo all'inizio del procedimento.

Sempre più diffuso è il ricorso all'istituto del fermo di indiziato di reato. È come se gli organi inquirenti fossero tenuti a dimostrare all'opinione pubblica che qualcosa si muove, rassicurando gli spettatori che «il mostro di turno è stato fermato»; per il processo ci sarà tempo. È come se le indagini dovessero essere al passo con i ritmi dell'informazione e, anzi, la dovessero a volte battere sul tempo per non vedere vanificato il proprio lavoro; il pericolo è quello di un'anticipata valutazione degli elementi a carico dell'indagato, come se fossero giudizi conclusivi di responsabilità.

In tema di efficacia delle indagini e «genuinità probatoria», si pensi al caso Meredith Kercher, il c.d. «delitto di Perugia»: in spregio ai principi che caratterizzano ed ispirano il modello accusatorio, in una sorta di cortocircuito, l'accelerazione mediatica crea accelerazione anche nel modo di condurre le indagini. Il processo è costretto a compiere un passo all'indietro, per non restare indietro. Infatti, come si legge nelle motivazioni della sentenza di assoluzione rese dalla quinta sezione della Cassazione nel marzo del 2015, il processo per l'uccisione di Meredith Kercher «ha avuto un *iter* obiettivamente ondivago, le cui oscillazioni sono, però, la risultante

anche di clamorose *defaillance* o amnesie investigative e di colpevoli omissioni di attività d'indagine». Ad avviso della Corte, se non ci fossero state tali colpevoli omissioni, si sarebbe sin da subito consentito di delineare un quadro indiziario, se non di certezza, quanto meno di tranquilla affidabilità nella colpevolezza o diversamente nell'estraneità ai fatti contestati. Si legge inoltre che «l'inusitato clamore mediatico del delitto Kercher» non ha certamente «giovato alla ricerca della verità, provocando un'improvvisa accelerazione delle indagini nella spasmodica ricerca di colpevoli da consegnare all'opinione pubblica internazionale».

La velocità dell'informazione ha di certo creato una distorsione nel rapporto tra giustizia reale e giustizia percepita.

Quanto detto, si collega ai temi affrontati nella Parte Seconda del volume, che ospita i saggi in materia di «*Divieti di pubblicazione, libertà di stampa e interessi processuali*». Si analizzano i divieti di pubblicazione previsti dall'art. 114, commi 1, 2, e 3 c.p.p. a tutela degli interessi processuali (segreto investigativo ed efficacia delle indagini, genuinità probatoria, «verginità cognitiva» del giudice del dibattimento), e altri strumenti a tutela dei medesimi interessi, come i limiti al segreto professionale del giornalista *ex art. 200*, comma 3, c.p.p. e la rimessione del processo *ex art. 45* c.p.p. a seguito di violente e accese campagne mediatiche (sul punto, si pensi al «caso ILVA»: i giudici della prima sezione della Corte di Cassazione hanno respinto la richiesta di rimessione del processo sul disastro ambientale a Taranto presentata da Riva Fire, Ilva s.p.a., per conto del commissario governativo, e da altri 13 imputati coinvolti nella maxi inchiesta della procura ionica; secondo le difese, a Taranto non vi sarebbero state le condizioni per un giudizio «sereno ed equilibrato»).

In particolare, Francesco Trapella, nel contributo dal titolo «*La tutela del segreto investigativo*», cerca di recuperare le coordinate del c.d. «segreto esterno». Il punto di partenza è dato dal secco diniego alla pubblicazione degli atti coperti dal segreto (art. 114, comma 1, c.p.p.); per tutti gli altri, viceversa, è sempre divulgabile il contenuto (art. 114, comma 7, c.p.p.).

L'autore analizza le ulteriori parti della norma che governano i casi di pubblicità degli atti, distinguendo la fase processuale di riferimento o l'evenienza che si dia notizia del loro testo integrale, di una parte di esso o di un sunto. Così, eccettuata l'ordinanza cautelare, non sono pubblicabili, nemmeno parzialmente, gli atti desecretati finché non siano concluse le indagini o l'udienza preliminare (art. 114, comma 2, c.p.p.); non è neppure pubblicabile il contenuto delle intercettazioni non acquisite a mente degli artt. 268, 415-*bis* e 454 c.p.p. (art. 114, comma 2-*bis*, c.p.p.).

Per la fase dibattimentale si distingue tra i materiali del fascicolo per il dibattimento e quelli contenuti nel fascicolo del pubblico ministero: mentre i primi sono immediatamente divulgabili – a seguito della sentenza costituzionale n. 59/1995 – gli altri possono essere pubblicati solo dopo la sentenza di appello; è sempre ammessa, poi, la pubblicazione degli atti utilizzati per le contestazioni (art. 114, comma 3, c.p.p.).

Gli altri commi regolano le ipotesi di dibattimento a porte chiuse (art. 114, comma 4, c.p.p.) o di possibile diffusione di notizie processuali offensive del buon costume o potenzialmente lesive di interessi collettivi (art. 114, comma 5, c.p.p.); da ultimo, i commi 6 e 6-*bis* dell'art. 114 c.p.p. mirano, rispettivamente, ad evitare che siano divulgate generalità od immagini di minorenni testimoni, persone offese o danneggiate ovvero immagini di persone *in vinculis* sottoposte a mezzi coercitivi.

A queste premesse si collegano le osservazioni di Antonino Pulvirenti, il quale precisa che, se si prescinde dalla disciplina speciale recentemente dedicata alle intercettazioni, il sistema di divieti di pubblicazione di atti al quale dà vita l'art. 114 c.p.p. nelle fasi preliminari del procedimento penale risulta articolato in funzione di esigenze interne, quali la tutela delle indagini e la salvaguardia della *virgin mind* del giudice dibattimentale. Naturalmente, ciò non toglie che all'ombra delle preclusioni codicistiche possano di fatto trovare riparo anche interessi di natura extraprocessuale. L'argomento è particolarmente sensibile per la *privacy*, sottoposta a tensione soprattutto nel corso delle indagini, che rappresentano l'oggetto privilegiato dell'attenzione mediatica.

Pulvirenti entra poi nel vivo della trattazione, analizzando i punti di contatto tra «*Campagne mediatiche e istanze di rimessione del processo*». L'avvento della comunicazione digitale ha ormai delocalizzato l'informazione, alla quale chiunque, tramite i nuovi canali tecnologici (siti *web*, messaggistica istantanea, *broadcasting*, *blog*, *social network*, video *sharing*, ecc.), può accedere se, quando e come vuole. Non solo. Molte di queste stesse tecnologie hanno modificato il rapporto tra l'informazione e il suo destinatario, il quale non fruisce più passivamente della notizia, ma può interagire con essa, integrandola e amplificandone la portata. Tutto ciò rende ormai alquanto improbabile, o forse impossibile, che la campagna mediatica abbia una diffusività limitata a un determinato territorio e che, quindi, la diversa allocazione fisica del processo possa consentire a questo di non subirne più gli effetti.

Dello stesso avviso Marilena Colamussi, che si occupa delle tutele poste a presidio della sopramenzionata «verginità cognitiva» del giudice del dibattimento. L'autrice premette che, a complicare il difficile equilibrio tra giustizia penale e diritto all'informazione sono innanzitutto i canali di comunicazione di massa che viaggiano su binari spazio-temporali difficilmente governabili, gestiti da professionisti talvolta poco competenti e svincolati da presidi etici, oltre che deontologici.

Le ricadute involgono il fronte processuale e quello extra-processuale. Sul primo versante, emerge il rischio di pregiudicare il corretto svolgimento dell'attività investigativa e di generare una profonda crisi di identità nei ruoli, nelle funzioni e nelle prerogative dei protagonisti della vicenda processuale. Sul terreno extra-processuale, l'opinione pubblica si conforma spesso alla cronaca giudiziaria, al come i canali di informazione rappresentano i fatti processuali, influenzandone inevitabilmente il giudizio di valore.

Dove inizia l'obbligo di segretezza dell'attività investigativa, per garantirne lo sviluppo, la completezza e l'efficienza, e dove termina, per tutelare la presunzione di non colpevolezza, il diritto di difesa, il libero convincimento del giudice, la garanzia del contraddittorio e la riservatezza della persona sottoposta alle indagini e della persona offesa dal reato sono confini tracciati dall'art. 329 c.p.p., che va letto in combinato disposto con l'art. 114 c.p.p.

La scelta del legislatore è guidata da interessi di natura prettamente processuale, culminanti nell'intento di preservare la «neutralità metodologica» nell'esercizio della funzione giudicante. È, infatti, il modello accusatorio che impone la suddivisione in fasi del processo, nonché l'acquisizione della prova mediante il metodo orale e nel contraddittorio tra le parti, alla presenza di un giudice del dibattimento, terzo ed imparziale, che per rimanere tale deve essere all'oscuro delle risultanze probatorie relative alle fasi anteriori del procedimento.

In questo clima non vi è chi non riconosca come la diffusione di informazioni non corrette, o non riscontrabili sul piano documentale con le dovute cautele, nonché la pubblicazione del contenuto di atti (talora distorto dall'umore o dal pregiudizio dell'opinionista di turno) riguardanti procedimenti penali, di particolare rilevanza sociale, inevitabilmente condiziona l'opinione pubblica. Quest'ultima, a sua volta, come una «mina vagante» è potenzialmente in grado di turbare la serenità psicologica del giudice chiamato a decidere e, ancor prima, del magistrato inquirente, pressato dalla necessità di sfatare i risultati delle inchieste giornalistiche ignare delle garanzie processuali.

La sfera emozionale della decisione – che non può essere oggettivamente scissa da quella conoscitiva – incide in modo latente e risulta confinata dalle regole di valutazione della prova, che impongono al giudice di fondare il suo convincimento esclusivamente sulle prove legittimamente acquisite in sede dibattimentale (art. 526 c.p.p.). Questo implica che, in teoria, il giudice del dibattimento è tenuto a ignorare tutto il materiale probatorio custodito nel fascicolo del pubblico ministero, materiale del quale potrà legittimamente tener conto solo nel momento in cui lo stesso transiterà in sede dibattimentale, attraverso il filtro del contraddittorio tra le parti.

Nella realtà applicativa i termini della questione si pongono diversamente, specie per i processi di particolare clamore mediatico. Accade, non di rado, che tante informazioni giungano al giudice anzitempo, attraverso le inchieste giornalistiche e la pubblicazione di atti o del contenuto di atti inizialmente coperti dal segreto, che, malgrado non siano utilizzabili formalmente, perché non acquisiti attraverso i canali ufficiali, finiscono per incidere sulla componente emozionale della formazione del convincimento del giudice, rischiando di condizionare l'esito della decisione.

Il principio di pubblicità assume particolare valore con riferimento alle fasi destinate all'acquisizione probatoria e alla pronuncia della sentenza. Dal punto di vista morfologico, la pubblicità è interna o esterna; quest'ultima, a sua volta, può assumere carattere immediato o mediato. La pubblicità interna, più precisamente,

rappresenta un'articolazione del diritto di difesa che permette alle parti processuali di conoscere compiutamente il materiale probatorio acquisito, potendo così esercitare i diritti difensivi ad essi inerenti. La pubblicità esterna, quale conoscibilità indiscriminata dello svolgimento del processo, potrà definirsi immediata, quando la collettività acquisisce conoscenza attraverso l'accesso diretto al fenomeno giudiziario (ad es. partecipando alle udienze in veste di spettatore), ovvero mediata, se filtrata dagli strumenti di informazione.

L'informazione giudiziaria, quale forma di manifestazione del pensiero, deve bilanciarsi con la regolare amministrazione della giustizia e con i diritti riconosciuti alle parti del processo, in particolar modo con la tutela accordata all'imputato.

L'interesse al regolare funzionamento della giustizia trova copertura costituzionale negli artt. 101, comma 2, e 104, comma 1, Cost.

Il principio della pubblicità mediata, a sua volta, può essere inteso in una duplice accezione. Stando ad una prima analisi del fenomeno, parleremo di «informazione sul processo» riferendoci alla rappresentazione, attraverso i mezzi di comunicazione di massa, del modo di amministrare la giustizia. Il fenomeno si inquadra nel diritto di cronaca giudiziaria, quale forma di controllo esercitata sugli organi che amministrano la giustizia.

Il principio della pubblicità mediata può, però, subire un processo di distorsione che la porta fuori dai limiti e dagli schemi di copertura costituzionale: all'informazione sul processo si affianca il c.d. «processo mediatico» ossia il «processo celebrato sui mezzi di informazione».

Si fanno così spazio due facce della stessa medaglia: il processo giurisdizionale raccontato dai *media* ed il «processo mediatico» celebrato dai *media*, parallelo (spesso anteposto) a quello giurisdizionale. Da un lato, il circolo virtuoso del rapporto giustizia-informazione che, in modo trasparente e garantista, racconta la verità delle aule di giustizia; dal lato opposto, un vero e proprio *dark side* che trasforma il circolo virtuoso processo-informazione in un circolo vizioso di violazioni.

Nella Parte Terza del volume, dedicata a «*Valori extraprocessuali e limiti alla pubblicazione*», vengono approfonditi i numerosi divieti posti a tutela degli interessi extraprocessuali (buon costume, interessi superiori dello Stato, riservatezza di parti private e testimoni, protezione dei minori e dei soggetti privati della libertà personale, diritto all'oblio).

Giulia Mantovani, nel contributo dal titolo «*Buon costume, interessi superiori dello Stato, riservatezza delle persone*», proprio con riferimento al diritto all'oblio (creato in via giurisprudenziale e dottrina da «una costola del diritto alla riservatezza») osserva che può essere analizzato seguendo tre linee direttrici: la ripubblicazione di notizie trascorse, l'indicizzazione e l'analisi degli archivi *on line* dei giornali.

Il diritto all'oblio limita le possibilità di riproposizione e di permanente ostensione al pubblico di contenuti già legittimamente divulgati. Il bisogno di

protezione contro le insidie di «un passato che non passa» è enormemente aumentato per effetto dello sviluppo della rete, che ha richiesto di aggiornare e diversificare le strategie di tutela della persona.

Si ritiene quindi giusto l'interesse di ogni persona a non restare indeterminatamente esposta ai danni ulteriori che arreca al suo onore e alla sua reputazione la reiterata pubblicazione di una notizia in passato legittimamente divulgata (c.d. perpetuazione della memoria).

Dalla ripubblicazione si distingue l'illimitata permanenza delle trascorse cronache giudiziarie nella disponibilità del pubblico. È nel *web* che il fenomeno ha assunto caratteri e dimensioni un tempo impensabili. Infatti, chiunque può recuperare le informazioni concernenti una determinata persona e presenti nella rete semplicemente inserendone il nome in un motore di ricerca generalista.

Il contributo a firma di Danila Certosino offre, invece, una compiuta analisi sul collegamento tra la tutela della riservatezza e le esigenze di protezione ed educazione del minore; il contrappeso si ottiene attraverso l'imposizione di limiti alla pubblicità, mediata e immediata, l'entità dei quali dipende dal bilanciamento tra le istanze contrapposte. Rispetto all'adulto, ogni violazione del diritto alla riservatezza del minore può produrre gravi danni al suo processo di maturazione; infatti, l'ordinamento si preoccupa di tutelare il minore coinvolto nell'ambito di un procedimento penale da ogni forma di pubblicità che possa rivelarsi dannosa per lo sviluppo della sua personalità.

Nel bilanciamento tra l'interesse della collettività a conoscere fatti penalmente rilevanti e l'interesse del minore a tutelare la propria immagine, il nostro legislatore ha, dunque, decisamente optato in favore di questo secondo interesse, ritenuto preminente. Vengono così richiamate ed analizzate le disposizioni poste a presidio del minore coinvolto in ambito penale (anche, e soprattutto, in veste di imputato), prestando particolare attenzione ai principi sovranazionali che ne hanno ispirato l'affermazione. Tra questi, l'art. 8 delle «Regole minime per l'amministrazione della giustizia minorile» (le c.d. «Regole di Pechino»); sulla stessa linea, la Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulle «risposte sociali alla delinquenza minorile» n. 20, approvata a Strasburgo il 17 settembre 1987; il principio n. 8 della Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa 10 luglio 2003, n. (2003)13, «sulla diffusione di informazioni da parte dei *media* in relazione ai processi penali».

In un'ottica di maggior tutela è stato, poi, disposto, con l'art. 10, comma 8, l. 3 maggio 2004, n. 112 (c.d. «legge Gasparri»), il divieto di divulgazione di altre notizie che possano comunque consentire, anche indirettamente, l'identificazione del minore, essendo inizialmente contemplato nel corpo dell'art. 114, comma 6, c.p.p. esclusivamente il divieto di pubblicare le generalità e le immagini del minore. In tal modo, si è allargata la tutela accordata per quanto riguarda gli elementi di identificazione del minore, conformandosi più strettamente sia con la disciplina sulla

protezione dei dati personali (allora contenute nel d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196), sia con quanto previsto dalle norme del rito minorile (art. 13 d.P.R. 22 settembre 1988, n. 448). Si è, così, colmata una grave lacuna e sono state protette dall'invasività dei *media* non solo le generalità o l'immagine del minorenne, bensì anche elementi differenti che possono comunque condurre, anche se non immediatamente, alla sua identificazione, trovando così protezione un più ampio diritto alla riservatezza da parte del minore coinvolto in ambito penale.

I principi contenuti nell'art. 13 d.P.R. n. 448/1988 sono oggetto di una più esplicita enunciazione nella c.d. «Carta di Treviso» del 5 ottobre 1990, una sorta di codice deontologico dei giornalisti in materia minorile, approvato dalla Federazione Nazionale della Stampa e dall'Ordine dei Giornalisti.

Nella Parte Quarta del libro, dal titolo «*Pubblicità del dibattito e trasparenza della decisione*», sono analizzate la disciplina della pubblicità del dibattito *ex art. 471 c.p.p.* – derogabile in presenza di altri interessi meritevoli di essere salvaguardati (procedimento a porte chiuse: artt. 472-473 c.p.p.) – e la funzione extraprocessuale della motivazione della sentenza.

Nicola Triggiani firma qui un pregevole contributo dal titolo «*Dalla "pubblicità immediata" alla "pubblicità mediata tecnologica": le riprese audiovisive dei dibattimenti*», nel quale analizza puntualmente le applicazioni giurisprudenziali dell'art. 147 disp. att. c.p.p. e ricorda che, ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo c.p.p. e delle correlate norme di attuazione, e precisamente il 18 gennaio 1988, andava in onda su R.A.I. 3, per la prima volta, la trasmissione «*Un giorno in Pretura*», a cura di Roberta Petrelluzzi: una trasmissione fortunata, destinata ad essere una delle più longeve della programmazione R.A.I. e ancora oggi programma *cult* del palinsesto del servizio pubblico radiotelevisivo, con riprese dal vivo di autentici processi nei tribunali di tutta Italia.

La verità processuale, così come consacrata nella motivazione della sentenza quale risultato della celebrazione del processo, dovrebbe essere accettata dalla collettività come fosse l'unica verità.

Se il processo non giunge a verità, ovvero non riesce a giungervi, possono crearsi nel corso del procedimento delle verità incidentali; su tutte, la verità «anticipata» così come cristallizzata nel provvedimento di applicazione di una misura cautelare. Il vincolo cautelare è in grado di trasformare l'evanescente verità processuale in una verità vivida, seppur cagionevole e provvisoria, in quanto fondata su un accertamento parziale dei fatti.

Secondo diversa teorizzazione è possibile creare un'ulteriore classificazione: la verità «nel» processo e la verità «del» processo.

La verità del processo è la verità della sentenza irrevocabile; la verità nel processo, inteso in senso lato, comprensivo anche della fase procedimentale, è la verità delle prove e dei corrispondenti atti di indagine, della testimonianza e delle sommarie informazioni.

Accanto a questi concetti tradizionali, è necessario misurarsi con un terzo concetto di verità, la «verità mediatica», che emerge dagli organi di informazione, interessati, sempre più spesso, alle vicende processuali penali: una «verità», quest'ultima, inevitabilmente condizionata dalla velocità di circolazione delle informazioni. Tramite i *media*, la verità cautelare, quella verità anticipata e cagionevole cui si faceva prima riferimento, diventa la «vera verità», l'unica capace di fare notizia. Il processo, non può dimenticarsi, è un fatto umano; come tale, soffre delle inevitabili personalizzazioni; pertanto, in chiave soggettivizzante, avremo una «giustizia percepita». Ogni parte coinvolta nel processo ricaverà dalla lettura della sentenza una propria percezione di giustizia.

Ed allora, l'imputato assolto (perché innocente) vedrà nella sentenza di proscioglimento la cristallizzazione della giustizia vera; per la persona offesa, convinta della colpevolezza dell'imputato, quello stesso dispositivo rappresenterà una mera giustizia processuale, ingiusta, frutto di un processo che non ha saputo svelare la vera verità. Il «certo» ed il «vero» devono coniugarsi nel *decisum* del giudice e, ove dovessero residuare dubbi circa tale corrispondenza, il soggetto imputato dovrà essere mandato assolto. La rivendicazione della «verità vera» è un ammonimento diretto al giudice, affinché questi stia in guardia dall'errore ovvero protegga l'imputato dai rischi e dalle conseguenze da questo derivanti.

Nel contributo intitolato «*Il valore extra-processuale della motivazione e la diffusione pubblica della sentenza*» di Mariano Menna, Mena Minafra e Antonio Pagliano, si chiarisce che nell'Europa continentale l'obbligo di motivare gli atti giurisdizionali sorge quale frutto del pensiero illuministico in funzione di limite all'arbitrarietà del giudizio e per consentire il controllo diffuso sull'amministrazione della giustizia.

L'obbligo di motivazione e di pubblicazione reca in sé il controllo «popolare» sulla sentenza, quello «privatistico» (delle parti), e quello «burocratico» del giudice dell'impugnazione, perché per l'opinione pubblica la motivazione non è soltanto una delle fonti per l'interpretazione della sentenza, com'è, invece, per gli altri destinatari, «ma è la sola fonte di conoscenza e di controllo sulla decisione».

Quest'ultimo rilievo enfatizza la riconosciuta funzione extraprocessuale della motivazione.

In questo contesto, il giornalismo giudiziario è diventato di fatto l'unico autentico veicolo della diffusione dei contenuti delle sentenze.

Per rendere maggiormente comprensibile alla generalità dei consociati il contenuto delle sentenze e degli altri provvedimenti del giudice e, più in generale, il significato degli atti che vengono via via compiuti nell'ambito dei procedimenti penali, è necessario, quindi, ricorrere a un'opera di intermediazione che potremmo definire, per certi versi, culturale.

Intermediazione che, allo stato, è affidata quasi sempre a soggetti poco avvezzi a quel linguaggio e pertanto non in grado di esercitare un corretto livello di divulgazione.

Il giornalismo, storicamente inteso come presidio per la democrazia, si sta trasformando anche in presidio per l'amministrazione della giustizia, rendendo concreta, dopo secoli, l'attuazione della funzione extraprocessuale dell'obbligo di motivazione, senza che di ciò, tuttavia, si possa riuscire a rallegrarsi. Se, infatti, è da apprezzare come si sia riuscito a rendere concreto un principio come quello della funzione extraprocessuale dell'obbligo di motivazione, la piega che tale esercizio sta sempre più assumendo solleva maggiori perplessità dei benefici che esso produce.

Il pericolo è che la giustizia, così come raccontata, appaia sempre più distante dal senso comune, schiacciando il nostro sistema (che conosce giudici togati e di carriera) su quello di matrice anglosassone delle giurie popolari, in cui il sentire sociale prevale sui contenuti delle norme. A prescindere da come la si possa pensare rispetto ai sistemi accusatori e ai loro meccanismi decisorii, il pericolo concreto è la delegittimazione della magistratura giudicante.

Lo «stile italiano» delle sentenze appare spesso prolisso, astratto, ridondante, contorto, criptico, «assolutamente inidoneo alla comunicazione»; invece la motivazione della sentenza deve guardare anche oltre ai suoi diretti destinatari. Al fine di consentire che la motivazione correttamente espliciti la propria funzione extraprocessuale, è evidente che il linguaggio in cui viene redatta deve essere comprensibile alla generalità dei cittadini, non essendo altrimenti costoro messi nella condizione effettiva di esercitare alcun controllo «esterno» sull'operato del giudice, il quale è – a sua volta – chiamato a difendere, proprio grazie a questa forma di controllo, la propria autonomia e indipendenza, dando dimostrazione di essere soggetto soltanto alla legge. E la circostanza che tale funzione rimanga spesso inesercitata risulta maggiormente aggravata dal fatto che non sia prevista alcuna sanzione processuale, nonostante l'importanza degli interessi attinti dalla sua violazione.

Per porre rimedio a tali criticità, con notevole ritardo e in modo parziale, il 14 dicembre 2021 è entrato in vigore il d.lgs. 8 novembre 2021, n. 188, atto complesso e di difficile lettura, con il quale il legislatore è intervenuto al fine di adeguare la normativa nazionale alle disposizioni contenute nella Direttiva 2016/343/UE del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza, operando il riferimento, sul versante soggettivo, alle sole «persone fisiche sottoposte a indagini o imputate in un procedimento penale».

Seppur trattasi di un atto normativo importante, che rappresenta un passo in avanti sul piano giuridico e culturale verso una più piena affermazione delle garanzie fondamentali consacrate nella presunzione di innocenza dell'imputato (artt. 6, comma 2, C.e.d.u. e 27, comma 2, Cost.), per la regolamentazione delle dinamiche del c.d. «processo mediatico», dove alla base si pone il conflitto, difficilmente superabile, tra

diritti contrapposti quali il diritto di cronaca giudiziaria e diversi diritti che fanno capo a chi lo subisce (vita privata, riservatezza, presunzione di innocenza), oltre a più generali istanze di imparzialità del giudizio, l'articolato sembra dettare solo rigide regole di comportamento per l'autorità pubblica ed in particolare per le procure della Repubblica.

La Parte Quinta del volume è dedicata all'analisi delle degenerazioni del c.d. «processo mediatico», come suggerito già dal titolo («*La deriva giustizialista: il processo celebrato sul palcoscenico dei media*»). Si tratta dei processi paralleli celebrati in TV, in grado di condizionare pesantemente l'opinione pubblica e di incidere potenzialmente sullo stesso svolgimento e sugli esiti del processo.

Si sottolinea qui che la velocità dell'informazione ha di certo creato una distorsione nel rapporto tra giustizia reale e giustizia percepita. La verità è che nella trattazione mediatica delle vicende giudiziarie si assiste ad una trasformazione e distorsione dello stesso valore degli istituti processuali, sicché «l'informazione di garanzia equivale all'imputazione, l'imputazione alla condanna, la misura cautelare alla pena». Questo ribaltamento, questa commistione tra le fasi e gli atti processuali è la manifestazione della logica colpevolista che caratterizza la giustizia mediatica; al contempo, rappresenta l'unico modo per sbattere il mostro in prima pagina e tenere gli spettatori incollati ai teleschermi.

La sezione ospita anche un *focus* sulla prova scientifica, che – oltre ad aver acquisito un ruolo sempre più centrale nel processo penale –, ha una fortissima attrattiva sull'opinione pubblica, contribuendo al successo di tante trasmissioni televisive incentrate sull'analisi e la ricostruzione di casi giudiziari.

Sul punto, Carlotta Conti, autrice del contributo dal titolo «*Prova scientifica e processo mediatico*», ci parla di «metarappresentazione» (la rappresentazione di una rappresentazione), che dunque rischia di essere ancora più lontana dal fatto, giacché passa attraverso l'infido filtro mediatico.

La spettacolarizzazione della realtà processuale può portare alla formazione di un convincimento collettivo talmente radicato che, se la decisione raggiunta dal giudice non dovesse risultare conforme all'idea che lo spettatore aveva maturato in relazione a quel dato evento, ecco che la sentenza sarà percepita come ingiusta ed inattesa.

È qui che la retorica colpevolista dei *media*, quella che analizza il caso fuori dalle aule di giustizia, solo sulla base di indizi e prove frammentarie, instilla il pericolo della suggestione esercitabile sull'organo giudicante, come sottolinea Triggiani già nell'Introduzione.

Le profonde differenze tra processo mediatico e processo giurisdizionale dovrebbero da sole bastare per concludere che alcuna suggestione è possibile. Infatti, in primo luogo vi è una differenza tra i luoghi di celebrazione dei processi e tra gli organi deputati a condurre indagini ed assumere decisioni. Il processo giurisdizionale ha un luogo deputato, all'interno del quale operano figure professionali, terze ed

imparziali, il cui operato è scandito secondo precise fasi processuali. Il processo mediatico non ha alcun luogo di celebrazione preconstituito: si svolge nei salotti televisivi, sui giornali, persino al bar, trasformando la società in una massa indistinta di giudici popolari. Si assiste, così, ad un processo «ufficiato da chiunque».

Differenza certamente meno evidente è quella afferente alle modalità di selezione del materiale probatorio: il processo penale è caratterizzato dal principio del contraddittorio nella formazione della prova come prescritto dall'art. 111, comma 4, Cost. e dagli artt. 190 e 192 c.p.p. La presunzione di non colpevolezza porta ad una selezione delle sole prove idonee a fondare il convincimento del giudice, distinguendo tra prove ammissibili e vietate. Il processo mediatico, al contrario, è basato su regole di inclusione compulsiva, poiché tutto può costituire una prova. Ci si trova così ad ascoltare i racconti dei passanti, ad indagare sulle abitudini di vita della vittima, a fondare giudizi di colpevolezza sulla base di mere sensazioni.

Si genera, così procedendo, una inevitabile confusione tra difesa reale e difesa mediatica, sì da costringere l'imputato a discolarsi due volte: dalla deriva giustizialista dei *media* e dell'opinione pubblica e, nelle aule giudiziarie, dalle contestazioni cristallizzate nel capo di imputazione.

E si registra una certa insofferenza nei confronti della giustizia istituzionale, intessuta di regole e tecnicismi che, evidentemente, sfuggono ai più. L'insidiosa idea è che il miglior giudice sia l'opinione pubblica. Ed allora il rischio da cui rifuggire è quello che la difformità tra convincimento maturato e sentenza vada a minare e corrodere il bene della fiducia dei cittadini nella giustizia amministrata dai giudici.

La Parte Sesta del libro ospita i «*Punti di vista*» dei soggetti che, a diverso titolo, intervengono come attori nella scena che vede scontrarsi gli interessi da tutelare, in particolare l'interesse del pubblico ministero a mantenere il riserbo sulle indagini in corso e l'interesse del difensore a preservare il suo assistito dagli «incalcolabili danni cagionati dai *media*». A questi si affiancano il punto di vista del giudice, quello del giornalista e quello del linguista.

Cristiana Valentini, chiamata ad illustrare il punto di vista del difensore, cerca di riportare in equilibrio gli interessi in gioco, chiarendo che non sempre il contrasto genera una distorsione. Infatti, quando si allude alla scelta di spostare la battaglia giudiziaria (anche) sui *media*, non si parla sempre ed in via esclusiva del fenomeno – giustamente deprecato – degli indagati «portati a rendersi disponibili per i *media*» e neppure dei testimoni e delle persone offese che «non si sottraggono a quel momento di notorietà che l'episodio può loro procurare per sfruttare la vicenda processuale che li coinvolge e per chiedere, dunque, una soluzione “di giustizia”»; non si parla, insomma, della c.d. «giustizia-spettacolo», condotta in terrificanti salotti televisivi, che ambiscono persino a porsi in populistica concorrenza con la giustizia dei tribunali. Ciò di cui si discute, qui, è semplicemente della possibilità di interagire con i *media* al fine di controbilanciare l'immagine che viene fornita a piene mani dagli inquirenti.

A queste visuali di pensiero si affianca il punto di vista del giudice, il quale è chiamato a riaffermare la centralità della sentenza, affinché il processo mediatico lasci spazio ad un linguaggio giuridico lontano da «inutili vezzi stilistici» e quanto più orientato a spostare il processo nella sua sede naturale (le aule di giustizia e la motivazione contenuta nella sentenza), evitando che il cittadino trovi rifugio nella «giustizia spettacolo», troppo spesso apprezzata per la sua estrema semplicità e comprensibilità. Questo interesse, e la visione che ne discende, si scontra inevitabilmente con il punto di vista del giornalista, in bilico tra cronaca giudiziaria, giustizia penale e lealtà linguistica. Martino Rosati, nel contributo dal titolo «*Il punto di vista del giudice. Il dovere di chiarezza*», afferma che il «processo mediatico» altro non è se non il prodotto peggio riuscito della progressiva degenerazione di tali legittime e non eludibili esigenze di una comunità; così, richiama l'attenzione sulle «Linee-guida per l'organizzazione degli uffici giudiziari ai fini di una corretta comunicazione istituzionale», adottate dal Consiglio Superiore della Magistratura con delibera dell'11 luglio 2018, che, attingendo anche ad esperienze di ordinamenti stranieri, hanno inteso offrire al magistrato – e, di riflesso, agli operatori dei *media* – dei parametri di riferimento per provare a mettere ordine in quella che, in questi recenti anni di enorme espansione e trasformazione dell'offerta informativa, ha assunto i connotati di un'autentica suburra.

Chiarezza espositiva, massima comprensibilità del lessico utilizzato, sinteticità degli argomenti senza pregiudizio della loro completezza; insomma, la cura nella redazione dei provvedimenti, rappresenta il più utile ed efficiente strumento a disposizione del giudice per resistere all'imponente capacità distorsiva della rappresentazione mediatica dell'attività giudiziaria.

Per tutti coloro che esercitano un potere pubblico, quello della chiarezza espressiva è un dovere fondamentale, etico prima ancora che professionale.

La certezza del diritto, per insegnamento condiviso, è uno dei principi fondanti della democrazia. Ma il presupposto della certezza è rappresentato dalla chiarezza.

Il giudice in tanto può spendere il nome del popolo nelle sue decisioni (art. 101, comma 1, Cost.), in quanto il popolo sia in grado di verificarle e di riconoscerle come proprie, in un rapporto tra pari.

È evidente, però, che tutto questo non può avvenire, se quelle decisioni non siano comprensibili dal popolo: con l'effetto che, se non riescono a comunicare con quest'ultimo, i giudici perdono la loro legittimazione democratica.

Il comma 1 dell'art. 192 c.p.p. obbliga espressamente il giudice a «dare conto», nella sua motivazione, dei risultati acquisiti e dei criteri adottati nella valutazione delle prove raccolte. Tale obbligo di rendiconto non può spiegarsi che con la necessità di garantire il controllo sociale dell'attività del giudice. Ed è proprio questa possibilità di controllo che rappresenta il necessario contrappeso, ma anche, ad un tempo, la garanzia dell'indipendenza e dell'autonomia della magistratura.

Completa il volume la Parte Settima, intitolata «*Oltre la cronaca: la rappresentazione del processo penale nel cinema e nelle altre arti*», che riserva uno spazio agli aspetti che vanno appunto «oltre la cronaca» e gli stretti confini del diritto, approfondendo il tema della rappresentazione del processo penale e dei suoi protagonisti (giudici, pubblici ministeri, avvocati ed imputati) nel cinema italiano del Novecento e, più in generale, nelle altre forme artistiche (letteratura e teatro, arti figurative, televisione).

Insomma, l'indagine curata da Nicola Triggiani si presenta come un'opera davvero originale, per impostazione, taglio e contenuti, destinata senza dubbio a porsi come punto di riferimento nell'acceso dibattito sulle complesse e delicate problematiche relative ai rapporti tra informazione e giustizia penale.

Mentre sembrano già prospettarsi all'orizzonte nuove possibili modifiche normative, resta fondamentale, come nota il Curatore nelle battute finali della sua Introduzione, il richiamo alla deontologia e al senso di responsabilità degli operatori della giustizia e dell'informazione, ma soprattutto auspicabile «un'autentica "rivoluzione culturale", capace di coinvolgere *media*, magistratura e società».

Dorella Quarto

Il presente volume è stato chiuso per la pubblicazione in data
31 dicembre 2022
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
<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni>
digitali ed è composto di 357 pagine.

ISBN 9788894665130