



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 2023

ANNO XI

DEL DIPARTIMENTO JONICO



ISBN 9788894665161

DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Paolo Pardolesi

DIRETTORE ANNALI

Paolo Stefanì

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Gabriele Dell'Atti, Fabio De Matteis

COMITATO SCIENTIFICO

Elio Borgonovi, Rosa Calderazzi, Silvana Filomena Cecinaro,  
Cristiano Cincotti, Laura Costantino, Ivan Demuro, Nicola  
Fortunato, Andrea Lovato, Benjamin Peñas Moyano, Mario Ricca,  
Carmela Ventrella

COMITATO EDITORIALE

Patrizia Montefusco (Coordinatrice), Cosimo Abene, Anna Bitetto,  
Lucianna Cananà, Giuseppe Liverano, Francesco Sporta Caputi

COMITATO DI REDAZIONE

Debora Cazzetta, Maria Di Maggio, Filomena Pisconti, Mario Santoro,  
Anna Tataranni, Pierluca Turnone

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](mailto:annali.dipartimentojonico@uniba.it)

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099

7340595

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

ANNOXI  
**ANNALI 2023**  
DEL DIPARTIMENTO JONICO



# INDICE

GLI AUTORI	4
SAGGI	6
MARIO ANGIULLI <i>Abbattimento di inquinanti di produzione e bonifica dei siti contaminati nella dimensione della “fiscalità ecologica circolare” per la creazione di una eco - città (TARANTO). Tipologia di un intervento</i>	7
ANNA BITETTO <i>Diritto all’oblio oncologico: meglio tardi?</i>	23
FILIPPO BONIN <i>Concreta operatività e impatto storico della disciplina delle seconde nozze nel contesto della legislazione caducaria</i>	34
VALERIA CASTELLI <i>Doppia transizione ecologico digitale delle imprese: alcune riflessioni sull’impatto della stessa su doveri e responsabilità del management</i>	49
GIUSEPPE CHIARELLI <i>I riflessi del principio costituzionale di equilibrio di bilancio sull’azione amministrativa</i>	59
PAOLO CIOCIA <i>Le parole del diritto ed il principio di affidamento nella sicurezza giuridica</i>	70
CLAUDIO D’ALONZO <i>L’esperto nella composizione negoziata</i>	83
ROSA STELLA DE FAZIO <i>Aspetti giuridici della tutela dell’alto mare nel trattato delle Nazioni Unite</i>	94
GABRIELE DELL’ATTI <i>Spunti di riflessione sulla natura del protocollo di conduzione della composizione negoziata della crisi e sul ruolo dell’esperto</i>	110
ROSA MARIA GERACI <i>Il ricorso straordinario per eseguire le sentenze della Corte Edu</i>	118
MARIA LUISA LO GIACCO <i>Libertà religiosa, matrimonio omosessuale e affido di minori. La decisione della corte suprema U.S.A. Fulton v. City of Philadelphia</i>	141

FLORIANA LUISI, OLGA MARIA STEFANIA CUCARO <i>La comunicazione della Corporate social responsibility via social media: l'esperienza italiana nel settore delle utilities</i>	153
PIERO MARRA <i>Deontologia forense e "fides"</i>	174
PIERLUCA MASSARO <i>Le organizzazioni criminali straniere in Italia e la questione del metodo mafioso</i>	180
BARBARA MELE <i>I clienti attivi tra diritto dell'Unione europea e Diritto nazionale</i>	193
CONCETTA MARIA NANNA <i>Assegno di divorzio, funzione compensativa ed autodeterminazione degli ex coniugi: un'analisi comparativa</i>	206
PAOLO PARDOLESI <i>Il processo di metabolizzazione del flusso giuridico del trust</i>	216
MICHELE PEPE <i>Il Corpus iuris canonici nella Biblioteca di Storia del diritto dell'università di Bari: incunaboli e cinquecentine</i>	225
FRANCESCO PERCHINUNNO <i>Il referendum abrogativo: the dark side of democracy</i>	245
ERIKA PRADO RUBIO <i>Philip ii's legislation for the maintenance of public order in the Hispanic Netherlands</i>	265
MARIA ELENA QUADRATO <i>Sull'accomodamento ragionevole</i>	286
IVANO SASSANELLI <i>I Diritti Umani nella prospettiva della Semioetica e dell'Ecologia integrale</i>	306
MARIA LAURA SPADA <i>La custodia dei beni immobili pignorati nel decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149</i>	318
FRANCESCO SPORTA CAPUTI <i>L'abuso di posizione dominante e gli strumenti di regolamentazione preventiva introdotti dal Digital Market Act (Reg.to UE n. 2022/1925)</i>	330
PAOLO STEFANI <i>Accompagnare, discernere, integrare. il regolamento della arcidiocesi di Trani – Barletta– Bisceglie istitutivo del "Servizio diocesano per l'accoglienza dei fedeli separati"</i>	360
MARIO TAGARELLI, GIAMMARIA ZILIO <i>Le forme di semplificazione dei costi nel ciclo di programmazione 2021-2027 a sostegno dei sistemi di gestione e rendicontazione: la normativa sui fondi SIE</i>	373

## VITA ACCADEMICA

DANILA CERTOSINO	
<i>Vittime di reato con status migratorio irregolare e modalità di accesso alla giustizia penale</i>	392
LORENZO PULITO	
<i>Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico sovranazionale</i>	402
ANGELICA RICCARDI	
<i>La certificazione dei contratti di lavoro</i>	413
MARIA LAURA SPADA	
<i>Principio di diritto e funzione nomofilattica</i>	421

## PROPOSTE DI LETTURA

DORELLA QUARTO	
Lorenzo Pulito, <i>Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie</i> , Cacucci, Bari, 2023, pp. 296.	433
NICOLA TRIGGIANI	
Nicolangelo Ghizzardi, Arturo Guastella, <i>Taranto tra pistole e ciminiere, ieri e oggi. Storia di saghe criminali</i> , Icaro Libri, Lecce, 2023, pp. 323.	439

## GLI AUTORI

MARIO ANGIULLI – *Dottore di Ricerca in Pubblica Amministrazione dell'Economia e delle Finanze*

ANNA BITETTO – *Ricercatore a tempo indeterminato di Matematica finanziaria, Università di Bari Aldo Moro*

FILIPPO BONIN – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto romano, Università di Bari Aldo Moro*

VALERIA CASTELLI – *Dottore in Diritti, economie e culture del Mediterraneo, Università di Bari Aldo Moro*

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

GIUSEPPE CHIARELLI – *Docente a contratto di Istituzioni di Diritto amministrativo, Università di Bari Aldo Moro*

PAOLO CIOCIA – *Docente a contratto di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Milano*

OLGA MARIA STEFANIA CUCARO – *Dottore in Economia aziendale, Università di Bari Aldo Moro*

ROSA STELLA DE FAZIO – *Assegnista di ricerca in Diritto internazionale, Università di Bari Aldo Moro*

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

ROSA MARIA GERACI – *Professore Associato di Diritto processuale penale, Università di Bari Aldo Moro*

MARIA LUISA LO GIACCO – *Professore Associato di Diritto ecclesiastico, Università di Bari Aldo Moro*

FLORIANA LUISI – *Ricercatore a tempo indeterminato di Economia aziendale, Università di Bari Aldo Moro*

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

PIERLUCA MASSARO – *Professore Associato di Sociologia giuridica, della devianza e mutamento sociale, Università di Bari Aldo Moro*

BARBARA MELE – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto Commerciale, Università di Bari Aldo Moro*

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

PAOLO PARDOLESI – *Professore Ordinario di Diritto privato comparato, Università di Bari Aldo Moro*

MICHELE PEPE – *Docente a contratto di Stori del diritto italiano, Università di Bari Aldo Moro*

FRANCESCO PERCHINUNNO – *Ricercatore a tempo indeterminato di Diritto costituzionale, Università di Bari Aldo Moro*

ERIKA PRADO RUBIO – *Profesora contratada doctor, Universidad Rey Juan Carlos*

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

MARIA ELENA QUADRATO – *Professore associato di Diritto privato, 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*

IVANO SASSANELLI – *Professore incaricato di Diritto canonico, Facoltà Teologica Pugliese di Bari*

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

FRANCESCO SPORTA CAPUTI – *Ricercatore a tempo determinato di Diritto commerciale, Università di Bari Aldo Moro*

PAOLO STEFANI<sup>7</sup> – *Professore Associato di Diritto ecclesiastico e canonico, Università di Bari Aldo Moro*

MARIO TAGARELLI – *Docente a contratto di Programmazione e controllo, Università di Bari Aldo Moro*

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

GIAMMARIA ZILIO – *Docente a contratto di Metodologie e determinazione quantitativa di azienda, Università di Bari Aldo Moro*



## SAGGI

Mario Angiulli

ABBATTIMENTO DI INQUINANTI DI PRODUZIONE E BONIFICA DEI SITI  
CONTAMINATI NELLA DIMENSIONE DELLA “FISCALITÀ ECOLOGICA  
CIRCOLARE” PER LA CREAZIONE DI UNA ECO - CITTÀ (TARANTO).  
TIPOLOGIA DI UN INTERVENTO\*

ABSTRACT

L'autore propone un piano di risanamento della città di Taranto, contaminata dagli inquinanti di produzione dell'area industriale e portuale. Nella dimensione della “fiscalità ecologica circolare” l'indagine si avvale della comparazione con le politiche ecologiche dei Paesi comunitari ed extracomunitari che, attraverso *green taxes* ed ecoincentivi, hanno promosso processi rigenerativi di economia circolare per l'utilizzo ottimale delle risorse.

The Author proposes a recovery plan for Taranto, a city heavily burdened with pollution from industrial and harbor districts. In the perspective of “circular ecological tax system”, an analysis of ecological policies of EU and extra EU countries comparatively assesses how green taxes and ecological stimuli have promoted the optimal use of funds devoted to green regeneration processes.

PAROLE CHIAVE

Abbattimento di inquinanti di produzione – bonifica dei siti contaminati – fiscalità ambientale circolare

Cutting of industrial pollutants – Decontamination of polluted lands – Circular ecological tax system

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. L'abbattimento degli inquinanti di produzione nei processi di “fiscalità circolare”. – 3. Fiscalità green e sostenibilità ambientale nel governo del territorio: modelli a confronto. – 4. L'incentivazione del riciclo delle plastiche in mare. – 5. La creazione di aree green come strumento naturale di depurazione di CO2 – 6. Il Fisco al servizio del territorio nelle “missioni” del Recovery Plan.

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

1. La ricerca<sup>1</sup> propone un piano di risanamento della città di Taranto, contaminata dagli inquinanti di produzione dell'area industriale e portuale. Nella dimensione della "fiscalità ecologica circolare", il progetto attribuisce assoluta priorità:

- a) all'abbattimento di detti inquinanti;
- b) alla bonifica dei siti contaminati con recupero di materie prime e produzione di energia totally green, senza escludere il riciclo delle plastiche in mare;
- c) alla creazione di aree "green" per una eco-città.

L'indagine, nel riservare particolare attenzione alla incentivazione della produzione di energia pulita da fonti rinnovabili, si avvale della comparazione con le politiche ecologiche di Paesi comunitari: Svezia, Danimarca, Olanda ed extracomunitari: Giappone, Perù, Uruguay che, attraverso green taxes ed ecoincentivi, hanno promosso processi rigenerativi di economia circolare per l'utilizzo ottimale delle risorse.

Nell'attuale quadro dell'economia, colpita dall'emergenza Covid, Mario Angiulli si sofferma sui nuovi elementi di capacità contributiva, che pongono il Fisco al servizio del territorio nelle "missioni" del Recovery Plan. In tale ottica propone l'adozione di un sistema fiscale che trasferisca il carico fiscale dal lavoro alle risorse non rinnovabili e ai rifiuti non riciclati, considerando emergenze prioritarie:

1 – L'abbattimento degli inquinanti di produzione dei complessi industriali (Stabilimento ex ILVA, Raffineria ENI), con utilizzo della manodopera già impiegata.

2 – La bonifica dei siti contaminati e dell'area portuale (polietilene, prodotti siderurgici e residui di carburazione dei mezzi di imbarcazione, specie di vecchia generazione). L'Autore propone l'attribuzione della qualifica di operatori ecologici del mare ai pescatori, incaricati di "ripescare" gli attrezzi da pesca abbandonati ed i rifiuti scaricati in mare, in collaborazione con le associazioni no profit, dedite alla rimozione delle plastiche dai litorali, che possano coinvolgere le scolaresche nelle operazioni di salvaguardia.

3 – Il sostegno alle imprese colpite dall'emergenza COVID 19 che, nel corso del 2020, abbiano subito una perdita di fatturato di almeno il 50% rispetto al 2019 con riduzione dell'IVA sui servizi "ad alta intensità" di lavoro, l'azzeramento della TARI per il periodo di inattività e l'attribuzione di benefici interinali, dettati dalla natura del settore per favorire la ripresa, quali, ad esempio, la sospensione dell'IMU, della tassa tavolini e del canone RAI per locali, ai sensi del DPCM maggio 2021 n. 73, convertito nella Legge 23 luglio 2021, n.106 nell'ambito dei provvedimenti di politica emergenziale come poi attuato dal MEF<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> L'obiettivo della presente ricerca è lo sviluppo della "fiscalità ambientale circolare" con riferimento al progetto Taranto, <http://projects/taranto-tecnologie-e-processi-1%E2%80%99abbattimento-di-inquinanti-e-la-bonifica-di-siti> ; <http://www.cnr.it>

<sup>2</sup> Di grande interesse il contributo di G. Cordini, *Riflessioni in tema di ambiente, salute e diritto alla luce delle trasformazioni indotte dalla pandemia diffusa dal Covid-19*, in A. Miceli (a cura di), *Dalla pandemia da Covid-19 una sfida per un mondo più a misura di persona*. Seconda Edizione, Dida, Formello, 2021, pp. 172-189.

4 – L’incentivazione dell’edilizia sostenibile nel centro storico della città mediante ricorso agli ecobonus per il ripristino energetico da fonti rinnovabili, con l’impiego delle maestranze locali.

5 – La creazione e ricostituzione di aree green con utilizzo di manodopera locale anche in ordine all’indotto.

6 – Dette priorità, promosse dal formulato piano di risanamento, sembrano conformi agli obiettivi del Recovery Plan laddove destina al Sud le maggiori risorse: il polo del rivolgimento potrebbe iniziare da Taranto, città epicentro del Mediterraneo, che potrebbe diventare, anche in virtù del patrimonio archeologico e dell’industria croceristica, la nuova “Alessandria” dei tempi moderni.

2. L’articolo 32 della nostra Costituzione tutela il diritto alla salute come “fondamentale diritto dell’individuo e interesse della collettività”, nell’ambito delle misure di salvaguardia introdotte dalla riforma del 2001 del Titolo V<sup>3</sup>.

Tal diritto postula adeguata protezione considerando l’attuale degrado dell’ecosistema, causato:

a) dalla incontrollata crescita degli inquinanti di produzione, ivi compreso qualsiasi tipo di acque reflue derivanti da attività commerciali o di produzione di beni;

b) dall’immane quantità di rifiuti, favorita dalla crescita dei consumi e dalla progressiva concentrazione della popolazione in agglomerati urbani<sup>4</sup>;

c) dalla deforestazione, che continua a privare l’habitat del più efficace strumento naturale di depurazione di CO<sub>2</sub><sup>5</sup>, causando cambiamenti climatici dannosi per gli ecosistemi.

<sup>3</sup> Art. 117, lettera s) tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali. In dottrina cfr. G. Cordini, *Il costituzionalismo ambientale: nuove prospettive di diritto comparato. Riflessioni finali*, in D. Amirante, R. Tarchi (a cura di), *Il costituzionalismo ambientale tra antropocentrismo e biocentrismo. Nuove prospettive di diritto comparato*, DPCE, Volume 58, 2023, pp. 973 ss.; ID *The Environment Contemporary Constitutionalism*, in K. Gromek-Broc (eds), *Regional Approaches to the Energy Transition. A. Multidisciplinary Perspective*, Springer 2023, pp. 7 ss.

<sup>4</sup> In ordine alla nozione di rifiuto per l’assoggettabilità al prelievo cfr. M. Angiulli, *Oneri fiscali di salvaguardia ambientale nella gestione dei rifiuti in Person and family – Persona e famiglia*, O. Bucci, F. Lempa (a cura di) Taranto-Warszawa, ed. Varmence, 2009, pp. 161-182. E, in relazione agli strumenti fiscali di sostegno alla gestione dei RAEE (Rifiuti di apparecchiature elettriche ed elettroniche) nei processi di economia circolare a favore dell’ambiente, dello stesso Autore cfr. *Strumenti fiscali di sostegno alle politiche ambientali sui rifiuti. La gestione dei RAEE negli obiettivi di governo del territorio*, consultabile nel sito [www.annalidipartimentojonico.org](http://www.annalidipartimentojonico.org) 2016, pp. 13-25.

<sup>5</sup> In ordine alle politiche ambientali di incentivazione della forestazione, in linea con “l’utilizzazione accorta e razionale delle risorse naturali” raccomandata dall’UE, cfr. M. Angiulli, *Aree deforestate e provvidenze di salvaguardia territoriale per mancato reddito*, consultabile nel sito <http://edizionidjsge.uniba.it/>, Annali 2018 Dipartimento Jonico Università degli studi di Bari Aldo Moro, pp. 1-9.

Nel contesto territoriale l'area dello stabilimento siderurgico ex Ilva di Taranto<sup>6</sup> è all'esame delle politiche ecologiche per l'alto tasso di inquinamento, fautore di correlate patologie e decessi<sup>7</sup>.

Necessita un processo di decarbonizzazione ovvero un processo di riduzione del rapporto carbonio – idrogeno nelle fonti di energia al fine di diminuire le emissioni di odori e polveri sottili, ovvero particelle con  $d \leq 10$  micrometri (PM 10) e, più fini, con  $d \leq 2,5$  micrometri (PM 2,5). Nelle polveri sottili è stata individuata una concausa di Asma, Broncopneumopatia Cronica Ostruttiva e altre malattie dell'apparato respiratorio, ma anche delle malattie cardiovascolari su base aterosclerotica. In particolare, uno studio coinvolgente circa 600 città in tre continenti ha documentato che un aumento di 10 mcg/m<sup>3</sup> del PM 2,5 sono 0,68%, 0,55% e 0,74% (Liu C et al. *N Engl J Med* 2019; 381:705-15). Inoltre, l'interazione tra fattori climatici e polveri sottili produce effetti importanti sulla salute. Nello studio sopra citato il danno legato all'incremento di PM 10 e PM 2,5 risulta più evidente con l'aumentare della temperatura media delle città. Nell'insieme l'entità del danno è tale da avere indotto l'Organizzazione Mondiale della sanità a promulgare linee di indirizzo atte a contenere l'esposizione agli inquinanti (WHO air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide: global update 2005: summary of risk assessment. Geneva: World Health Organization, 2006). L'interazione particolato – temperatura rende i cittadini di Taranto particolarmente vulnerabili al danno da inquinamento.

Il piano di risanamento della città comporta, pertanto, l'esame delle tecnologie innovative e funzionali a generare energia rinnovabile attraverso la bonifica dei siti contaminati con recupero di materie prime e produzione di energia totally green, in linea con le direttive comunitarie: si veda il progetto danese carbon-free, che prevede la riduzione di CO<sub>2</sub> nel 2030 e l'azzeramento nel 2050 con la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili. La previsione è finalizzata all'obiettivo di far diventare

<sup>6</sup> Sulla nascita dello stabilimento Italsider di Taranto v. Mat. Pizzigallo, *Storia di una città e di una "fabbrica promessa": Taranto e la nascita del IV Centro siderurgico (1956-1961)*, in *Analisi storica*, a. VI, n. 12-13, gennaio-dicembre 1989, pp. 61-130. Sullo stesso tema v. *Le visite istituzionali a Taranto (1964-1967)*, in "Taranto città a me cara..." *Moro e Taranto: dagli anni della giovinezza alle visite istituzionali*, Comitato per le celebrazioni in Taranto del centenario della nascita di Aldo Moro 1916-2016 (a cura di), Stampasud, Mottola, settembre 2017, pp. 178-234.

<sup>7</sup> Il tasso di inquinamento è correlato anche alle emissioni del complesso petrolchimico dell'ENI e ai rifiuti dell'Area Portuale, contaminata da oli e petroli sversati in mare da imbarcazioni e natanti di vecchia generazione. Le operazioni e i servizi portuali offerti dalle Autorità del settore promuovono la realizzazione di interventi di bonifica, ambientalizzazione e riqualificazione di Taranto (dettati dalla legge di riferimento, ancora in vigore, legge 4 ottobre 2012 n. 171 – conversione in legge del decreto – legge 7 agosto 2012, n.129). Ma, nel riferimento alle politiche ecologiche comunitarie illustrate nel 1° WORKSHOP GIFT 2.0 (La politica europea in materia portuale e dei trasporti, <https://www.port.taranto.it>) l'effettività delle disposizioni necessita di una coesione "mirata" tra le Istituzioni. In dottrina cfr. A.F. Uricchio, *L'emergenza ambientale a Taranto: le risposte del mondo scientifico e l'attività del polo "Magna Grecia"*, Università degli Studi di Bari Aldo Moro, Collana del Dipartimento Jonico DJSGE, Cacucci Editore, Bari 2014, pp. 19 – 22, 87 – 109.

nel 2025 Copenaghen, favorita peraltro da locomozione non inquinante, prima città del mondo carbon neutral ovvero a impatto ambientale 0<sup>8</sup>.

Nella bonifica dei siti contaminati in esame prioritaria risulta l'opportunità di decarbonizzazione per la produzione di acciaio.

La tabella di marcia europea per l'idrogeno, così come altri recenti studi dell'Agenzia Internazionale dell'energia (IEA) e dell'Agenzia Internazionale per le energie rinnovabili (IRENA), identificando l'acciaio come uno dei settori di punta per l'utilizzo dell'idrogeno, consentirebbe all'idrogeno elettrolitico verde di sostituire completamente il gas del forno a coke; l'obiettivo a lungo termine renderebbe l'idrogeno una soluzione economica per l'industria siderurgica. In ordine ai piani per la siderurgia sostenibile e la decarbonizzazione dell'industria pesante, il nostro paese vorrebbe destinare all'acciaio verde 5 miliardi di euro, grazie alle risorse messe a disposizione dal Recovery Fund secondo la bozza di piano del Governo. In tale ambito l'esperienza comunitaria offre il modello della prima acciaieria pilota progettata dalla Svezia. L'impianto è il frutto di una joint-venture tra le aziende svedesi con attività preminenti nel paese scandinavo, che si propone di sostituire il carbon-coke, tradizionalmente necessario per la produzione di acciaio, con elettricità e idrogeno. In Italia Enel ed Eni, in ordine alle priorità relative al Recovery Fund, hanno evidenziato la necessità di produrre energie rinnovabili per fornire idrogeno.

La riconversione a gas dell'Ilva di Taranto si può fare – afferma Federico Testa, Presidente dell'ENEA (Agenzia Nazionale per le nuove tecnologie, l'energia e lo sviluppo economico sostenibile) – nel Convegno sul tema “Next Energia<sup>9</sup>” ma ci sono due elementi da considerare con attenzione: i costi, che solo per la gestione salirebbero di un centinaio di milioni e la procedura di gara per la cessione dell'azienda, che si avvia ormai alla fase finale.

L'ENEA – ha precisato il relatore - per il tema della decarbonizzazione dell'ILVA ha incaricato i suoi tecnici ai fini di un approfondimento specifico. La Regione Puglia ha compiuto uno studio che prevede una totale riconversione a gas del siderurgico con

<sup>8</sup> Sul tema cfr. Il progetto Taranto a cura del Prof. V.F. Uricchio (CNR), presentato in Senato nel volume *Bonifica dei siti inquinati*, Roma 22 novembre 2019, <http://www.irsa.cnr.it/index.php/ita/news/item/410-presentazione-in-senato-del-volume-sigea-dedicato-alla-bonifica-dei-siti-inquinati> Il problema dell'inquinamento, tutt'ora irrisolto, ha avuto una enorme rilevanza nell'opinione pubblica divisa tra efficienza di una struttura di grande rilevanza per l'economia cittadina e il problema della salute. Particolarmente sensibile ad una rapida quanto difficile soluzione, Delio De Martino, nel suo avvincente racconto “*La Sirena dei due mari*”, Aracne Editrice, Roma 2018, sottolinea il valore prioritario di una rinascita culturale della città Jonica. Su detta materia una giornata di studio multidisciplinare è stata organizzata da Mario Angiulli, in data 14 luglio 2019, nell'Azienda di Famiglia in Martina Franca. In dottrina vedi G. Cordini, *Antropocentrismo, ecocentrismo e sviluppo sostenibile: profili giuridici*, in G. Cordini (a cura di), *L'Europa e l'ambiente*, ESI, Napoli 2021, pp. 69 – 79. ID, *Ambiente e sviluppo: apporti scientifici, nuove tecnologie e norme tecniche*, in *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, Egea, Milano 2023, Vol. II, pp. 892- 900.

<sup>9</sup> Il Convegno, con focus sulle energie rinnovabili e la decarbonizzazione del Siderurgico, è stato promosso da “Nextlaw Avvocati”, Bari 2017, <https://www.enea.it>

due impianti da 2,5 milioni di tonnellate ciascuno, 1,2 miliardi di investimento e 18 mesi di lavori. L'ENEA voleva verificare se l'idea della Regione Puglia fosse conveniente e il responso dei tecnici è stato favorevole, ma i costi di gestione crescevano in modo significativo: di qualche centinaio di milioni di euro. Ci sono altri due elementi da considerare: la riconversione a gas comporta l'arresto del funzionamento dell'acciaiera per un periodo non breve – e questo costituisce un altro elemento di costo<sup>10</sup> – e oggi ci sono tecnologie che, pur non utilizzando il gas, permettono comunque di ridurre l'impatto inquinante e di migliorare la sostenibilità ambientale della produzione dell'acciaio. Nel caso della decarbonizzazione dell'ILVA, secondo Federico Testa, bisogna analizzare tre aspetti: una responsabilità tecnica, una ambientale e una economica. Dal punto di vista della sostenibilità ambientale nessun dubbio: si può usare una fonte meno inquinante e questo è sempre auspicabile. Tecnicamente, inoltre, si può produrre l'acciaio non usando il carbone. C'è poi il terzo fattore, quello economico: allo stato attuale delle tecnologie, produrre acciaio senza usare il carbone ma utilizzando altre materie prime costa molto, in quanto lo sfruttamento irrazionale di risorse primarie sta comportando il progressivo esaurimento delle stesse.

Il tema – aggiunge Testa – deve essere valutato dalla politica per capire se le centinaia di milioni di euro che servirebbero per questa operazione debbano essere allocate in questo progetto o utilizzate per altro. Un ulteriore elemento da considerare è quello dei tempi necessari per la riconversione che potrebbero essere molto lunghi. Anche in questo caso è la politica che deve fare una valutazione nel merito dopo aver analizzato tutti gli aspetti necessari per assumere una decisione così importante.

Legambiente è contraria alla conversione a gas dell'impianto siderurgico e propende per la tecnologia al forno elettrico, ad arco elettrico o ad induzione. L'arco elettrico fornisce energia per portare il ferro a 2000° centigradi e così liquefarlo.

Di particolare interesse l'utilizzo dei reflui e biomasse nel ricorso alla digestione anaerobica, processo biologico complesso per mezzo del quale, in assenza di ossigeno la sostanza organica viene trasformata in biogas, costituito principalmente da metano, anidride carbonica e altri gas tra cui l'idrogeno. Le acque reflue, distinte dal codice ambientale 2006 (D.lgs 3/4/2006, n.152) in acque reflue domestiche (acque reflue provenienti da insediamenti di tipo residenziale), in acque reflue industriali (acque reflue provenienti da edifici in cui si svolgono attività commerciali o di produzioni di beni) e in acque meteoriche di dilavamento, concorrono alla classificazione delle acque

<sup>10</sup> Il TAR di Lecce, con sentenza del 13 febbraio 2021, ha respinto il ricorso presentato avverso l'ordinanza del Sindaco di Taranto dalla Arcelor Mittal, ordinando alla stessa di spegnere gli altiforni dell'Italsider. La Società ha proposto ricorso al Consiglio di Stato per la revoca della decisione del TAR. In ordine alle responsabilità penali, a seguito del pluriennale contenzioso "Ambiente svenduto", con pronuncia del 31 maggio 2021 la Corte di Assise del Tribunale di Taranto ha disposto la confisca dell'area a caldo. Ultimamente il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento della sentenza del TAR di Lecce relativa allo spegnimento di tale area.

reflue urbane come miscuglio di tutte le acque reflue convogliate in reti fognarie<sup>11</sup>. Le acque reflue vengono trattate in appositi impianti di depurazione<sup>12</sup>; l'elevata temperatura consente la produzione di fanghi di depurazione. Questi fanghi producono metano che, unendosi all'anidride carbonica e ad altri gas genera biogas. Il biogas può essere usato come combustibile sostituendo i combustibili fossili: carbone e petrolio, inquinanti e in via di esaurimento.

3. L'analisi dell'utilizzo rigenerativo delle risorse nella dimensione della "fiscalità ecologica circolare" si avvale della comparazione con i modelli in vigore nei Paesi comunitari, favorevoli alle misure innovative di sostenibilità ambientale.

Nel confronto con detti Paesi la Danimarca, nel passaggio da un sistema di economia lineare rappresentato dall'incenerimento dell'indifferenziato ad un sistema di economia circolare sotteso all'utilizzo delle risorse, offre un modello di riciclaggio applicabile ad altri contesti territoriali. In tale ambito il consumatore lascia all'atto dell'acquisto del prodotto una cauzione di poche corone per il contenitore, che è recuperabile con l'emissione di una bolla di restituzione del denaro tramite sconto sulla spesa. Il beneficio è concesso ai prodotti nazionali; la plastica, il vetro e il metallo sono rifondibili e per fusione si rigenerano al 100% mentre i prodotti esteri in plastica vanno a finire nell'indifferenziata. Ciò per favorire i prodotti interni<sup>13</sup>.

Tra i Paesi extracomunitari anche il Giappone si avvale di politiche ecologiche che consentono al governo centrale di supportare i governi locali per creare un'area green (eco-città). In detta area lo 0 rifiuti è promosso attraverso operazioni di riciclaggio e scambio di sottoprodotti industriali.

Difficoltà invece si ravvisano per l'effettivo passaggio da modelli di economia lineare a modelli di economia circolare nelle fasi di attuazione delle politiche ecologiche del governo neozelandese, nonostante la Nuova Zelanda abbia sottoscritto l'Accordo di Parigi e degli Obiettivi di sviluppo sostenibile (SDG) delle Nazioni Unite.

<sup>11</sup> V. per la definizione di acque reflue domestiche, industriali e urbane l'art. 74 del codice ambientale 2006, comma 1°, lettere g), h), i); per la nozione di scarico v. la lettera d). Detta normativa è funzionale al criterio prevalente di derivazione promosso dalla disciplina regionale. In ordine ai profili fiscali cfr. M. Angiulli, *Il servizio idrico integrato. Sistema tariffario e obbligo dei canoni per fognatura e depurazione*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto, Università degli Studi di Bari, Anno II, Cacucci Editore 2009, pp. 15-35.

<sup>12</sup> In ordine alle tecniche di depurazione, la nuova tecnologia adottata dall'impianto SBBGR (Sequencing Batch Biofilter Granular Reactor), con sede a Putignano, in provincia di Bari, è risultata funzionale alla riduzione dell'80% del quantitativo di fango sottoposto a trattamento. Gli obiettivi di ricerca del CNR – IRSA nel campo della depurazione delle acque reflue sono stati illustrati nel corso del servizio realizzato da Andrea Bettini per *RaiNews24*, trasmesso in occasione della Giornata Mondiale dell'Acqua 2020.

<sup>13</sup> Si ringrazia Chiara De Franco, Professore Associato di Politiche Internazionali, Università della Danimarca del Sud, per aver indirizzato la presente ricerca in una più ampia prospettiva, <https://orcid.org/0000-0001-9308-3148>



Il Tax Working Group<sup>14</sup> ha ravvisato nel sistema fiscale lo strumento adeguato per incentivare la transizione dai modelli tradizionali di economia lineare a nuovi modelli di economia circolare. La promozione di una immagine “verde pulita” della Nuova Zelanda deve affrontare importanti problemi ambientali, derivanti in gran parte dall’impiego di pratiche agricole intensive, che attribuiscono all’agricoltura un ruolo di massima rilevanza nell’economia del paese. Il settore agricolo e in particolare gli allevatori del bestiame (in prevalenza specie bovina le cui deiezioni producono gas metano) e gli operatori del settore lattiero-caseario si sono opposti ad una proposta del Governo, avanzata nel 2003 in ordine ad un prelievo sul bestiame per finanziare la ricerca sulla riduzione del metano.

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

Per questi motivi, in alcuni Paesi, tra cui la Spagna, è stato intensificato l’allevamento di specie frugali (ad esempio capre), favorendo la produzione di carni più salutari per la presenza di una discreta frazione di acidi grassi polinsaturi.

Le considerazioni del gruppo di lavoro fiscale sulle tasse verdi nel contesto del modello di economia circolare possono ritenersi valido strumento per le necessarie transizioni ecologiche. Attualmente le cosiddette “tasse verdi” includono prelievi sui rifiuti solidi, smaltimento dei rifiuti e conferimento degli stessi in discarica, ma la principale misura verde è il sistema di scambio di quote di emissioni. Secondo l’Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), la percentuale del reddito della tassa verde del Paese rispetto ad altre entrate è tra le più basse dell’OCSE ed è in calo.

Per incentivare la fiscalità ecologica circolare il Gruppo ha raccomandato le seguenti riforme: a) nel breve termine, rivedere le esternalità negative e rimuovere le concezioni “perverse”, come quelle per le industrie estrattive; b) nel medio termine, riciclare i proventi di una imposta ambientale più ampia per la protezione e il risanamento ambientale; c) nel lungo termine, estendere la base imponibile per sostenere una economia circolare.

Da diversi anni, invece, l’Uruguay sviluppa modelli di economia circolare funzionali alla produzione di energia pulita dalle fonti rinnovabili di cui dispone il Paese.

<sup>14</sup>Il Tax Working Group (Gruppo di lavoro fiscale della Nuova Zelanda), istituito dal governo nel 2017 per considerare il futuro del sistema fiscale neozelandese, ha pubblicato nel 21 febbraio 2019 il rapporto finale *Future of Tax*, ultima importante revisione fiscale dopo le revisioni del 2001 e del 2010, <https://taxworkinggroup.govt.nz/>. Per un ulteriore approfondimento delle problematiche dell’economia del Paese cfr. Barrett, J & Makale, K 2019, *L’ambiente non è un’esternalità: l’economia circolare e il gruppo di lavoro fiscale*, *Journal of Australian Taxation*, vol. 21, n.2, pp. 34-49.

L'impiego del potenziale idroelettrico, in assenza di petrolio e gas, ha promosso rilevanti investimenti nel settore degli impianti eolici, fotovoltaici e di depurazione di biomasse. Nell'ambito delle politiche ecologiche l'adozione di una politica energetica comune ai gruppi partitici, da sostenere sino al 2030, ha consentito il conseguimento di un livello economico tale da ridurre la povertà e aumentare i servizi alla cittadinanza. L'emergenza sanitaria (Covid 19) ha costituito una occasione di "ripensamento" della città nel progetto "Economia circolare e città verde"<sup>15</sup>.

In Italia l'utilizzo circolare delle risorse biologiche è l'obiettivo dei processi di bioeconomia<sup>16</sup>: il biogas viene dedicato alla produzione di energia elettrica e anche alla produzione di calore per il riscaldamento degli edifici e degli uffici facenti parte dei complessi industriali o di edilizia sostenibile. Nel processo di digestione anaerobica è possibile lo sfruttamento delle biomasse agricole (colture dedicate, scarti dell'agricoltura, scarti dell'agro-industria) e l'utilizzo di reflui zootecnici (liquami e letame suino, lo stallatico bovino genera elevate percentuali di azoto).

Detrazioni fiscali sono garantite a coloro che installano impianti fotovoltaici nei propri edifici. In base alla recente normativa che promuove gli investimenti nel settore dell'edilizia sostenibile<sup>17</sup> – comprensiva di impianti fotovoltaici – gli stessi potranno usufruire del superbonus al 110% oppure del bonus fotovoltaico al 50%. L'Agenzia delle Entrate ha prorogato la detrazione fiscale IRPEF per impianti fotovoltaici al 50% sino al 31/12/2021.

Misure fiscali ecologiche introducono un meccanismo premiale a favore dei consumatori di energia da fonti rinnovabili: il beneficio economico dei Certificati Verdi o della Tariffa Omnicomprensiva. I Certificati Verdi, titoli negoziabili sul mercato elettrico, emessi e controllati dal gestore dei servizi elettrici nazionale GSE, hanno lo scopo di incentivare la produzione di energia elettrica da fonti rinnovabili e di attestare la provenienza di quest'ultima da impianti alimentati da tali fonti: quali il sole, il vento, le risorse idriche. In particolare negli ultimi quattro anni l'energia solare ha subito un forte incremento specie nel parco fotovoltaico grazie ad un meccanismo di incentivazione definito Conto Energia, in base al quale l'energia elettrica prodotta viene remunerata con una tariffa vantaggiosa. Per Luca Clarizio di "Next law Avvocati", in una realtà come la Puglia – leader nazionale nel fotovoltaico e nell'eolico – decarbonizzazione, efficientamento energetico del patrimonio immobiliare e ammodernamento dei parchi eolici e fotovoltaici più vetusti rappresentano gli interventi ottimali nell'ambito di una efficace politica regionale energetica per i

<sup>15</sup> Progetto "Economia Circolare e città verdi", IILA, Fondazione Symbola e Globe Italia, Roma, 11 dicembre 2020, IILA (Organizzazione internazionale italo – latinoamericana) <https://www.iila.org>

<sup>16</sup> Cfr. sul tema il secondo Rapporto del "Circular Economy Network 2020", realizzato con l'Enea, [www.fondazionevilupposostenibile.org](http://www.fondazionevilupposostenibile.org) ; [www.circulareconomynetwork.it](http://www.circulareconomynetwork.it) .

<sup>17</sup> La legge di bilancio 2021 (30/12/2020 n. 178) proroga le detrazioni fiscali al 31 dicembre 2021 per le ristrutturazioni per l'efficienza energetica degli edifici (Ecobonus) e per le ristrutturazioni (Bonus casa) in relazione alle spese sostenute dal 1 gennaio al 31 dicembre 2021, [efficienzaenergetica.enea.it](http://efficienzaenergetica.enea.it) Il beneficio è stato ulteriormente prorogato con modifiche e integrazioni.

prossimi anni, che escluda presunte violazioni della tutela del paesaggio derivanti dall'allocazione delle pale eoliche. Si auspica che la futura disciplina del settore ne potenzi invece l'impiego, favorito dalla conformazione geografica della regione – la Danimarca ha puntato sull'eolico anche nel mare, poiché il Paese non dispone di aree sufficienti per l'installazione di detti impianti; l'Olanda, paese altrettanto ventilato, ha impiegato dette risorse anche nei tradizionali mulini a vento –. L'Italia si avvale dell'esperienza “intercontinentale” dell'Ente Nazionale per l'energia elettrica. (ENEL). La società, con la Convenzione tra Roma e Lima del 14 giugno 2018, ha ottenuto la qualifica di principale produttore di energia pulita da fonti rinnovabili nel Perù, promuovendo l'attivazione del più grande parco eolico peruviano in servizio: il Parco Wayra. Il suddetto parco è gestito dalla società controllata da ENEL per le energie rinnovabili (“EGPP” ENEL GREEN POWER PERU), con una presenza in Europa, nelle Americhe, in Asia, in Africa e Oceania. Leader mondiale del settore nell'energia pulita, il gruppo ENEL sviluppa una capacità gestita di circa 42 GW e un mix di generazione che include l'eolico, il solare, la geotermia, le biomasse e l'energia idroelettrica con impiego avanzato di tecnologie innovative in centrali elettriche rinnovabili<sup>18</sup>.

4. Tra i maggiori inquinanti del pianeta sono da annoverarsi le materie plastiche. Tecnologie innovative ne consentono il recupero nella lotta all'inquinamento dei mari. In tale ambito l'impianto Green Plasma può trattare 100 Kg al giorno di plastica raccolta in mare<sup>19</sup>; è molto compatto, può essere montato a bordo di piccole imbarcazioni ed essere utilizzato per la pulizia delle aree portuali. Dopo mesi di test condotti in laboratorio e le prove sperimentali il Green Plasma avvia una nuova fase sperimentale a bordo di una imbarcazione del CNR scegliendo il porto di Ancona, punto di riferimento nel Mediterraneo per la Blue Economy. L'operazione è stata resa possibile dalla collaborazione con il Dipartimento di Scienza della Vita e dell'Ambiente (DISVA) dell'Università Politecnica delle Marche, da anni in prima linea sui temi della sostenibilità e della tutela dell'ambiente marino e in particolare sugli effetti dell'inquinamento da plastica. La sperimentazione raffigura il frutto della sinergia tra Amministrazioni e Università, che hanno sviluppato un modello di economia circolare recuperando dai rifiuti plastici energia pulita a vantaggio dell'ambiente e dell'ecosistema. Il processo di trattamento è molto efficace e produce un syngas molto ricco di idrogeno facilmente convertibile in energia elettrica. Con 50 kg di plastica raccolta all'ora si può produrre il fabbisogno energetico di una cinquantina di abitazioni. Green Plasma è in grado di farlo con un dispositivo che si basa sull'utilizzo della tecnologia di conversione termochimica che, grazie alle alte

<sup>18</sup> <https://www.enelgreenpower.com>

<sup>19</sup> Il primo dicembre 2020, presso il porto di Ancona, è stata promossa la sperimentazione del dispositivo Green Plasma progettato e realizzato da IRIS per produrre energia pulita dai rifiuti raccolti in mare, <https://garbagegroup.it/green-plasma-sbarca-ad-ancona/>.

temperature raggiunte (anche 5 mila gradi), consente di trasformare in gas qualsiasi composto organico separandolo dalla matrice inorganica. Il Green Plasma consentirà di produrre energia elettrica dalle plastiche raccolte in mare, non lascia residuo una volta immessa la plastica e può produrre idrogeno, monossido e metano. Nella bonifica dei siti contaminati l'impianto della Montello SPA con sede a Bergamo, operando per conto del consorzio per il riciclo dei polimeri CO.RE.PLA., attraverso vari passaggi di selezione meccanica, pulizia della plastica, filtraggio e separazione da altri residui non riciclabili, arriva ad ottenere un materiale perfettamente riciclabile: il 75% di detto materiale diventa altra plastica, materia prima seconda che si distingue dalla materia prima vergine, mentre il 25 % viene avviato ai cementifici come carburante (CDR combustibile solido da rifiuto)<sup>20</sup>.

E, sempre in tema di inquinamento dell'ecosistema acquatico, il Gruppo Aquafil ha sperimentato particolari tecniche di riciclo creativo<sup>21</sup>. L'intervento ha consentito il recupero di reti da pesca abbandonate in mare e, attraverso un innovativo processo industriale denominato Econyl Regeneration System, la trasformazione delle stesse in uno speciale filo di nylon completamente rigenerato e pronto per essere utilizzato.

L'azienda dal 2013 porta avanti il progetto "Healthy Seas, a journey from waste to wear" con lo scopo di ripulire i mari con il riciclo delle reti da pesca. Le reti da pesca abbandonate in mare sono pericolose per i delfini, le tartarughe marine e gli uccelli che vi rimangono accidentalmente intrappolati e, se non recuperate, possono rimanere nell'ecosistema per centinaia di anni prima di distruggersi. L'Econyl regeneration system è l'unico processo che permette ad Aquafil di produrre il 100% di filato di nylon rigenerato usando materiale di rifiuto anziché di materia prima fossile. Attraverso il processo denominato Econyl Regeneration System, le reti da pesca abbandonate in mare, una volta recuperate, diventano filo di nylon 6 con il quale una stilista ha realizzato un'intera collezione di t-shirt creative e sostenibili. A Carvico insieme a Jersey Lomellina aziende bergamasche, che producono tessuti indemagliabili e a maglia circolare, hanno deciso di riciclare le reti da pesca utilizzando tessuti destinati alla confezione di costumi da bagno. Il nuovo filo di nylon riciclato al 100% è a sua volta riciclabile per infinite volte. Vengono realizzate anche maglie e t-shirt alla moda e altri capi di abbigliamento, calze, biancheria intima e tappeti. Il gruppo FCA ha scelto il nylon riciclato per i sedili della Fiat 500 su una sola versione. Sarà costituito un fondo

<sup>20</sup> Il recupero delle plastiche in mare è atteso incidere molto positivamente sulla salute perché i prodotti ittici sono fortemente contaminati dalla plastica che poi passa nel nostro organismo e ha vari effetti: ad esempio riduce la fertilità ed è cancerogena. In ordine agli effetti dei siti contaminati sulla salute cfr. "Rapporto Rifiuti Speciali ISPRA (Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale), Edizione 2021" protocollo.ispra@ispra.legalmail.it

<sup>21</sup> Nella ottimizzazione dei processi di economia circolare per uno sviluppo sostenibile il gruppo Aquafil, attraverso un innovativo riciclo creativo denominato Econyl Regeneration System, trasforma le reti da pesca abbandonate in mare in uno speciale filo di nylon 6 completamente rigenerato e pronto per essere utilizzato. Dal 2013 l'azienda ha intrapreso il progetto "Healthy Seas, a journey from waste to wear" al fine di ripulire i mari con il riciclo di reti da pesca, <https://www.nonsprecare.it/riciclo-le-reti-da-pesca-abbandonate-in-mare-diventano-abiti-e-tappeti>

Healthy Seas volto alla sensibilizzazione sui temi della salute e della conservazione dei mari, del recupero delle reti da pesca abbandonate sino al finanziamento di progetti locali che supportino concretamente gli obiettivi dell'iniziativa. Lo sviluppo del progetto prevede che i tre fondatori del consorzio aprano ad altri partner sia del mondo profit sia di quello del no profit. Saranno inoltre coinvolte le comunità locali, gli esperti e gli operatori del settore per la creazione di best practices che consentiranno di migliorare il recupero e la rigenerazione delle reti. In parallelo saranno promossi interventi di comunicazione e formazione che stimoleranno l'attenzione di tutte le persone, in particolar modo dei giovani, per la conservazione dell'ambiente e della salute dei nostri mari. Riciclare le reti da pesca potrebbe rappresentare un vantaggio per start-up ed oceani. Le operazioni di smaltimento tradizionale oppure di incenerimento sono limitate e molto costose per cui i pescatori scelgono di lasciare in magazzino le loro reti. Dallo stoccaggio di queste reti deriva disordine ed anche per tutti gli attrezzi da pesca. Infatti circa 705.000 tonnellate di attrezzi vengono persi o gettati in mare ogni anno, causando la morte di 136.000 foche, leoni marini, balene e altri pesci danneggiando così anche il sostentamento economico dei pescatori. Recentemente sono state create alcune start-up per affrontare questo problema, aziende in grado di raccogliere e riciclare i vecchi attrezzi per trasformarli in materie prime da reinserire nel mercato. Attualmente solo due società hanno le tecnologie e le risorse per occupare questo settore: l'italiana Aquafil, produttrice di filati, in esame, e Plastix, società di smaltimento danese. Aquafil ha già riciclato centinaia di tonnellate di attrezzi da pesca collaborando con l'azienda produttrice di tappeti Interface. I pescatori consegnano le reti all'autorità portuale gratuitamente poi i componenti non riciclabili vengono tolti per preparare le reti di nylon al trasporto. Le reti di nylon vengono confezionate in sacchi che pesano dagli 800 ai 1000 chili quando sono pieni e, raggiunto un peso totale di 40.000 tonnellate, vengono spediti. Plastix è in grado di convertire sia il nylon che le reti da traino e i componenti da pesca in metallo, in materie prime preziose in tutti i porti del mondo. L'obiettivo è fermare l'afflusso di rifiuti nell'ambiente marino promuovendo un'economia più verde e circolare nel settore nautico. I costi del trasporto restano infatti un grave problema in quanto i piccoli porti devono pagare molto per spostare le reti nei porti più grandi da cui i riciclatori sono disposti a pagare il trasporto. Nel frattempo si sta diffondendo la consapevolezza del riciclo degli attrezzi da pesca a livello internazionale e stanno nascendo nuovi programmi di certificazione per il recupero. Per incentivare i processi di riciclo creativo la plastic tax introdotta sui prodotti in plastica monouso non è stata prevista per i prodotti compostabili e le plastiche riciclate<sup>22</sup>. Da tali materiali inquinanti è contaminato l'ecosistema acquatico del porto di Taranto.

<sup>22</sup> In ordine alla assoggettabilità al prelievo ambientale di detti materiali plastici cfr. A.F. Uricchio, *Fiscalità alimentare e circolare: problemi e opportunità a seguito dell'introduzione di "Sugar Tax" e "Plastic Tax"*, in *Diritto agroalimentare*, 2020, p. 185.

Di particolare interesse l'opera del POLIECO<sup>23</sup>, che nelle operazioni di recupero e riciclo delle materie plastiche, sottrae detti rifiuti allo smaltimento in discarica, favorendo il risparmio energetico e riducendo le emissioni da mancata produzione industriale. I corsi di formazione hanno sottolineato in chiave green la complessa differenza tra rifiuto e sottoprodotto con particolare riferimento alle aree portuali al fine di prevenire i rischi di una errata valutazione della responsabilità del produttore dei rifiuti. Encomiabile in ogni fase la promozione dell'informazione degli interessati (produttori e collettività), sottesa alla riduzione del consumo dei materiali e alla incentivazione delle forme ottimali di raccolta e di smaltimento<sup>24</sup>.

Sono questi, nella veste di cittadini comunitari, i veri protagonisti del successo della green economy nelle infinite possibilità di applicazione. Alla coscienza ecologica degli stessi è affidata la salute del pianeta.

Le severe sanzioni – previste da un'ampia e diffusa normativa nell'ambito della Comunità europea e recepita dagli Stati nazionali nella declinazione del principio “chi inquina paga” – non riteniamo siano di per sé sufficienti ai fini della tutela dell'ecosistema.

L'intervento della Pubblica Amministrazione, a ristoro del danno da inquinamento, non sempre riesce a risanare in tempi brevi il vulnus che è legato all'economia e alla salute di un numero sempre più elevato di residenti in zone agricole e urbane.

Una maggiore sensibilità, condivisa dalla quasi totalità delle realtà politiche ed istituzionali in ordine alla salvaguardia dell'ambiente e della salute ed una più attenta informazione in ordine ai danni provocati dall'impiego di sostanze nocive hanno la funzione di prevenire azioni e comportamenti che possano, nel lungo periodo, provocare effetti letali al territorio e alla popolazione.

5. La forestazione, ricomprensiva sia degli interventi di messa a dimora sia delle operazioni di miglioramento boschivo, potrebbe costituire un efficace strumento naturale di salvaguardia ambientale nelle aree di interesse dello stabilimento

<sup>23</sup> POLIECO Consorzio Nazionale per il riciclaggio dei rifiuti dei beni a base di polietilene. A detto consorzio sono obbligati ad aderire, ai sensi dell'art. 234 del D.lgs 152/2006, in riferimento ai beni a base di polietilene, i produttori e gli importatori, gli utilizzatori, i riciclatori ed i recuperatori di rifiuti oltre ai soggetti che intendano essere coinvolti nella gestione dei rifiuti stessi di beni a base di polietilene, la più comune tra le materie plastiche. In ordine alla salvaguardia dell'ecosistema acquatico cfr. G. Gallizioli, *La protezione dell'habitat marino nel diritto internazionale*, in Atti del convegno “La realtà culturale nella tutela del paesaggio” Università degli Studi di Bari, Dipartimento di diritto privato, Bari – Taranto 25-26 giugno 2004 Tipografia Aquaro, Martina Franca, Luglio 2005, pp. 13-32.

<sup>24</sup> L'art. 3 del D.lgs n. 39/1997, recependo correttamente l'impostazione del diritto comunitario, seguita dalla direttiva n. 313/1990, ha chiarito che le informazioni ambientali devono essere rese disponibili a chiunque ne faccia richiesta. A fronte di un quadro normativo di estrema chiarezza posto a garanzia dei nuovi diritti dell'età tecnologica, difficoltà sorgono in ordine alla effettività della sua applicazione. In tal senso G. Cordini, *Profili di diritto ambientale comparato*, in G. Cordini, P. Fois, S. Marchisio, *Diritto ambientale, Profili internazionali europei e comparati*, 2a edizione, G. Giappichelli Editore, Torino 2008, pp. 185 e 189; degli stessi Autori cfr. la 3a edizione aggiornata, Giappichelli Editore, Torino 2017, pp. 1-170.

siderurgico ex Ilva di Taranto per la creazione di aree green nella città e nelle zone limitrofe, in conformità agli obiettivi della Green Economy proposti dall'UE<sup>25</sup>: basti considerare che un albero, quale ad esempio, una essenza arborea di alto fusto, nella fase di sviluppo ottimale in un adeguato contesto, può assorbire nell'arco di un anno, un quantitativo di CO<sub>2</sub> variabile dai venti ai quarantacinque Kg<sup>26</sup>. È noto, infatti, che le superfici boscate, al di là delle funzioni produttiva, protettiva, turistico – ricreativa e naturalistica rivestono un ruolo prioritario nel contesto territoriale per gli effetti positivi indotti sull'ambiente di cui sono parte; rilasciano O<sub>2</sub> in atmosfera e fissano la CO<sub>2</sub> dell'aria nei composti stabili del legno, dell'humus e del suolo; partecipano alla riduzione dei gas serra, contribuendo alla filtrazione delle acque di precipitazione, all'abbattimento dei particolati e degli altri inquinanti atmosferici; riducono l'inquinamento acustico.

Come attestato dal Direttore dei lavori<sup>27</sup>, l'Ufficio Ripartimentale Foreste della Provincia di Taranto si è avvalso della mia collaborazione per la realizzazione del progetto di forestazione e ricostituzione boschiva nell'azienda di famiglia sita in linea d'aria nell'area di interesse dell'Italsider<sup>28</sup>, in conformità agli obiettivi di salvaguardia territoriale promossi dall'UE.

<sup>25</sup> Di particolare interesse il progetto Parque-30 di riqualificazione urbanistica della circoscrizione della città di Madrid, che Antonio Giraldo, nella lotta all'inquinamento e al degrado socio-economico del territorio, destina ad area verde con recupero del torrente Abroñigal, 27 maggio 2020, <https://es.linkedin.com/antoniogiraldocapellán> Sul tema cfr. A. Abrami, *Governo e territorio e disciplina giuridica dei boschi e delle aree protette*, II edizione, Aracne, Roma 2017 e dello stesso Autore cfr. *Gli alberi in città o del problema del verde urbano*, consultabile nel sito [pensalibero.it](http://pensalibero.it) – periodico di informazione on line, 27 novembre 2017. Di notevole rilievo nell'ambito delle predette problematiche il contributo di G. Cordini, *Sviluppo sostenibile, protezione della natura e aree protette: profili di diritto pubblico comparato*, in L. Bonizzi, F. Campana e G. Cordini (a cura di), *Il governo dei parchi*, Aracne, Roma 2019, pp. 21 – 56.

<sup>26</sup> In ordine all'assorbimento di CO<sub>2</sub>, rileva, in particolare, l'incidenza – nel contesto territoriale – della specie della pianta, della sua fase di sviluppo, della superficie fogliare, delle condizioni meteorologiche, delle tecniche di gestione. Nella valutazione di tali fattori sarà necessario distinguere l'ambiente rurale dall'ambiente urbano, meno favorevole quest'ultimo ai processi di fotosintesi clorofilliana laddove la vicinanza di varie fonti di inquinamento potrebbe ridurre il tasso di assorbimento anche a soli 5 – 6 kg nell'arco di un anno, [www.reteclima.it/l-albero-mangia-la-co2](http://www.reteclima.it/l-albero-mangia-la-co2). In relazione al metodo di calcolo delle percentuali di assorbimento di CO<sub>2</sub> riferibili alle essenze arboree in ambiente urbano e suburbano cfr. *Voluntary reporting of greenhouse gases. Method for Calculating Carbon Sequestration by Trees in Urban and Suburban Settings*, April 1998 U.S. Department of Energy – Energy Information Administration.

<sup>27</sup> A.M. Castellana, *Il recupero forestale nella salvaguardia dell'ambiente. Tipologia di un intervento*, in Atti del convegno “Ambiente e Territorio”. Università degli Studi di Bari, Dipartimento di diritto privato, Bari-Martina Franca, 4-5 ottobre 2002, Tipografia Aquaro, Martina Franca, settembre 2003 pp. 120-126.

<sup>28</sup> L'impianto di forestazione ha dotato l'azienda di famiglia (masseria Colucci, sita in Strada Monti del Duca 170 Zona G, fra Taranto e Martina Franca), di tredicimilaquattrocento querce, trasformando il contesto territoriale in un ecosistema, che ha promosso la ricostituzione della macchia mediterranea e la ripopolazione faunistica di specie in via di estinzione. L'intervento è stato promosso dal Regolamento CEE 2080/92, recepito dalla Regione Puglia (con il POR Puglia 2000/2006, Misura 1.7 – Incremento e

L'intervento, che ha interessato una superficie complessiva di circa quindici ettari, ha potenziato, a distanza di venti anni dall'impianto (1997-1998), le risorse della silvicoltura favorendo una gestione dello spazio naturale più compatibile con l'equilibrio dell'ambiente.

In relazione all'indotto, anche gli sfalci di potatura possono rientrare in un processo di economia circolare nell'abbattimento degli inquinanti. Ma bisogna verificare preventivamente la sostenibilità finanziaria nel rapporto tra i costi del riciclo, comportante la trasformazione in ecoballe per forni e termocamini e, in alternativa, i costi della triturazione degli stessi con la trinciasarmenti per l'impiego come fertilizzanti. A costo 0, peraltro, per lo stesso utilizzo l'impiego dei residui di combustione del legname dell'azienda (cenere di legna) in un processo di economia circolare, in linea con i canoni dell'agricoltura biologica proposti dalla PAC.

Un meccanismo premiale che coinvolga gli operatori del settore e le Istituzioni nell'accesso ai finanziamenti comunitari e ai benefici potrebbe attribuire gli stessi in ragione dei risultati conseguiti. Ciò ai fini di una migliore gestione del territorio sotto il profilo economico-sociale.

6. L'accesso ai contributi comunitari per il risanamento dell'ambiente attribuisce all'Italia la possibilità di avvalersi dei finanziamenti previsti dal Recovery Fund per far ripartire l'Europa dopo la pandemia del Coronavirus. A tal fine il nostro Paese ha presentato il 22 aprile 2021 alla Commissione il proprio Recovery Plan PNRR, Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, che privilegia la riforma fiscale e la svolta green<sup>29</sup>, con positiva ripercussione sul fattore occupazionale, nelle misure di contrasto alle diseconomie del territorio.

Nelle sei missioni del piano, incentivanti tali obiettivi, rilevano (al punto 1) il Fisco, al servizio del territorio: il Comune di Terlizzi, Comune virtuoso, per sostenere l'economia colpita dall'emergenza COVID 19, ha stanziato "un contributo una tantum di 500 euro in favore di tutti i possessori di partita IVA, con sede operativa a Terlizzi, che nel corso del 2020, avessero subito una perdita di fatturato di almeno il 50% rispetto al 2019". Sulla stessa linea il Comune di Martina Franca, che ha azzerato la Tari per tutte le imprese, le attività commerciali e artigianali costrette alla chiusura a seguito dei vari DPCM dettati dalla politica emergenziale di sostegno<sup>30</sup>; (al punto 2) la rivoluzione verde e la transizione ecologica nel quadro di una "fiscalità ecologica circolare",

Gestione dei Boschi e tutela della Biodiversità del patrimonio forestale) per incentivare gli investimenti destinati ad accrescere la resilienza e il pregio ambientale degli ecosistemi forestali. Le Autorità del settore, deputate all'accertamento dei presupposti per l'accesso ai contributi comunitari, hanno definito la messa a dimora del querceto, "il fiore all'occhiello" nelle misure di salvaguardia ambientale degli impianti dei querceti misti di caducifoglie della murgia tarantina.

<sup>29</sup> In linea con gli obiettivi della transizione ecologica proposta dal Governo Draghi, sostenitore della ripresa verde in una economia circolare che privilegi la sostenibilità ambientale, raccomandata dall'Agenda 2030 dell'ONU.

<sup>30</sup> <https://www.comune.martinafranca.ta.it>



promossa dal diritto ambientale tributario<sup>31</sup>. In tale ambito la Società Serveco, con sede in Montemesola, in provincia di Taranto, offre un esempio di edilizia sostenibile per la salvaguardia del territorio: l'impresa fornirà il "cappotto" a 28 palazzine, site nel Comune di Martina Franca (località Montetullio), installando pannelli solari e caldaie a pompa di calore con rimborso della spesa totale, fatti salvi i condoni per irregolarità sanabili<sup>32</sup>. L'intervento è di grande rilievo per il risparmio energetico da fonti rinnovabili e per l'offerta di lavoro e occupazione alle maestranze locali colpite dall'emergenza Covid; (al punto 3) la sostituzione delle obsolete palificazioni in eternit con rete nazionale in fibra ottica; (al punto 4) lo sviluppo del territorio con particolare riguardo al Mezzogiorno; (al punto 6) la salute, ultimo punto nella classifica, ma primo nella tutela.

In tale ottica il piano di rigenerazione urbanistica della città di Taranto, con previsione di realizzo entro il 2030, dovrà attribuire assoluta priorità ad una politica fiscale di sostegno funzionale ai nuovi elementi di capacità contributiva<sup>33</sup>, attenzionata:

- a) al processo di abbattimento degli inquinanti prodotti dal funzionamento dei complessi industriali;
- b) al recupero delle plastiche in mare secondo i succitati modelli di recupero e riciclo nelle operazioni di risanamento dell'area portuale;
- c) all'allocazione di Aree Green nella città e nelle zone limitrofe con bonifica dei siti degradati e delle discariche abusive<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Per una più completa comprensione della necessità di tutelare efficacemente l'ecosistema, nel quadro di una "fiscalità ecologica circolare", cfr. A.F. Uricchio, in *Circular Economy and Environmental Taxation*, A.F. Uricchio, G. Selicato (a cura di), Atti della Summer School, Bari 9-15 settembre 2019, Cacucci Editore 2020, pp. 13-24. Ibidem G. Selicato, pp. 129-136.

<sup>32</sup> <https://www.serveco.eu> > ecobonus

<sup>33</sup> V. Ficari Università di Tor Vergata, *I nuovi elementi di capacità contributiva. L'ambiente. Il punto di partenza della ricerca*, [https://economia.uniroma2.it/faculty v.](https://economia.uniroma2.it/faculty/v) in particolare *Aree normative tributarie di intervento e funzione promozionale/innovativa*, pp. 9-15.

<sup>34</sup> In ordine alla disciplina dei conferimenti in discarica, cfr. M. Angiulli, *La fiscalità ambientale nella normativa interna e comunitaria sui conferimenti in discarica*, Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto, Università degli Studi di Bari, Anno I – N. 2, Cacucci Editore, Bari, 2008, pp. 33 – 53.

Anna Bitetto

## DIRITTO ALL'OBLIO ONCOLOGICO: MEGLIO TARDI?\*

### ABSTRACT

L'occasione di ripensare all'oblio nasce dalla recente approvazione della legge italiana sul diritto all'oblio oncologico. Frutto della volontà del Consiglio dell'unione europea, l'Italia ha accolto l'invito e si è dotata entro il 2025 del diritto di non dichiarare la malattia oncologica decorsi dieci anni dalla fine del trattamento attivo e cinque dalla fine della terapia antitumorale nel caso di pazienti a cui sia stato diagnosticato il cancro prima del ventunesimo anno di età.

The opportunity to rethink the right to be forgotten arises from the recent approval of the Italian law on the right to oncological oblivion. Resulting from the will of the Council of the European Union, Italy has accepted the invitation and has been endowed by 2025 with the right not to declare the oncological disease after ten years from the end of active treatment and five from the end of cancer therapy in the case of patients diagnosed with cancer before the age of 21.

### PAROLE CHIAVE

Diritto all'oblio oncologico – eguaglianza – tutela della privacy.

Right to oncological oblivion – equal – treatment privacy.

SOMMARIO: 1. La nozione di diritto all'oblio. – 2. L'oblio oncologico: dimenticare come dover essere – 3. Uno sguardo all'esperienza europea. – 4. La legge italiana: meglio tardi?

1. Da anni le cronache giornalistiche e giudiziarie richiamano la nostra attenzione sul problema di quanti hanno contratto una malattia oncologica e da guariti devono affrontare la complessità della vita quotidiana destreggiandosi tra mille ostacoli giuridici che si sommano alla loro già turbata abilità psicofisica, ragion per cui è sempre più sentita come necessità impellente garantire loro il diritto all'oblio oncologico<sup>1</sup>.

Ma in questa (se pur succinta) analisi dell'emersione della nuova figura giuridica italiana del diritto all'oblio oncologico appare opportuno procedere con ordine muovendo dall'illustrare per brevi linee prima i tratti essenziali del diritto all'oblio,

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

<sup>1</sup> Dal ultimo cfr. *Oblio oncologico: dal 2 gennaio in vigore la legge*, [https:// www.diritto.it/dal-2-gennaio-2024-in-vigore-legge-oblio-oncologico/](https://www.diritto.it/dal-2-gennaio-2024-in-vigore-legge-oblio-oncologico/).

che, come l'omonima figura oncologica, si interseca tra tutela della privacy, diritti della personalità ed esigenza di uguaglianza<sup>2</sup>.

Per rimanere nel nostro ordinamento dobbiamo infatti ricordare che il diritto all'oblio, pure plasmato su essenziali diritti garantiti dai dettami costituzionali (ossia tutela della persona e della sua dignità, uguaglianza e cronaca) si è confrontato con molteplici interventi legislativi e giurisprudenziali<sup>3</sup>. Infatti, il diritto all'oblio, pur rientrando nel generale ambito di tutela della vita privata, ha assunto una decisa tipicità rispetto alla riservatezza poiché ha garantito che fatti già resi di pubblico dominio non potessero essere "rievocati" per richiamare su di essi "ora per allora" l'attenzione del pubblico, traghettando l'individuo, all'improvviso e senza il suo consenso, verso una nuova notorietà indesiderata.

Il quadro normativo di riferimento ha preso le mosse dalla L. 8 febbraio 1948, n. 47, sulla stampa, nonché dalle norme del codice penale sulla diffamazione e sulla tutela della riservatezza, originariamente contenute nella L. 31 dicembre 1996, n. 675, e di seguito trasfuse nel codice in materia di dati personali di cui al d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

D'altronde, un ruolo se pur fugace in questo complesso mosaico hanno meritato fonti minori come il codice di deontologia relativo al trattamento dei dati personali nell'esercizio dell'attività giornalistica (emanato per la prima volta in data 29 luglio 1998 con provvedimento del Garante per la protezione dei dati personali e poi in ultimo ribadito con il recente provvedimento del 29 novembre 2018 della medesima autorità, sulla scia delle numerose modifiche introdotte dal d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101), nonché il T.U. dei doveri del giornalista che il Consiglio nazionale dell'ordine ha approvato in data 27 gennaio 2016.

Ben presto però si è assistito all'evolversi dell'oblio, ovvero il diritto dell'individuo di impedire che notizie pubblicizzate, e pertanto sfuggite alla sua appartenenza esclusiva, venissero, a distanza di un notevole lasso di tempo, nuovamente divulgate: insomma, il c.d. «diritto ad essere dimenticato» caro ai giudici delle Corti di ogni ordine e grado<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Costituzione artt. 2, 3 e 21. P. De Martinis, *Oblio, internet e tutela inibitoria*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2022, 49.

<sup>3</sup> Per una dettagliata e suggestiva narrazione del tema si rinvia a A. Bitetto, *Cronaca oblio e memoria prospettive comparate tra riservatezza e identità*, Taranto, Quaderni del dipartimento jonico, 2023, 12-123.

<sup>4</sup> Sul tema v. Corte giust. 6 novembre 2003, causa C-101/01, Lindqvist, *Foro it.*, 2004, IV, 57, con nota di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Il codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della privacy comunitaria* (annotata altresì da A. Giannaccari *Il trasferimento di dati personali in Internet*, in *Danno e resp.*, 2004, 382; T.M. Ubertazzi, *Sul bilanciamento tra libertà di espressione e privacy*, *ibid.*, 386; R. Panetta, *Trasferimento all'estero di dati personali e Internet: storia breve di una difficile coabitazione*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 1002; G. Cassano, I.P. Cimino, *Qui, là, in nessun luogo ... - Come le frontiere dell'Europa si aprirono ad Internet: cronistoria di una crisi annunciata per le regole giuridiche fondate sul principio di territorialità*, in *Giur. it.*, 2004, 1805; G. Salvo, *Il rispetto del diritto*

In vero, quando si parla di diritto ad essere dimenticati non si può prescindere da uno sguardo d'insieme all'Unione europea, che prenda in considerazione la figura del diritto all'oblio in fondamentali disposizioni:

- l'art. 8 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata nel nostro Paese con la L. 4 agosto 1955, n. 848, che ha, per un verso, sancito il diritto al rispetto della vita privata e familiare, del domicilio e della corrispondenza e, per altro, previsto il diritto di ogni persona alla protezione dei dati strettamente riservati che concernono la sua persona e come tali dati debbano essere trattati secondo il principio di lealtà, sotto l'egira dell'autorità di controllo;
- l'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, che ha ribadito l'essenza della tutela sostituendo il termine 'corrispondenza' con quello più moderno di 'comunicazioni';
- l'art. 16 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, nella versione consolidata con il Trattato di Lisbona, che dispone il diritto di ogni persona alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano.

Stando così le cose, il diritto ad essere dimenticati si configura come diritto a non rimanere esposti, senza limiti di tempo, ad una rappresentazione non più attuale della propria persona, con pregiudizio alla reputazione ed alla riservatezza, per la ripubblicazione, a distanza di tempo, di una notizia relativa a fatti commessi in passato o a vicende nelle quali si è rimasti in qualche modo coinvolti.

D'altro canto, nella giurisprudenza nostrana la prima vera definizione di diritto all'oblio si rinviene nella pronuncia con cui la Cassazione sul finire degli anni novanta – sottolineando l'importanza rivestita dall'“attualità della notizia” – pone l'accento sull'emersione di un nuovo profilo del diritto alla riservatezza, il “diritto all'oblio” inteso come giusto 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<sup>5</sup>. Il caso di specie sorgeva dalla pubblicazione, ad opera di un noto settimanale, della notizia relativa all'incriminazione di un soggetto per gravi fatti di mafia, avvenuta circa sei anni prima e già ampiamente resa nota alla stampa; e dell'azione dell'imputato che reputava di esser stato leso dalla divulgazione di avvenimenti lontani nel tempo e, soprattutto, storicamente superati da fatti successivi (taciuti dal redattore), quali l'archiviazione dell'imputazione e l'esclusione di ogni suo coinvolgimento nei fatti contestati. Il tribunale accoglieva la domanda e condannava il settimanale al risarcimento del danno, la corte d'appello confermava il verdetto aggravando la determinazione del *quantum debeatur*, in ragione del lungo tempo trascorso fra le due pubblicazioni e sottolineava

*alla riservatezza in relazione alla diffusione di dati personali in Internet: le forme di tutela previste in ambito comunitario e nella comunità internazionale*, in *Nuove autonomie*, 2004, 840.

<sup>5</sup> V. Cass. 4 aprile 1998, n. 3679, *Foro it.*, 1998, I, 1834 con nota di P. Laghezza, *Il diritto all'oblio esiste (e si vede)!*

come la testata giornalistica avrebbe dovuto controbilanciare gli «effetti liberatori del trascorrere del tempo» con la dimostrazione dell'esistenza di nuove iniziative giudiziarie a carico dell'attore di tale gravità da giustificare un rinnovato interesse pubblico alla conoscenza delle trascorse vicende. Investita della questione, la Cassazione, per colmare la carenza di motivazione della sentenza di appello circa la totale estraneità del danneggiato alle scabrose vicende, dispose un ulteriore, rigoroso controllo delle date e cassò con rinvio<sup>6</sup>.

Dalla fine degli anni novanta di acqua sotto i ponti né è passata; nel ben più ampio quadro europeistico dobbiamo oggi annoverare il Reg. 2016/679/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha ad oggetto la «protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati» e abrogando la precedente direttiva 95/46/CE ha espressamente disposto con l'art. 17, il diritto alla “cancellazione” (univocamente inteso come diritto all'oblio). Inoltre, recentemente il nostro Stato è intervenuto non solo con l'emanazione del summenzionato d.lgs. n. 101 del 2018 in attuazione del regolamento europeo, ma anche con uno strumento di giustizia riparativa: la riforma Cartabia, d.lgs. 10 ottobre 2022, n.150. Quest'ultima riforma ha disposto che: «i decreti di archiviazione, le sentenze di non luogo a procedere e le sentenze di assoluzione vengano comunicati al Garante per la protezione dei dati personali e costituiscano titolo per l'emissione senza indugio di un provvedimento di deindicizzazione dalla rete Internet dei contenuti relativi al procedimento penale comprendenti i dati personali degli indagati o imputati».

In dottrina, a tal proposito si è rilevato come tutti gli imputati assolti potranno chiedere e ottenere la deindicizzazione dei propri dati sul web semplicemente in base alla sentenza pronunciata in loro favore. In queste ipotesi gli articoli, pur non scomparendo dagli archivi delle testate online, non saranno più tracciati dai motori di ricerca a seguito dell'ordine di deindicizzazione ottenuto mediante la richiesta di inibitoria<sup>7</sup>.

La letteratura ha sottolineato come si sia velocemente passati da un diritto ad essere dimenticati in senso stretto, *right to be forgotten* (versione, per esattezza narrativa, già più complessa del diritto di essere lasciati soli o *right to be let alone*) ad un diritto all'oblio con la pretesa di non essere trovati facilmente o *right not to be found easily*, a quella di ottenere che alcune notizie vengano nascoste o *right to have some news hidden*, tramite un'attività che le renda indisponibili nuovamente al pubblico dopo un breve lasso di tempo, sufficiente ad un soggetto diligente per rimuovere tali notizie a seguito della loro ripubblicazione<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Cfr. A Bitetto, *Cronaca oblio e memoria prospettive comparate tra riservatezza e identità*, cit., 91ss.

<sup>7</sup> Cfr. E. Battaglia, *Riforma Cartabia e diritto all'oblio – applicazione in Italia e parallelo con la normativa di altri Paesi*, in <https://ntplusdiritto.ilssole24ore.com/>.

<sup>8</sup> Sul tema si v. A.L. Valvo, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione “digitale”*, in “*Studi sull'integrazione europea*”, 2015, n. 2, pp. 347-358; E. Cruysmans, C. Romainville, *Les diverses dimensions du “droit à l'oubli” dans la sphère numérique. Un processus de positivisation rentrant en conflit avec la liberté d'expression?*, in C. Alcantara (sous la direction de), “E-réputation. Regards

2. Volendo volutamente sottolineare, brevemente, l'ulteriore percorso del diritto all'oblio come diritto alla deindicizzazione (*delisting*) e alla ricorretta indicizzazione (*relisting*)<sup>9</sup>, novità dettate dal rapporto tra diritto all'oblio, tecnologie digitali e siti web, per le mutate modalità di diffusione delle informazioni e per la permanenza della loro accessibilità *on line*, dobbiamo percorrere due step: evoluzione digitale ed interventi della suprema Corte europea<sup>10</sup>.

In tal senso il problema che si è posto all'attenzione dell'interprete è la presenza della notizia nell'archivio storico di quotidiani, digitalizzati e resi disponibili *on line*, per cui i rimedi per la protezione dei dati personali degradano dalla richiesta della rimozione dal sito *web* dell'articolo all'istanza di deindicizzazione delle notizie tramite i motori di ricerca generalisti, alla domanda di aggiornamento della pagina *web*, dove è conservato l'articolo ritenuto lesivo, che tenga conto di eventi favorevoli al protagonista dell'informazione. In questo contesto facciamo menzione esclusivamente della Corte di giustizia dell'unione europea che nel 2014 afferma che, quando i dati appaiono inadeguati, non sono più pertinenti oppure sono eccessivi rispetto alle finalità informative il gestore del motore di ricerca è obbligato ad intervenire: a) sull'elenco delle informazioni indicizzate provvedendo ad eliminare il link di raccordo verso pagine web dell'archivio *on line* che riportino informazioni sulla persona il cui nome sia stato digitato sulla query del motore di ricerca e «ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita»; b) sull'elenco delle

croisés sur une notion émergente”, Issy-les-Moulineaux, Gualino-Lextenso éditions, 2015, pp. 81-92; P. Korenhof, J. Ausloos, I. Szekely, M. Ambrose, G. Sartor, R. Leenes, *Timing the Right To Be Forgotten: A Study into “Time” as a Factor in Deciding About Retention or Erasure of Data*, in S. Gutwirth, R. Leenes, P. de Hert (eds.), «*Reforming European Data Protection Law*», Springer, 2015, pp. 171-202; C. Markou, *The ‘Right To Be Forgotten’. Ten Reasons Why It Should Be Forgotten*, ivi, pp. 203-226; G. Zanfir, *Tracing the Right To Be Forgotten in the Short History of Data Protection Law. The «New Clothes» of an Old Right*, ivi, pp. 227-252; F. Di Ciommo, *Quello che il diritto non dice. Internet e oblio*, in *Danno e resp.*, 2014, n. 12, pp. 1101-1113; F. Pizzetti (a cura di), *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013; V. Mayer-Schonberger, *Delete. Il diritto all'oblio nell'era digitale*, Milano, Egea, 2013; G. Finocchiaro, *La memoria della rete e il diritto all'oblio*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2010, n. 3, pp. 391-410; M. Mezzanotte, *Il diritto all'oblio. Contributo allo studio della privacy storica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2009; D. Messina, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informatica e diritto*, 2009, n. 1, pp. 93-103.

<sup>9</sup> Sul tema A. Bitetto, Nuove frontiere rimediali per l'oblio: dal delisting al relisting senza escludere il risarcimento del danno, in *Danno e resp.*, 2023, 601.

<sup>10</sup> Corte giust. Un. europea 13 maggio 2014, *Foro it.* IV, 295, con nota di R. Pardolesi- A. Palmieri, *Diritto all'oblio: il futuro dietro le spalle*, sul punto ha affermato che, quando i dati appaiono inadeguati, non siano più pertinenti oppure siano eccessivi rispetto alle finalità informative il gestore del motore di ricerca è obbligato ad intervenire: a) sull'elenco delle informazioni indicizzate provvedendo ad eliminare il link di raccordo verso pagine web dell'archivio *on line* che riportino informazioni sulla persona il cui nome sia stato digitato sulla query del motore di ricerca e «ciò eventualmente anche quando la loro pubblicazione su tali pagine web sia di per sé lecita»; b) sull'elenco delle informazioni indicizzate, aggiornando la notizia relativa a vicenda giudiziaria penale dell'interessato facendo figurare per primi i link verso pagine web contenenti informazioni attuali sulla situazione dell'interessato .

informazioni indicizzate, attualizzando la notizia relativa a vicenda giudiziaria penale dell'interessato facendo figurare per primi i link verso pagine web contenenti informazioni attuali sulla situazione dell'interessato<sup>11</sup>.

Segnaliamo così che in questo panorama si inserisce in data 5 dicembre 2023 l'approvazione definitiva del Disegno di legge 851, che ha assorbito le numerose iniziative delle Camere e del Consiglio nazionale dell'economia e del Lavoro varando le «Disposizioni per la prevenzione delle discriminazioni e la tutela dei diritti delle persone che sono state affette da malattie oncologiche»<sup>12</sup>.

La definizione di diritto all'oblio delle persone colpite da patologie oncologiche nella versione nostrana è essenziale quanto indispensabile è «il diritto delle persone guarite da una patologia oncologica di non fornire informazioni né subire indagini in merito alla propria pregressa condizione patologica». È il bisogno di rientrare nell'anonimato dopo il fluire nel tempo che torna in esponente, unitamente all'esigenza di non essere più ricordati per fatti che in passato non hanno avuto alcuna connotazione colposa se non fosse per quell'onta: l'essere stati vittima di una malattia che come tristemente noto troppe volte non lascia scampo!

Il perché della necessità di una legislazione sull'oblio oncologico è insito nel sentire comune: è il diritto fondamentale di persone guarite da una patologia complessa di non pagare più i costi economici e psicologici dell'essere trattati diversamente in settori giuridicamente cruciali per la vita di ogni essere umano, come il diritto a stipulare contratti bancari ed assicurativi, il diritto alla genitorialità e all'adozione, il diritto al trattamento (e protezione) dei dati sanitari.

Diversi gli slogan susseguitesesi negli anni - tra cui suggestivo «io non sono la mia malattia» - per affermare il diritto degli individui guariti dalla disfunzione oncologica di avere parità di trattamento e chance nella vita di ogni giorno<sup>13</sup>.

Come evidenziato dal comitato etico della Fondazione di Umberto Veronesi, lo stigma dettato dall'associazione all'essere stati pazienti oncologici si è tradotto per troppo tempo in vere e proprie discriminazioni che incidono in modo negativo sulla qualità della vita delle persone e sul rispetto della loro dignità ed autonomia, a volte anche decenni dopo la propria guarigione. Il rischio, sentito come opprimente per una persona che ha ricevuto una diagnosi di tumore, era quello di subire discriminazioni

<sup>11</sup> In tal senso per la prima volta Corte giust. Un. Europea 13 maggio 2014, cit.

<sup>12</sup> Per esattezza espositiva il testo approvato riunisce al suo interno innumerevoli proposte di disegni di legge provenienti dalle maggiori aree parlamentari e dal Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro occupandosi di diritto all'oblio per le persone che sono state affette da malattie oncologiche ma anche predisponendo una serie di norme idonee a prevenire discriminazioni e tutelare

<sup>13</sup> Migliaia le persone in Italia che l'anno scorso a partire dalla giornata mondiale della lotta contro il cancro hanno aderito alla campagna «Io non sono il mio tumore», raccolta firme per chiedere anche in Italia il diritto all'oblio oncologico e la promulgazione della legge promossa dalla Fondazione AIOM (Associazione italiana di oncologia medica) insieme all'AIL (Associazione italiana leucemie, linfomi e mielomi), alla SIE (Società italiana di ematologia) e AIEOP (Associazione italiana ematologia oncologia pediatrica) e alle associazioni pazienti IncontraDonna, aBRCAabra e APAIM.

giuridiche, tanto da dover fronteggiare una “doppia condanna”: la prima a causa della malattia, la seconda per lo stigma patito anche dopo la guarigione.

Ed ecco come il venir meno dell’obbligo di dichiarare di essere stati malati di cancro trascorso un certo periodo di tempo dalla data di conclusione dei trattamenti terapeutici, in assenza di recidive o ricadute, chiude le porte a qualsiasi forma di discriminazione concernente lo stato di salute di una persona, ricostituendo l’antico legame con il diritto alla protezione dei dati personali e sanitari tipici del diritto all’oblio. E, del resto, è la legge stessa che espressamente si legittima: «Al fine di escludere qualsiasi forma di pregiudizio o disparità di trattamento, la presente legge reca disposizioni in materia di parità di trattamento, non discriminazione e garanzia del diritto all’oblio delle persone guarite da patologie oncologiche».

Tutto ciò che il panorama delle associazioni per i malati oncologici ha voluto portare in esponente ai fini della approvazione del diritto all’oblio oncologico è che «...*il cancro non deve più spingere nessuno ai margini della società e della comunità in cui vive...*» pertanto la legge sull’oblio oncologico è stata fortemente voluta tanto dagli ex pazienti e familiari quanto nella sua interezza dalla comunità scientifica dei medici ed oncologi.<sup>14</sup>

Il lasso di tempo idoneo a far sorgere il diritto viene fatto coincidere con il decorso di dieci anni dal termine delle cure attive per gli adulti e cinque anni per i tumori diagnosticati prima dei 21 anni d’età, senza che si siano verificati episodi di recidiva.

A parere della AIOM, Associazione italiana di Oncologia Medica, le nuove norme sul diritto all’oblio oncologico fuoriescono dallo spinoso perimetro bancario-assicurativo per affacciarsi per entrare a vele spiegate in uffici, fabbriche e altri posti di lavoro: «[I]a legge non tutela solo nei rapporti con banche e assicurazioni ma anche in sede concorsuale, qualora sia prevista un’idoneità fisica e nell’ambito dei procedimenti di adozione. È, pertanto, una legge più avanzata rispetto a quanto stabilito in altri Stati che hanno già adottato norme su questo tema»<sup>15</sup>.

3. Del resto, nel panorama dell’Unione europea la difficoltà di accesso, per le persone guarite da un cancro, a forme assicurative, mutui, finanziamenti personali, procedimenti di adozione ed in generale al mondo lavorativo, in ragione della considerazione dell’alto rischio di recidive era già stata ampiamente dibattuta ed affrontata con legislazioni *ad hoc*.

Come affermato da movimenti associativi e fondazioni per la riabilitazione dei malati oncologici, la codificazione a livello normativo di un diritto all’oblio oncologico crea le condizioni migliori per agevolare la conduzione di una vita “normale”, il reinserimento nella società civile di chi ha affrontato e sconfitto la malattia.

<sup>14</sup> Parere del Comitato Etico, Fondazione Umberto Veronesi, pubblicato nel 2022, sul sito <https://www.fondazioneveronesi.it>.

<sup>15</sup> Così F. Perrone, Presidente AIOM, Associazione italiana di Oncologia Medica, per estratto dal sito <https://www.fondazioneveronesi.it/magazine/articoli/oncologia/il-diritto-alloblio-oncologico-e-legge>.



Sul punto occorre ricordare come l'Unione Europea abbia esortato gli Stati membri ad introdurre entro il 2025 nel proprio ordinamento giuridico il diritto all'oblio oncologico dopo dieci anni dalla fine del trattamento oncologico e cinque dalla fine della terapia antitumorale per i pazienti ai quali è stato diagnosticato il cancro prima dei diciotto anni.

In effetti, negli ultimi anni diversi Paesi europei, come il Belgio, l'Olanda, il Lussemburgo, la Francia, la Romania e il Portogallo si sono dotati di normative sul tema del diritto all'oblio oncologico. Precipuo obiettivo di queste legislazioni fissare dei paletti temporali oltre i quali, dopo la guarigione, *in primis* gli operatori finanziari e altre realtà non possano più esigere informazioni in merito alla cartella clinica di chi è stato paziente oncologico.

A mo' di *forerunner*, lo Stato francese ha siglato dapprima un accordo con le principali società assicurative e successivamente ha varato un testo normativo come emendamento alla legge sanitaria che prevede sanzioni per le compagnie che non stipulano contratti con i soggetti che vantino un diritto all'oblio oncologico ossia i malati che abbiano terminato la terapia oncologica da almeno cinque anni e abbiano contratto la patologia prima dei ventuno anni ovvero che abbiano terminato le cure da più di dieci anni. E già dal 2014 la Francia ha stabilito, per legge, che le persone con pregressa diagnosi oncologica non sono tenute ad informare gli assicuratori o le agenzie di prestito della loro malattia pregressa. Inoltre, dal 1° giugno 2022 è entrata in vigore un'ulteriore legge, che modifica la precedente, ai sensi della quale dopo cinque anni di guarigione dal cancro non è più necessario fornire la propria storia clinica all'assicuratore per sottoscrivere un prestito o un'assicurazione, e non c'è più alcuna distinzione in base all'età in cui è stato diagnosticato il cancro

Per quanto concerne i Paesi Bassi, il decreto legge il 2 ottobre del 2022 ha espressamente sancito che la conoscenza del fatto che a un soggetto sia stato diagnosticato un cancro in passato costituisce « un'invasione sproporzionata della vita privata» quando a giudizio del medico curante vi sia stata una remissione completa; ovvero non vi sia stata alcuna recidiva trascorsi 10 anni dalla remissione completa ed ancora nell'ipotesi in cui il paziente avesse meno di 21 anni al momento della diagnosi e siano trascorsi 5 anni dalla guarigione. In Belgio è entrato in vigore il 1° febbraio 2020 una legislazione con cui si instaura il diritto all'oblio a fini assicurativi per chi abbia terminato la terapia oncologica, con la riproposizione dei termini francesi. In Lussemburgo è stato siglato un accordo governativo con le principali compagnie di assicurazione già dal 2 settembre del 2019 con cui si introduce sostanzialmente il diritto all'oblio per le persone guarite dal cancro. Infine in Portogallo è stata adottata la legge 18 novembre 2021 n. 75, entrata in vigore 1° gennaio 2022, intesa a rafforzare l'accesso ai contratti di credito e assicurativi da parte delle persone che hanno superato o mitigato situazioni di aggravamento del rischio sanitario o di invalidità, vietando pratiche discriminatorie.

4. Al fine di favorire le condizioni di vita migliori per tutti in Italia in Senato, come su cennato, il 5 dicembre 2023 è stata approvata, dopo quattro mesi dalla prima approvazione alla Camera dei deputati, in via definitiva ed all'unanimità, la legge sull'oblio oncologico, a seguito della promulgazione del Presidente della Repubblica entrerà in vigore, previa pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale.

È una legge che mira a tutelare le persone, da non considerare più come l'anello debole della catena malattia tumorale, ma, semplicemente, pazienti con le stesse speranze di vita di una persona che non si è mai ammalata.

Il testo della legge si sostanzia in cinque articoli e copre:

- a) l'accesso a servizi bancari, finanziari ed assicurativi (art. 2);
- b) le modifiche alla legge 4 maggio 1983, n. 184 in materia di adozione (art. 3);
- c) l'accesso alle procedure concorsuali e selettive, al lavoro e alla formazione professionale (art.4);
- d) le disposizioni transitorie finali e di coordinamento per la parità di trattamento delle persone che sono state affette da patologie oncologiche (art. 5).

In altre parole, la legge affronta il tema che è al centro dei recenti dibattiti biomedici e culturali ovvero la necessità di garantire alle persone che sono state affette da patologie oncologiche il diritto di non dichiarare informazioni in merito alla propria malattia pregressa al fine di garantire la parità di trattamento, dotando altresì il Garante della protezione dei dati personali del dovere di vigilanza sull'applicazione dei principi fissati dalla legge stessa.

Negli ultimi trent'anni lo sviluppo di nuovi percorsi diagnostici e di cura ha consentito il superamento dell'idea per cui una diagnosi di tumore equivalga ad una condanna. Da questo assunto muove il primo pilastro della nuova legge in tema di accesso ai contratti di intermediazione finanziaria o assicurativi per superare uno dei nodi cruciali quando si parla di oblio oncologico ossia la definizione di persona guarita dal tumore.

Nell'accezione comune un soggetto ha riacquisito la salute quando il rischio di decesso per la neoplasia è ormai pressoché nullo e torna ad avere le stesse aspettative di vita delle persone della sua stessa età e del suo stesso sesso che non hanno mai avuto il cancro. La legge sul punto dichiara al comma 1 dell'art. 2 che il contraente come persona fisica è riabilitato quando se pur colpito da patologia oncologica il suo trattamento attivo si sia concluso, senza episodi di recidiva da più di dieci anni dalla data della richiesta di stipulazione o rinnovo di contratti relativi a servizi bancari, finanziari, di investimento e assicurativi; quindi ai fini del decorso temporale fa fede la data di cessazione delle cure oncologiche al fine di fissare il momento dal quale decorso il termine la persona guarita non è più obbligata a fornire informazioni sul suo stato di salute all'intermediario o broker.

Il periodo di decorso del termine temporale ai fini della stipula o del rinnovo di contratti di accesso al credito o assicurativi per cui non è ammessa la richiesta di informazioni relative allo stato di salute della persona fisica contraente è ridotto della

metà, ossia a cinque anni tutte le volte, in cui la patologia tumorale sia insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età.

Al secondo comma dell'articolo 2 ritroviamo la fissazione di un obbligo di informazione, in capo agli intermediari bancari ed assicurativi, che opera sin dalla fase delle trattative precontrattuali circa il diritto dei pazienti oncologici di non fornire alcuna informazione attinente alla loro precedente malattia e ne dispone l'espressa menzione del diritto all'oblio oncologico in moduli e formulari predisposti per la stipula ed il rinnovo dei rapporti contrattuali.

D'altronde, i tre commi successivi fanno espresso divieto alla parte predisponente il modulo o formulario per la stipula: a) di onerare l'altro contraente di limiti, costi od oneri aggiuntivi connessi in qualche modo alla sua malattia pregressa; b) di richiedere l'effettuazione di visite mediche di controllo o accertamenti sanitari ai fini della stipula; c) e qualora le informazioni, suscettibili di influenzare condizioni e termini, siano state già fornite, di utilizzarle ai fini della valutazione del rischio dell'operazione o della solvibilità del contraente debole. La legge, inoltre fissa una c.d. nullità di protezione ovvero al sesto comma dell'art. 2 dichiara che nei contratti bancari ed assicurativi di cui si occupa la violazione del divieto di chiedere informazioni ai soggetti guariti comporta la nullità delle clausole contrattuali difformi e dunque peggiorative per i soggetti stipulanti, pur non causando il venir meno dell'intero assetto negoziale. Quanto dire che il contratto sopravvive, ma a condizioni eque ossia a condizioni che non prevedano una disuguaglianza per gli ex malati oncologici.

Anche in materia di adozione la legge risulta chiara e precisa, specificando che ai fini dell'adozione le indagini sulla salute dei richiedenti non possono riportare informazioni relative a patologie oncologiche pregresse tutte le volte in cui «siano trascorsi più di dieci anni dalla conclusione del trattamento attivo della patologia, in assenza di ricadute o recidive, ovvero più di cinque anni se la patologia è insorta prima del compimento del ventunesimo anno di età».

Con la disposizione di cui all'art. 3 si evidenzia e corrobora l'idea che un ex malato oncologico abbia gli stessi diritti di una persona sana di adottare figli minori. Soprattutto, rispetto alle altre legislazioni europee si mostra un'attenzione maggiore per le malattie c.d. giovanili, innalzando il termine, in linea con quanto disposto per i contratti finanziari, all'età di ventuno anni per la definizione di malattia precoce piuttosto che i diciotto anni suggeriti dal Consiglio europeo.

Dato questo sintetico quadro, il penultimo articolo della legge si occupa dell'accesso alle procedure concorsuali e selettive, pubbliche e private, statuendo che, quando nel loro ambito sia previsto l'accertamento dei requisiti psicofisici o più in generale sullo stato di salute dei candidati, è fatto divieto il richiedere informazioni relative alle eventuali patologie oncologiche dei candidati da cui essi siano stati precedentemente affetti ed il cui trattamento attivo si sia concluso da più di dieci anni dalla data della richiesta, termine ridotto alla metà nel caso di contrazione della malattia prima del ventunesimo anno di vita. In particolare, il secondo comma si interessa di

incoraggiare la promozione di specifiche politiche attive per assicurare a ogni persona che sia stata affetta da una patologia oncologica, eguaglianza di opportunità nell'inserimento e nella permanenza nel lavoro e nella fruizione dei relativi servizi nonché nella riqualificazione dei percorsi di carriera e retributivi.

Alla luce di questa prima analisi provvisoria sull'introduzione del diritto all'oblio oncologico in Italia, data l'importanza del tema, ci siamo chiesti se qualche miglioria possa essere proposta a sostegno degli ex malati oncologici anche alla luce delle esperienze pregresse europee, posto che come narrato nella tempistica nell'adozione di del diritto all'oblio oncologico non siamo arrivati per primi.

In vero, la risposta al quesito potrebbe venire da qualche suggerimento della ricerca biomedica sul tema; per un diritto all'oblio oncologico di più esile attuazione si potrebbe:

1. considerare termini temporali di guarigione adeguati alle diverse neoplasie<sup>16</sup>;
2. individuare eventuali e ulteriori profili di discriminazione nei confronti di ex pazienti oncologici;
3. fissare, in ambito lavoristico, un diritto del guarito a non essere licenziato per motivi attinenti alla ex malattia;
4. migliorare la rete informativa ad appannaggio delle famiglie di ex pazienti, dei consumatori adulti in merito all'accesso forme assicurative e di finanziamento ma soprattutto dei malati pediatrici guariti rispetto al diritto alla genitorialità.

<sup>16</sup> A proposito dei termini temporali ridotti per alcune neoplasie a mo' di esempio non esaustivo secondo i lavori del Belgian Health Care Knowledge Centre per alcune tipologie di cancro al seno si potrebbe passare da 10 anni di libertà da malattia ad 1 anno.

Filippo Bonin

CONCRETA OPERATIVITÀ E IMPATTO STORICO DELLA DISCIPLINA  
DELLE SECONDE NOZZE NEL CONTESTO DELLA LEGISLAZIONE  
CADUCARIA\*

ABSTRACT

Nel contributo si intende ricostruire la concreta operatività e valutare l'impatto storico della disciplina delle seconde nozze approntata prima dalla *lex Iulia* e poi dalla *lex Papia*. In particolare è preso in considerazione il caso in cui il testatore avesse apposto la *condicio viduitatis* a una disposizione in favore del coniuge superstite. Il quadro è complicato dalla vigenza *iure antiquo* del *tempus legendi* e, soprattutto, della *cautio Muciana*, che consentiva l'immediato godimento delle attribuzioni patrimoniali ricevute, purché il soggetto beneficiario prestasse una garanzia per la restituzione di quanto ricevuto qualora si fosse verificato l'evento dedotto negativamente in condizione. Entro termini diversi la *lex Iulia* e la *lex Papia*, infatti, prevedono l'esenzione dalle sanzioni di carattere ereditario dalle stesse introdotte, ossia fondamentalmente la cosiddetta *incapacitas* di acquistare i lasciti, in caso di morte del coniuge e divorzio.

The contribution intends to identify the concrete functioning and evaluate the historical impact introduced by the regulation concerning second marriages as regulated first by the *lex Iulia* and then by the *lex Papia*. Particular attention will be paid to the case in which the testator had added the *condicio viduitatis* to a provision in favour of the surviving spouse. Nonetheless, it has to be considered the rules connected to the *tempus legend rule*, that derived from the so-called *iure antique*, and, above all, the *cautio Muciana*, which allowed the beneficiary to immediately enjoy the assets that had been received, as the beneficiary provided a guarantee for the return of what had been received in case the event described in the condition would have occurred. The *lex Iulia* and the *lex Papia* provided also for exemption from the hereditary sanctions that they themselves had introduced (*id est* the so-called inability to acquire bequests) in case of death of the spouse and divorce.

PAROLE CHIAVE

“*Lex Iulia et Papia*” – seconde nozze – *condicio viduitatis*

“*Lex Iulia et Papia*” – second wedding – *condicio viduitatis*

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. – 2. *Lex Iulia* e *condicio viduitatis*. – 3. Incidenza e *ratio* delle modifiche apportate dalla *lex Papia* alla disciplina delle seconde nozze. – 4. Conclusioni.

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

1. La *lex Iulia de maritandis ordinibus*<sup>1</sup> non conteneva solo la assai nota disposizione che stabiliva l'*incapacitas* per i cittadini di età compresa tra i 25 e i 60 anni e le cittadine di età compresa tra i 20 e i 50 anni<sup>2</sup>, che non avessero contratto un *matrimonium iustum* o non si fossero fidanzati entro 100 giorni dall'apertura della successione<sup>3</sup>, ma disciplinava anche la materia delle seconde nozze. In particolare, incapaci di acquistare il lascito erano anche coloro che, in seguito allo scioglimento del matrimonio per *divortium* o morte del coniuge, non si fossero risposati entro determinati termini<sup>4</sup>.

Come è noto, la *incapacitas* comportava essenzialmente l'impossibilità di *capere* eredità e legati disposti per testamento<sup>5</sup>. Al di fuori della ipotesi in cui le vedove e le

<sup>1</sup> Si tratta formalmente di un plebiscito perché introdotto da Augusto nel 18 a.C. in forza della *tribunicia potestas* a vita che, come è noto, gli fu concessa dal Senato nel 23 a.C. È con tale atto normativo che prende ufficialmente avvio la celebre riforma matrimoniale augustea che, dopo vari tentativi di emendamento, sarà completata solo nel 9 d.C. con l'approvazione della *lex Papia Poppaea*, la quale invece è una legge comiziale.

<sup>2</sup> Come ho cercato di dimostrare in F. Bonin, *Vanissimas Papias leges exclusit. Note intorno ai limiti di età nella lex Iulia e nella lex Papia*, in *Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto*, 8, 2018, p. 175 ss., i limiti di età indicati nel testo non furono modificati dalla successiva *lex Papia Poppaea* e rimasero tali sino alla abrogazione delle disposizioni della legislazione matrimoniale augustea relative alla caducità da *incapacitas* da parte dell'imperatore Costantino per mezzo della costituzione raccolta in CTh. 8.16.1=C. 8.57(58).1. Cfr. anche Soz., *hist. eccl.* 1.9.3.

<sup>3</sup> Cfr. Tit. Ulp. 17.1: ... *nec intra dies centum vel caelebs legi paruerit...* Sul punto v. M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Wallstein Verlag, Göttingen 2005, p. 346, al cui avviso il termine di 100 giorni era ricalcato su quello canonico della *cretio*. Nello stesso senso v. già R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, IV ed., Cedam, Padova 1996, p. 18 ss., il quale ipotizza che un eventuale prolungamento di questo termine da parte del pretore o del testatore stesso avrebbe cagionato una corrispondente ed eguale estensione di quello stabilito dalla *lex Iulia*, come conferma Tit. Ulp., 22.3, dove in relazione al termine di 100 giorni stabilito dalla *lex Iunia* per l'acquisto della cittadinanza romana e dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus* per l'uscita dalla condizione di *caelebs* il redattore impiega l'espressione "*intra diem cretionis*". Lo studioso dubita però del fatto che lo pseudoulpiano si riferisca alla *cretio* classicamente intesa in quanto assume implicitamente che il testo possa essere stato rielaborato nella parte in questione in età postclassica. Nondimeno, come sostenuto da M. Avenarius, *Der Pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p. 346 nt. 103 e p. 399 nt. 64, non vi è motivo di ritenere che il testo di Tit. Ulp. 22.3 sia stato oggetto di interventi da parte dell'epitomatore e che dunque il riferimento sia senza dubbio alcuno alla *cretio* cd. *perfecta*.

<sup>4</sup> Cfr., per tutti, M. Humbert, *Le remariage à Rome. Étude d'histoire juridique et social*, Giuffrè, Milano 1972, p. 146 s. Così come i celibi, ovviamente (anzi, a maggior ragione) anche vedovi e vedove sarebbero stati sanzionabili solo se non avessero raggiunto i limiti di età minimi o superato i limiti di età massimi descritti nel testo.

<sup>5</sup> Probabilmente introdotta dalla *lex Furia testamentaria* con riferimento all'ammontare del lascito, questa sanzione si traduceva in una mancata legittimazione ad acquistare *mortis causa* al ricorrere di determinati presupposti stabiliti da leggi. Cfr. in questo senso R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 11, ma v. già P. Voci, *Diritto ereditario romano* I, II ed., Giuffrè, Milano 1967, p. 430 ss. Pur dotato della *testamenti factio* (passiva) secondo il *ius civile*, il soggetto si vedeva privato della possibilità di acquistare il lascito per effetto di leggi che, nel caso di quelle augustee, si configuravano come "speciali", nel senso che esse operavano al di sopra del diritto civile. Cfr. in questo senso, di recente, M. Avenarius, *Vom théatron zur Bühne totalitärer Gesellschaftsstrukturen. Die Rezeption griechischer Elemente in die Theaterordnung des Prinzipats, deren Instrumentalisierung zur politischen Einvernahme der*

donne divorziate nell'ambito di un matrimonio precedente avessero generato almeno tre figli<sup>6</sup> e di quella in cui si trovassero nella condizione di *exceptae personae* nei confronti del testatore<sup>7</sup>, esse avrebbero potuto evitare tale sanzione solo contraendo un secondo matrimonio in maniera tempestiva<sup>8</sup>. Entro i termini indicati dalla *lex*, che nelle fonti assumono il nome di *vacationes*, infatti, esse non erano ancora considerate come *caelibes* ed erano di conseguenza pienamente *capaces* di acquistare le quote di eredità e i legati che fossero loro stati destinati per testamento<sup>9</sup>. Come vedremo, tale normativa fu confermata dalla successiva *lex Papia Poppaea*, la quale però estese i termini<sup>10</sup> e introdusse l'onere procreativo: da quel momento in poi le seconde nozze avrebbero dovuto anche condurre alla generazione di nuovi cittadini<sup>11</sup>. Invero, uomini e donne, ancorché sposati, non avrebbero potuto sottrarsi completamente alle sanzioni di

*Gesellschaft und die staatsbezogene Ausgestaltung des Ehe- und Familienrechts*, in F. Lamberti, P. Gröschler, F. Milazzo, (a cura di), *Il diritto romano e le culture straniere. Influenze e dipendenze interculturali nell'antichità*, Edizioni del Grifo, Lecce 2015, p. 109.

<sup>6</sup> Cfr. Gnom. § 28 e Cass. Dio 55.2. In questo senso v. già P. Jörs, *Ueber das Verhältnis der Lex Julia de maritandis ordinibus zur Lex Papia Poppaea*, Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi, Bonn 1882, in Id., *"Juliae rogationes"*. *Due studi sulla legislazione matrimoniale augustea, con una nota di lettura di Tullio Spagnuolo Vigorita*, a cura di T. Spagnuolo Vigorita, Jovene, Napoli 1985, p. 33 s. e M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 147 nt. 5. Si tratta del cosiddetto *ius (trium) liberorum*, che permetteva alla donna altresì di liberarsi dalla *tutela legitima* e che, almeno per le *ingenuae*, era già stato previsto dalla *lex Iulia de maritandis ordinibus*. Su quest'ultimo, invero controverso, punto mi permetto di rinviare a F. Bonin, *Intra „legem Iuliam et Papiam"*. *Die Entwicklung der Ehegesetze im Spiegel der Rechtsquellenlehren der klassischen Zeit*, Cacucci, Bari 2020, p. 279 ss., ove ulteriore bibliografia, cui adde ora E. Bisio, *Il "ius liberorum": tra procreazione e concessione imperiale. Una prima ricognizione delle fonti*, in *Rivista di Diritto Romano*, 20, 2020, p. 127 ss.

<sup>7</sup> Si tratta di quegli individui che, sebbene non sposati e sprovvisti di figli, in ragione dello stretto rapporto di parentela che li legava al testatore, non erano soggetti, alle sanzioni previste dalla *lex Iulia* e dalla *lex Papia*. Così come il concetto di *incapacitas* (cfr. *supra* nt. 5), anche quello di *exceptae personae* potrebbe essere stato introdotto dalla *lex Furia* per poi essere mutuato dalla legislazione matrimoniale augustea. Quanto ai soggetti in esso inclusi è verosimile, ancorché non pacifico, che vi rientrassero i parenti sino al sesto grado, non il coniuge. Le principali fonti di riferimento sul punto sono Frag. Vat. 216-219 e 5 resp., Frag. Ber. 20 (FIRA II, 443). Esse sono state oggetto di interpretazioni divergenti talora a distanza di anni anche da parte dei medesimi studiosi. Per una trattazione più approfondita della questione si rinvia a Ph. Moreau, *Loi Iulia de maritandis ordinibus*, in J-L. Ferrary, Ph. Moreau (a cura di), *Lepor. Leges Populi Romani*, Paris, 2007, online: <http://www.cn-telma.fr/lepor/notice449/>, 27/01/20, §§ 7.2.1 e 7.3, nonché a F. Bonin, *Intra "legem Iuliam et Papiam"*, cit., p. 218 ss.

<sup>8</sup> Le fonti su questo punto tacciono, ma tale silenzio, almeno nel caso dei passi del *liber singularis regularum* dello pseudo-Ulpiano è stato giustamente interpretato come indizio della mancanza nella legislazione di un termine previsto a vantaggio dell'uomo. A ogni buon conto è plausibile ritenere che il vedovo e il divorziato comunque disponessero dei 100 giorni "di tolleranza" entro i quali tutti i cittadini avrebbero potuto stringere il primo matrimonio evitando così la comminazione delle sanzioni (cfr. Tit. Ulp. 17.1). In questo senso v. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 85.

<sup>9</sup> Cfr. Tit. Ulp. 14.1 (*infra* § 2).

<sup>10</sup> Cfr. ancora Tit. Ulp. 14.1 (*infra* § 3).

<sup>11</sup> Cfr. in questo senso già M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 149 s.

carattere ereditario, qualora non avessero avuto figli generati nell'ambito del nuovo matrimonio<sup>12</sup>.

Ancor prima, però, già la *lex Iulia* aveva introdotto talune norme con le quali si mirava alla rimozione di ostacoli al matrimonio e che, in quanto tali, erano destinate ad applicarsi anche alle seconde nozze<sup>13</sup>. Particolarmente rilevanti da questo punto di vista furono quelle disposizioni dirette ad avversare l'efficacia di clausole testamentarie che in vari modi impedissero ai loro destinatari di sposarsi<sup>14</sup>. Tra queste particolare rilievo

<sup>12</sup> Se il secondo matrimonio non avesse portato alla nascita del numero di figli cui la *lex Papia* faceva conseguire l'esenzione dalle sanzioni ereditarie, i coniugi non erano del tutto privati della possibilità di capere il lascito, in quanto agli *orbi* la seconda legge matrimoniale augustea riservava la capacità di acquistare solo la metà di quanto era stato disposto per testamento. Nondimeno, se essi avessero generato non più di due figli da un precedente matrimonio (con tre avrebbero ottenuto il *ius liberorum* e dunque l'esenzione completa, cfr. *supra* nel testo e nt. 6) e non si fossero risposati, sarebbero stati sottoposti al regime del cosiddetto *pater solitarius* con la conseguenza che, probabilmente già in forza della *lex Iulia*, essi avrebbero subito una diminuzione della *capacitas* inversamente proporzionale al numero di figli generati in pendenza del precedente matrimonio. Per una trattazione più esauriente del caso in questione mi permetto di rinviare ancora a F. Bonin, *Intra "legem Iuliam et Papiam"*, cit., p. 213 ss. A ogni buon conto, il prolungamento dei termini previsti dalla *lex Iulia* può allora considerarsi come temperamento e mitigazione di questa disposizione, che, di fatto, sanzionava chi in passato aveva generato meno di tre figli nel contesto di un *iustum matrimonium*, se non ne avesse generato un altro. Cfr. in questa direzione ancora M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 149 s. È, infatti, ragionevole ritenere che per conseguire la piena *capacitas*, fosse sufficiente la generazione di un solo figlio. Invero, come è stato sostenuto, da ultimo, da Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 7.2.2, non è possibile concludere, sulla base di Gnom. § 28, che considera il caso delle vedove e delle divorziate con figli generati nell'ambito di un precedente matrimonio, e di P.S. 4.9.1 e 7, dove ci si riferisce alla liberazione dalla *tutela legitima*, che le donne per conseguire la esenzione dalle sanzioni previste dalla *lex* dovessero procreare almeno tre figli, mentre per gli uomini uno sarebbe stato sufficiente, come invece aveva sostenuto V. Scialoja, *Diritto ereditario romano. Concetti fondamentali. Lezioni 1913-1914 a cura dell'Avv. E. Giammichele*, Athenaeum, Roma 1914, p. 294.

<sup>13</sup> A tal proposito si può ricordare la disposizione con la quale si obbligava il *pater familias* a permettere le nozze del *filius*, qualora non vi fossero ragioni valide per impedirle. Cfr. Marc. 16 *inst.*, D. 23.2.19, anche se probabilmente il riferimento diretto al pretore, al quale l'effettività dell'obbligo era rimessa, fu per ovvie ragioni espunto dai compilatori. Si veda in questo senso R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 150 ss. A ogni buon conto la fonte dimostra che il *caput XXXV* della *lex Iulia* permetteva al figlio e alla figlia *in potestate* di informare il pretore del fatto che il *pater familias* aveva negato senza motivo il consenso al matrimonio. Tale disposizione della *lex Iulia* autorizzava dunque il magistrato a obbligare quest'ultimo, anche se non sappiamo in che modo. Si veda in questo senso Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.2, il quale ipotizza la previsione di una pena per il caso in cui l'obbligo non fosse stato adempiuto. È, altresì, opportuno ricordare la norma che rendeva invalido il giuramento, estorto ai liberti dal patrono, di non contrarre matrimonio. Cfr. Paul. 2 *ad leg. Ael. Sent.*, D. 37.14.6.4: *Lege Iulia de maritandis ordinibus remittitur iusiurandum, quod liberto in hoc impositum est, ne uxorem duceret, libertae, ne nuberet, si modo nuptias contrahere recte velint*. Il rispetto di tale disposizione, subordinata al fatto che i liberti volessero contrarre un matrimonio valido sia per il *ius civile* che *ex lege Iulia et Papia*, fu in seguito rafforzata probabilmente dalla *lex Aelia Sentia*, che sanzionò con la perdita del *ius patronatus* il patrono che avesse estorto il giuramento (cfr. Paul. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 37.14.15 e Ter. Clem. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 40.9.32 pr.). Su questo punto si vedano i rilievi di R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 207 s.; C. Masi Doria, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà speciali*, Jovene, Napoli 1996, p. 222 s.; Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.6.

<sup>14</sup> Cfr. Pap. 18 *quaest.*, D. 35.1.72.4; Ter. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, D. 35.1.64.1; P.S., 3.4b.2. Sul punto si vedano P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p. 14 s.; M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 160 s.;



assume la *condicio viduitatis* imposta dal testatore al coniuge<sup>15</sup>, la quale fu regolata dalla “*lex Iulia et Papia*” in un modo che resta da chiarire, nonostante sul punto siano state avanzate ipotesi interessanti<sup>16</sup>. Al contempo, la *vidua*, com’è noto, avrebbe dovuto osservare il cosiddetto *tempus lugendi*, che tradizionalmente si faceva risalire addirittura a Numa.

Nonostante sul punto le informazioni offerte dalle fonti siano scarse e oscure<sup>17</sup>, nel presente contributo si cercherà di far luce sulla concreta operatività e sull’impatto storico della disciplina delle seconde nozze approntata in un primo momento dalla *lex Iulia* nel contesto della normativa preesistente, nonché, in seguito, alla luce dei risultati conseguiti, di capire le ragioni delle modifiche introdotte dalla *lex Papia*<sup>18</sup>.

R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 161 s.; Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.4, secondo i quali la condizione ostativa del matrimonio, alla quale la disposizione testamentaria di volta in volta era stata sottoposta, avrebbe dovuto considerarsi tecnicamente nulla con la conseguenza che il beneficiario avrebbe potuto acquistare il lascito.

<sup>15</sup> Cfr. P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p. 14 s., il quale, a ragione, diversifica il caso della *condicio caelibatus*, ossia quella imposta da un terzo affinché non ci si sposasse per la prima o per la seconda volta, la quale era in ogni caso nulla Pap. *defin.*, D. 35.1.79.4), da quello della *condicio viduitatis* (cfr. *infra* § 2). Cfr. in questo senso, da ultimo, anche Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.4.

<sup>16</sup> Cfr. M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 161 ss.; R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 161 ss.; Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.4. Il regime normativo della *condicio viduitatis* fu modificato ed integrato da alcuni senatoconsulti, come attesta C. 6.40.3.1, ma l’approfondimento del tema esula dall’ambito del presente contributo, che è limitato alla indagine delle disposizioni originarie delle due *leges* matrimoniali augustee, per cui sul punto si rinvia in questa sede ai, del resto esaurienti, rilievi di R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 167.

<sup>17</sup> Come si dirà più avanti (cfr. *infra* 2), la materia plausibilmente fu oggetto della feconda riflessione giurisprudenziale sulla “*lex Iulia et Papia*”, nondimeno di essa resta ben poco. *Rebus sic stantibus*, nell’analisi del tema oggetto del presente contributo occorrerà a livello metodologico astenersi da quel rischio che sempre (ma soprattutto in questi casi) si corre di leggere il passato con le categorie dogmatiche del presente o addirittura di impiegarle per operare una ricostruzione di una possibile interpretazione delle disposizioni da parte dei giuristi romani. Sulla opportunità di un approccio autenticamente storico allo studio del diritto romano si vedano R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Il Mulino, Bologna 1987, p. 420 ss. e 456 ss.; P. Costa, *A che cosa serve la storia del diritto? Un sommesso elogio dell’inutilità*, in O. ROSELLI (a cura di), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2007, p. 23 ss.; M. Avenarius, *Tradition, Vorverständnis und Wirkungsgeschichte der Quellen. Vom Einfluß der geistesgeschichtlichen Hermeneutik auf das romanistische Verstehen*, in M. Avenarius (a cura di) *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts*, Nomos, Baden-Baden 2008, p. 10; Ch. Baldus, *Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik*, in J.D. Harke (a cura di), *Facetten des römischen Pfandrechts. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Springer, Berlin-Heidelberg 2012, p. 34; E. Stolfi, *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in M. Brutti, A. Somma (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Max Planck Institute for European Legal History, Berlin-Frankfurt am Main 2018, p. 558, ove ulteriore bibliografia.

<sup>18</sup> La normativa preesistente, come è noto, è caratterizzata dall’esistenza di altri istituti, come la *cautio Muciana*, che in qualche modo “interferiscono” con le disposizioni della “*lex Iulia et Papia*” (cfr. *infra* § 2) e che, essendo quasi sempre espressione del *mos maiorum* o comunque della tradizione, non furono intaccati dalla legislazione matrimoniale augustea. Questa, invero, da un lato, introdusse importanti, per non dire eversive, innovazioni, dall’altro, si dimostrò estremamente rispettosa del costume antico. Solo per fare un paio di esempi, la introduzione della sanzione della *incapacitas* per i celibi da parte della *lex*

2. Nelle fonti tecniche e atecniche risalenti al primo Principato il termine *vacatio* indica la sospensione della vigenza di un obbligo per un certo periodo di tempo<sup>19</sup>. Nei fatti essa comportava un'esenzione a tempo determinato per taluni soggetti<sup>20</sup>. Nel caso in questione a essere sospesa era la vigenza del principale onere previsto dalla *lex Iulia*, quello di stringere matrimonio, per il mancato rispetto del quale essa comminava, per usare il termine presente nella rubrica di Tit. Ulp. 14 (*De poena legis Iuliae*), la *poena* consistente nell'impossibilità per il celibe di *capere* il lascito destinato per testamento, dalla quale egli andava esente, ossia appunto l'*incapacitas*.

Sotto il titolo appena richiamato lo pseudo-Ulpiano indica altresì la durata di tale esenzione, riportando probabilmente, come di consueto, il dettato originale della *lex*<sup>21</sup>:

*Iulia* non riguardò i parenti fino al sesto grado (*exceptae personae*, cfr. *supra* nt. 7) e la *lex Papia*, nel prevedere un nuovo sistema di devoluzione dei *caduca* favorevole, al ricorrere di determinate condizioni, comunque riservò all'erario alcune quote ai parenti sino al terzo grado (cfr. Tit. Ulp. 18.1). Inoltre, è noto che le disposizioni della legislazione matrimoniale augustea riguardarono solamente la successione testamentaria e non si tradussero mai (se non in determinati casi e con molte cautele) in una lesione dei diritti e delle aspettative dei successori *ab intestato* con la sola eccezione dei *gentiles*, unici soggetti a vedersi preferito l'erario nel caso in cui non fosse per vari motivi possibile attribuire il lascito ad altri soggetti (cfr. Tit. Ulp. 28.7). Su questi ultimi temi mi permetto di rinviare a F. Bonin, *Tra ius antiquum, lex Iulia e lex Papia: il complesso destino dei caduca in età augustea*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, 12, 2019, p. 1 ss., ove ulteriore bibliografia. Da questo punto di vista il complesso normativo denominato "*lex Iulia et Papia*" rappresenta paradigmaticamente uno dei pilastri della edificazione del Principato Augusteo, il quale, almeno secondo la propaganda ufficiale, avrebbe dovuto comportare una restituzione della *res publica* e dei valori sui quali essa si era fondata.

<sup>19</sup> In questo senso, per esempio, il termine è impiegato anche da Svetonio proprio in relazione alla sospensione triennale di una legge del 4 che avrebbe dovuto inasprire le disposizioni della *lex Iulia* (cfr. sul punto, per tutti, T. Spagnuolo Vigorita, *Casta domus. Un seminario sulla legislazione matrimoniale augustea*, III ed., Jovene, Napoli 2010, p. 73), dopo che un censimento ordinato da Augusto nell'8 a.C. non dette i risultati auspicati dal *princeps*. Cfr. in quest'ultimo senso M.A. Fino, *Exempla tradere. Ricerche di diritto romano nella prospettiva dell'ecologia umana*, Jovene, Napoli 2018, p. 52 s.

<sup>20</sup> A differenza della *vacatio legis* si tratta in buona sostanza di un privilegio alla stregua dell'*immunitas*. Sul punto si veda B.A.J. Sirks, *Munera publica and Exemptions (vacatio, excusatio and immunitas)*, in J. Sobrequés, M. J. Peláez (a cura di), *Studies in Roman Law and Legal History in Honour of R. D'Abadal i De Vinyals on the occasion of the centenary*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1989, p. 102 s.

<sup>21</sup> Si tratta di una tecnica tipica della Scuola Proculiana, alla quale probabilmente il redattore del *liber singularis* originariamente apparteneva (cfr. in questo senso M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p. 98 e Id., *Il "liber singularis regularum" pseudoulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le "Institutiones" di Gaio*, in *Index. International Survey of Roman Law. Quaderni camerti di studi romanistici*, 34, 2006, p. 455 ss.), e funzionale alla cd. teoria della derogazione (cfr. Tit. Ulp. *princ.* § 3), che definiva nel dettaglio all'interno dell'opera l'azione modificativa delle leggi successive sulle precedenti (cfr. ancora sul punto F. Bonin, *Tra ius antiquum, lex Iulia e lex Papia*, cit., p. 20 ss.). Quest'ultima si basava sull'assunto *lex a legere*, per il quale la legge esige vigenza nella materia che regola sulla base del suo contenuto leggibile e dunque deroga in tutto e in parte alle leggi precedenti. Il pensiero giuridico preclassico, che poi sarà ripreso da Sabino, invece, si fondava sull'assunto *lex a legere iustum* e vedeva nella legge il vigore di principi giusti, per cui le leggi precedenti non perdevano vigenza e restavano significative a fini interpretativi. Cfr. O. Behrends, *Les "veteres" et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in *Revue*

Tit. Ulp. 14.1: *Feminis lex Iulia a morte viri anni tribuit vacationem, a divortio sex mensum ...*

Ai sensi di tale disposizione della *lex Iulia* le vedove per la durata di un anno dalla morte del marito e le donne divorziate nei sei mesi successivi allo scioglimento del matrimonio avevano la piena *capacitas*. Esse erano dunque in grado di acquistare le quote di eredità e i legati che fossero loro stati destinati per testamento. Allo scadere dei due termini la *lex Iulia* iniziava a considerarle come celibi e dunque, se del caso, a colpirle con una *incapacitas* totale. Ci si potrebbe chiedere per quale motivo la disposizione prevedesse due termini diversi per la vedova e per la divorziata. Ora, come si è accennato, il diritto romano arcaico aveva previsto il *tempus lugendi*, ossia un periodo di 10 mesi, durante il quale la vedova, al fine di evitare una possibile *turbatio sanguinis*, avrebbe dovuto soprattutto astenersi da relazioni sessuali e, a maggior ragione, dallo stringere un secondo matrimonio<sup>22</sup>. Tale obbligo non gravava probabilmente sulla donna divorziata ed è per questo che la *lex Iulia* potrebbe aver previsto in suo favore un termine dimezzato rispetto a quello riservato alla vedova<sup>23</sup>. Ne possiamo sicuramente evincere che con il termine *annus*, presente in Tit. Ulp. 14.1,

*historique de droit français et étranger*, 55, 1977, p. 7 ss. (=Id., *Scritti "italiani"*, a cura di C. Cascione, Jovene, Napoli 2009, p. 471 ss.); Id., *Die frau legis. Zum Gegensatz von Wortlaut- und Sinn Geltung in der römischen Gesetzinterpretation*, Schwarz, Göttingen 1982, p. 33 ss.; Id., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in *Index. International Survey of Roman Law. Quaderni camerti di studi romanistici*, 12, 1983/1984, p. 189 ss.; Id., *Antropologie juridique de la jurisprudence romaine*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 68.3, 1990, p. 277 ss.; Id., *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in O. Behrends, W. Sellert (a cura di), *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Vandenhoeck & Rupprecht Verlage, Göttingen 1995 (=Id., *Institut und Prinzip. Siedlungsgeschichtliche Grundlagen, philosophische Einflüsse und das Fortwirken der beiden republikanischen Konzeptionen in den kaiserzeitlichen Rechtsschulen*, I, a cura di M. Avenarius, R. Meyer Pritzl, C. Möller, Wallstein Verlag, Göttingen, 2004, p. 91 ss., da cui si cita), p. 163 ss. e 190 ss.

<sup>22</sup> Come è noto, il cd. *tempus lugendi* risale a una disposizione di Numa (cfr. Plut., *Num.* 12.2; Sen., *epist.* 63.13; *ad Helv.* 16.1). La vedova che non lo avesse rispettato avrebbe dovuto sacrificare una vacca gravida. Sul punto v. B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, II ed., Giuffrè, Milano 1998, p. 6; C. Fayer, *La familia romana. II. Aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia. Matrimonio. Dote*, L'Erma di Bretschneider, Roma 2005, p. 595 s. Alcuni autori (cfr., per esempio, P. Rasi, *Tempus lugendi*, in *Aa. Vv. Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, Società Editrice Vita e Pensiero, Milano 1947, p. 398 s., e J. Garcia Sanchez, *Algunas consideraciones sobre el "tempus lugendi"*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 23, 1976, p. 149) hanno ipotizzato che il relativo periodo fosse calcolato sulla base della gravidanza, per la quale erano necessari dieci mesi lunari, (cfr. Gell., *n. a.* 3.16.1 e 12). Altri, come J.F. Gardner, *Women in Roman Law and Society*, Routledge, London 1986, p. 35, vi vedono una connessione con la durata del primo anno secondo il calendario di Romolo, per l'appunto di dieci mesi (cfr. Ov., *fast.* 1.33-36). Sul punto si veda la ricostruzione dettagliata di P. Giunti, *Adulterio e leggi regie. Un reato fra storia e propaganda*, Giuffrè, Milano 1990, p. 104 ss. e, più di recente E. Bianchi, *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur. Fondamenti arcaici e classici*, Giuffrè, Milano 2009, p. 28 ss.

<sup>23</sup> Cfr. in questo senso già P. Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Sampaolesi, Milano 1925, p. 197 e, in seguito, R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 84.

come del resto è intuitivo, si intendesse un periodo di tempo di mesi 12<sup>24</sup>. Il problema è che le fonti non ci illuminano su quale fosse il rapporto tra *tempus lugendi* e la *vacatio* prevista dalla *lex Iulia*<sup>25</sup>.

Per risolverlo si può muovere dal dato, relativamente certo, che la *lex Iulia* avesse comunque contemplato e voluto rispettare il tradizionale periodo di lutto<sup>26</sup>, ma non è possibile sostenere che la *vacatio* annuale andasse a sommarsi a quest'ultimo, in quanto la fonte è estremamente precisa nell'individuare il *terminus a quo* nel momento della morte del marito<sup>27</sup>. Se ne deve evincere che i due termini decorressero entrambi a partire da tale momento. Resta da individuare la ragione per la quale la *lex Iulia* avesse concesso alle vedove solo 12 mesi, stante il termine di 10 mesi di *tempus lugendi*<sup>28</sup>, e soprattutto occorre capire come nel concreto la disposizione relativa alle seconde nozze dovesse essere attuata. Il quadro è complicato dalla circostanza che la vedova nello stringere il secondo matrimonio, per evitare le sanzioni di diritto ereditario stabilite dalla *lex Iulia*, avrebbe dovuto prestare il giuramento "*procreandae subolis gratia*"<sup>29</sup>. Soprattutto, tale giuramento, oltre che in relazione al periodo obbligatorio di lutto, assumeva rilievo qualora il marito nel testamento avesse sottoposto l'attribuzione del

<sup>24</sup> Sulla riforma numana del calendario romuleo, che verosimilmente estese l'anno di due mesi, cfr., da ultimo, R. D'Alessio, *Quasi sine tempore. La dimensione atemporale nel diritto privato romano*, Jovene, Napoli 2021, p. 53 nt. 43.

<sup>25</sup> Lo rileva, a ragione, R. Astolfi, *Definizione e libertà di matrimonio*, in *Diritto@Storia*, 15, 2017, online. Si tratta del capitolo I (pp. 3-62) di Id., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, II ed., Wolters Kluwer Cedam, Assago Padova 2014.

<sup>26</sup> Si esprimono in questi termini R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 167 e C. Fayer, *La familia romana*, II, cit., p. 595. Talora la legislazione matrimoniale augustea opera "contro" il *ius civile*, come avviene nel caso dei matrimoni stretti contro i divieti dalla stessa stabiliti, ma non è immaginabile che volesse spingere la vedova a violare un istituto come il *tempus lugendi*, anche nel caso in cui fosse stato offerto il *piaculum*, per raggiungere i propri preminenti fini, quelli demografici, in quanto peraltro accanto ad essi, seppur in posizione subordinata, essa aveva scopi etici.

<sup>27</sup> Ed è, inoltre, assai verosimile che, per i motivi illustrati *supra* nel testo e alla nt. 22, esattamente negli stessi inequivocabili termini (*a morte viri*) si esprimesse la *lex Iulia de maritandis ordinibus*.

<sup>28</sup> Il *tempus lugendi*, peraltro, fu portato a 12 mesi solo nell'anno 381 d.C. per effetto della costituzione raccolta in C. 5.9.2: Grat./Valentin./Theodos. AAA. Eutropio pp. *Si qua ex feminis perditio marito intra anni spatium alteri festinavit innubere (parvum enim temporis post decem menses servandum adicimus, tametsi id ipsum exiguum putemus), probrosus inusta notis honestioris nobilisque personae et decore et iure privetur atque omnia, quae de prioris mariti bonis vel iure sponsalium vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat, amittat.* <a. 381 D. III k. Iun. Constantinopoli Eucherio et Syagrio cons.>. Sul punto si veda C. Fayer, *La familia romana*, II, cit., p. 596 nt. 1052: «anche dopo che l'anno fu portato a dodici mesi si continuò a mantenere il periodo di lutto di dieci mesi», almeno fino all'emanazione di questa costituzione, raccolta anche in CTh. 3.8.1.

<sup>29</sup> C. 6.40.2 pr.: Iust. A. Iuliano pp. *Ambiguitates legis Iuliae miscellae generali lege tollentes nullum concedimus fieri iuramentum secundum praedictam legem, sed ... licere mulieribus ... et non dato sacramento procreandae subolis gratia, tamen ad secundas migrare nuptias ... ne ex necessitate legis et sacramento colorato periurium committatur.* <a. 531 D. x k. Mart. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. CC.>.

lascito alla condizione che, dopo la sua morte, la moglie permanesse nello stato di vedova (cd. *condicio viduitatis*)<sup>30</sup>.

Una Novella di Giustiniano dispose che in questo caso la coniuge superstite avrebbe potuto validamente *capere* le quote di eredità e i legati, qualora essa si fosse risposata entro l'anno dalla morte del marito, prestando entro lo stesso termine il suddetto giuramento<sup>31</sup>. Si tratta, però, di un punto di arrivo, che peraltro si pone in netta discontinuità con due costituzioni dello stesso Giustiniano emanate nel 531 con le quali egli aveva esonerato la donna destinataria della *condicio viduitatis* dall'obbligo di quel giuramento e anche della promessa di restituire il lascito, allo scopo di favorire le seconde nozze<sup>32</sup>.

È dunque altamente probabile che in età augustea, in particolare all'indomani dell'emanazione della *lex Iulia* e prima dell'entrata in vigore della *lex Papia*, la situazione fosse tanto diversa, quanto oscura. Innanzitutto, da un lato, prestando la *cautio Muciana*, anch'essa non più richiesta solo a partire della normativa giustiniana del 531<sup>33</sup>, la vedova avrebbe acquistato subito il legato, ma lo avrebbe perduto nel caso

<sup>30</sup> In questo senso si veda A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus: eine Untersuchung im Rahmen der Gesellschaftspolitik des Princeps*, Stuttgart, 1991, p. 136. La *lex Iulia* probabilmente si occupava anche della condizione di non risposarsi presente nel testamento della donna e rivolta al marito. Lo si inferisce dalla chiusa di C. 6.40.3.1: *Ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Iuliam miscellam et senatus consulta, quae circa eam facta sunt, nec non Mucianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est non solum in feminis, sed etiam in masculis cessare*. In questo senso M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 160 nt. 1 e Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.4. Sul punto, di recente, si veda F. Galgano, *Cautio Muciana e crisi di un'élite*, in *RDR*, 16-17, 2016-2017, p. 17, la quale precisa che la *condicio viduitatis* restava ammissibile, dopo la legislazione augustea, in ragione del fatto che il coniuge superstite poteva volersi mantenere fedele alla memoria del defunto, oppure nel caso in cui il testatore a favorire un matrimonio con una persona determinata da lui indicata, o, ancora, se apposta a disposizione che beneficiasse un estraneo diverso dal coniuge. Qualora invece essa fosse stata imposta in modo assoluto a carico del coniuge destinatario della disposizione risultava sicuramente illecita. Cfr. D. 35.1.72.4, Pap. 18 *quaest.*, da cui si può evincere che la clausola era considerata come non apposta.

<sup>31</sup> Nov. 22.43: Ὁ γὰρ καλούμενος Ἰούλιος miscellas παλαιῶς νόμος ἀρχαῖος τὸ τῆς παιδοποιίας προβαλλόμενος σπούδαςμα ἐπέτρεπε ταῖς γυναῖξιν, εἰ καὶ ὁ ἀνὴρ κωλοὶ καὶ τι καὶ ὑπὲρ τοῦτου καταλιμπάνοι, ὑπὲρ τοῦ μὴ πρὸς δεῦτερον ἀφίκεσθαι γάμον, ὅμως καὶ εἰς ἀνδρῶς φοιτᾶν καὶ ὀμνύειν, ὡς παίδων ἔνεκεν τοῦτο πράττοι, καὶ τὸ καταλελείμμενον λαμβάνειν. Cfr. sul punto ancora F. Galgano, *Cautio Muciana*, cit., p. 17, la quale rileva che, trascorso l'anno, invece, la vedova avrebbe dovuto restituire il lascito, se fosse passata a seconde nozze: «il giuramento che il matrimonio avesse scopo di procreazione serviva a fugare i dubbi sulle reali intenzioni dei nuovi nubendi, che dovevano apparire indirizzate a costituire una nuova famiglia e non certo ad acquistare il lascito».

<sup>32</sup> Cfr. C. 6.40.2 Iust. 1 *Cum enim mulieres ad hoc natura progenuit, ut partus ederent, et maxima eis cupiditas in hoc constituta est, quare scientes prudentesque periurium committi patimur? 2. Tale igitur iuramentum conquiescat et lex Iulia miscella cedat cum Muciana cautione super hoc introducta, a re publica separata. augeri etenim magis nostram rem publicam et multis hominibus progenitis frequentari quam impiis periuriis adfici volumus, cum satis esse inhumanum videtur per leges, quae periuria puniunt, viam periuriis aperiri; C. 6.40.3 Iust. A. Iohanni pp. Legem Iuliam miscellam quemadmodum in feminis sustulimus, ita et in masculis esse sublatam pertinere quidem ad sensum nostrae legis, quam super hoc promulgavimus, non est incertum.* <a. 531 D. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis vv. CC.>.

<sup>33</sup> Cfr. in questo senso F. Galgano, *Cautio Muciana*, cit., p. 11.

e nel momento in cui in seguito si fosse risposata<sup>34</sup>. Dall'altro lato, in forza di una disposizione della *lex Iulia* essa grazie a un secondo matrimonio, stretto entro l'anno dalla morte del marito, avrebbe potuto acquistare la proprietà sul lascito in maniera definitiva<sup>35</sup>, come poi confermerà lo stesso Giustiniano<sup>36</sup>.

È allora plausibile che il problema della vigenza contemporanea della prescrizione relativa al *tempus lugendi*, della *cautio Muciana* e della disposizione della *lex Iulia* fosse stato affrontato dai giuristi in via interpretativa, ma i frammenti conservati nel Digesto, che non menzionano l'istituto muciano, potrebbero essere stati interpolati sulla scia del disposto delle due costituzioni di Giustiniano pocanzi richiamate<sup>37</sup>. Ancor prima, inoltre, come vedremo a breve, la *lex Papia* aveva esteso il termine originariamente previsto dalla *lex Iulia*<sup>38</sup>.

Appare evidente che la *ratio* del giuramento consisteva nell'evitare che le vedove si risposassero unicamente allo scopo precipuo di poter acquistare il lascito<sup>39</sup>, ma è arduo stabilire quale fosse esattamente il contenuto del giuramento e, soprattutto, quando esattamente esso dovesse essere prestato, anche in considerazione del fatto che la vedova doveva rispettare il *tempus lugendi* e prestare la *cautio Muciana*. Su questo punto la letteratura meno risalente si è divisa<sup>40</sup>. Per alcuni la *condicio viduitatis*,

<sup>34</sup> Sulla ben nota figura della *cautio Muciana* si veda, in generale, P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, Giuffrè, Milano 1963, p. 604 s.

<sup>35</sup> Cfr. Tit. Ulp. 14.1 e C. 6.40.3.1 (cfr. *infra* nt. 52).

<sup>36</sup> Come dimostra l'espressione τὸ καταλείμμενον λαμβάνειν, presente in Nov. 22.43, in cui la disposizione è curiosamente attribuita, così come in Nov. 22.4.8, C. 6.40 tit., pr. e 2 e C. 6.40.3.1, a una "*lex Iulia Miscella*", espressione con la quale comunque si può ritenere che il provvedimento intendesse riferirsi alla *lex Iulia de maritandis ordinibus*. Invero, pare verosimile che tale definizione trovi ragione nel fatto che i compilatori non conoscessero il significato di *miscella* nel senso di *satura* (cfr. Cfr. Fest. p. 413 L.: *Satura, et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex tunc aliis legibus conferta*), ossia di provvedimento che affronta svariati temi, per cui l'avrebbero attribuita (peraltro solo in Nov. 22) a un certo Iulius Miscellus, del quale le fonti però non offrono alcuna informazione. In questo senso si veda R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Cedam, Padova 2006, 22 ss. È dunque verosimile che i provvedimenti citati alludessero non già alla "*lex Iulia et Papia*" considerata nel suo complesso normativo, ma proprio alla *lex Iulia*, come sostenuto da R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 171, nonché, da ultimo, anche da D. Mantovani, *Legum multitudo e diritto privato. Revisione critica della tesi di Giovanni Rotondi*, in J.-L. Ferrary, (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Iuss Press, Pavia 2012, p. 746. La posizione appare corretta perché comunque la *lex Papia*, a differenza della *lex Iulia*, non è menzionata nella definizione e, soprattutto, occorre considerare il fatto che già quest'ultima, in sé considerata, era *satura* nel senso appena esposto. Come è noto, infatti, essa trattava non solo, come può evincersi dall'espressione *de maritandis ordinibus*, dei divieti matrimoniali, ma anche, per esempio, del *ius liberorum*, delle sanzioni di carattere ereditario (anzi, esse resteranno di base le stesse anche dopo l'emanazione della *lex Papia* che si limiterà ad aggiungere l'obbligo procreativo al meccanismo sanzionatorio già previsto dalla *lex Iulia*), appunto della rimozione degli ostacoli al matrimonio e di altro ancora.

<sup>37</sup> Cfr. in questo senso ancora F. Galgano, *Cautio Muciana*, cit., p. 11 nt. 44.

<sup>38</sup> E forse anche per i successivi mutamenti di regime operati con senatoconsulti, vedi *supra* nt. 16.

<sup>39</sup> Cfr. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 166, nonché F. Galgano, *Cautio Muciana*, cit., p. 17

<sup>40</sup> A partire da P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p. 14 s., infatti, è stata sostanzialmente abbandonata la tesi dei Culti, in particolare quella di J.G. Heineccius, *Ad legem Iuliam et Papiam commentarius quo multa iuris auctorumque veterum loca explicantur, vindicantur, emendantur atque illustrantur*<sup>4</sup>, R. et G.

imposta dal marito alla vedova o dalla moglie al vedovo<sup>41</sup>, nonostante quanto si possa evincere dalle costituzioni di Giustiniano, avrebbe sempre condotto alla nullità della disposizione<sup>42</sup>. Per altri il giuramento avrebbe dovuto riguardare anche le seconde nozze ed essere prestato nel giro dell'anno<sup>43</sup>, mentre queste ultime sarebbero state possibili solo in seguito allo scadere del termine annuale<sup>44</sup>. Se la vedova avesse prestato il giuramento, la *condicio viduitatis* sarebbe stata nulla<sup>45</sup> ed ella avrebbe potuto risposarsi dopo il termine stabilito e mantenere i beni ricevuti grazie alla *cautio Muciana*. Qualora invece non avesse prestato il giuramento, secondo questa linea interpretativa, avrebbe validamente operato la *condicio viduitatis* ed eventuali seconde nozze non avrebbero impedito la perdita dei beni<sup>46</sup>. Nondimeno, non sono mancate interpretazioni divergenti, secondo le quali dalle fonti sarebbe solamente possibile evincere che un secondo matrimonio della vedova e la prestazione del giuramento *procreandae subolis gratia*, con il quale ella si sarebbe obbligata a risposarsi e a procreare, avrebbero dovuto aver luogo entro l'anno dalla morte del marito<sup>47</sup>. Dopo la scadenza di tale termine la *condicio viduitatis* sarebbe stata ancora valida, per cui

Wetstenios, Amstelaedami 1726, p. 296 e 302 s., secondo la quale le leggi matrimoniali augustee nel loro disposto originario avrebbero prescritto l'invalidità *tout court* della *condicio viduitatis*, anche qualora essa fosse stata imposta da un terzo, cd. *condicio caelibatus*. Come, da ultimo, ha rilevato Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 4.4., se la condizione era la persistenza nel celibato, la legge la privava di ogni effetto e l'erede o il legatario poteva acquistare i beni anche se si fosse sposato (cfr. in questo senso già P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p.15 e M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 161 e nt. 3 sulla base di PS. 3.4b.2 e D. 35.1.64pr.-1, Ter. Clem 5 *ad leg. Iul. et Pap.*, per il legato, anche se non è possibile stabilire in quale delle due *leges* augustee la disposizione fosse contenuta, così come se un terzo avesse imposto a una donna o a un uomo di non convolare a seconde nozze (cfr. M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 161 e nt. 3 sulla base di D. 35.1.79.4, Pap. 1 *defin.*). Parimenti nulla era la condizione imposta al destinatario di quote di eredità o legati nel caso in cui ciò avvenisse in via indiretta, in frode alla legge, facendo gravare la *condicio* su un parente prossimo legato a quest'ultimo da *patria potestas*. Cfr. D. 35.1.79.4, Pap. 1 *def.*

<sup>41</sup> Anche se il secondo caso è più dubbio e certo doveva verificarsi più raramente. Cfr. ancora C. 6.40.3, su cui si veda M. Humbert, *Le remariage*, p. 160 nt. 1.

<sup>42</sup> Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*, Beck, München 1955, p. 274, al cui avviso ciò sarebbe chiaramente dimostrato da alcuni frammenti dei giuristi successivi. Si tratta in particolare di PS. 3.4b.2; D. 35.1.62.2, Ter. Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap.* E D. 35.1.64 Ter. Clem. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*

<sup>43</sup> Cfr. Frag. Vat. 58, Paul. 1 *manual.* Sul punto si veda M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 162 ss., secondo il quale la interpretazione "tradizionale" di P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p. 15 s. e di B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*, Giuffrè, Milano 1955, p. 556, sarebbe sostanzialmente da respingere (cfr. *infra* nel testo).

<sup>44</sup> Il riferimento è a M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 165 s.

<sup>45</sup> Cfr. D. 35.1.62.2, Ter. Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap.*; D. 35.1.74, Pap. 32 *quaest.*

<sup>46</sup> Cfr. in questo senso ancora M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 166, il quale, a ragione, ritiene altresì che il legato avrebbe dovuto essere restituito dalla donna qualora ella avesse prestato il giuramento dopo aver compiuto i 50 anni, in quanto a quell'età per la legislazione matrimoniale augustea non sarebbe stata più in condizione di procreare.

<sup>47</sup> Cfr. in questo senso anche R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, cit., p. 21, che sul punto si allinea alle opinioni già espresse da P. Jörs, *Ueber das Verhältnis*, cit., p. 15 s. e di B. Biondi, *Successione testamentaria*, cit., p. 556, e P. Voci, *Diritto ereditario romano*, II, cit., p. 605 e 798.

l'oggetto del legato o dell'eredità sarebbe stato ricevibile solo grazie a una *cautio Muciana* e sarebbe andato perduto in caso di seconde nozze.

In effetti, si è visto che il *tempus lugendi* era più breve di due mesi della *vacatio* prevista dalla *lex Iulia*<sup>48</sup>. È dunque plausibile che il periodo riservato al lutto fosse stato preso in considerazione dalla disposizione della stessa *lex*, la quale prevedeva che la vedova, non entro i 10 mesi, bensì appunto entro il termine più ampio di 12 mesi, dovesse risposarsi, in quanto entrambi i termini decorrevano *a morte viri*<sup>49</sup>. In altri termini, la *lex Iulia* avrebbe imposto che la vedova dovesse passare a seconde nozze nei due mesi che intercorrevano tra la fine del *tempus lugendi* e la fine della *vacatio*, periodo in cui evidentemente le sanzioni di carattere ereditario erano ancora sospese.

In questo modo a tutte le vedove, incluse quelle alle quali era stata imposta una *condicio viduitatis*, veniva richiesto di risposarsi in un termine particolarmente ristretto, se volevano risultare *capaces* di acquistare i lasciti disposti in loro favore in qualunque momento dopo la morte del marito. La soluzione potrebbe essere confermata dal fatto che la giurisprudenza in seguito ammise la validità di una *condicio viduitatis* temporanea<sup>50</sup> e in questo modo si spiegherebbe la circostanza per cui la *lex Iulia* avesse concesso proprio 12 mesi di *vacatio* alla vedova e non solamente 10<sup>51</sup>.

3. Ancor prima che per effetto di taluni senatoconsulti successivi, ai quali si richiama espressamente e puntualmente la costituzione di Giustiniano conservata in C. 6.40.3.1<sup>52</sup>, la disciplina relativa alle seconde nozze predisposta dalla *lex Iulia* fu modificata dalla *lex Papia*. In particolare è Tit. Ulp. 14.1, a rivelare che la *vacatio* prevista dalla prima legge matrimoniale augustea in favore delle vedove fu significativamente prolungata dalla seconda:

<sup>48</sup> Cfr. *supra* nel testo di questo paragrafo.

<sup>49</sup> Cfr. contra M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 163 s., per il quale le seconde nozze semplicemente sarebbero state impedito dalla vigenza del *tempus lugendi*. Le norme relative alla *condicio viduitatis* avrebbero comportato la conseguenza che i matrimoni sarebbero stati verosimilmente stretti in maniera frettolosa per cui pare che molte donne siano state respinte. Tali norme sono però in contraddizione con i termini per le seconde nozze previsti dalla *lex Iulia* e dalla *lex Papia* (cfr. Tit. Ulp. 14. 1). La *lex Papia*, allorché estese da 6 a 12 mesi il termine introdotto dalla *lex Iulia*, aveva evidentemente presupposto che difficilmente la donna divorziata avrebbe potuto risposarsi in breve tempo.

<sup>50</sup> Cfr. D. 35.1.62.2, Ter. Clem. 4 *ad leg. Iul. et Pap. Cum vir uxori "si a liberis ne nubserit" in annos singulos aliquid legavit, quid iuris sit? Iulianus respondit posse mulierem nubere et legatum capere. quod si ita scriptum esset "si a liberis impuberibus ne nubserit", legem locum non habere, quia magis cura liberorum quam viduitas iniungeretur*. Sul punto v. M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 169 e nt. 21 e R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 168.

<sup>51</sup> Nonostante, come è stato giustamente rilevato M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 164, da Nov. 22.43 emerge inequivocabilmente che le vedove si risposavano, in effetti, dopo la scadenza del termine di un anno. Ciò, però, si spiega in ragione del fatto che al tempo di Giustiniano il *tempus lugendi* era stato esteso a 12 mesi.

<sup>52</sup> C. 6.40.3.1: *Imperator Iustinianus. Ne tamen quaedam ambiguitas simplices animos moveat, etiam expressim sancimus legem Iuliam miscellam et senatus consulta, quae circa eam facta sunt, nec non Mucianam cautionem, quae super talibus nuptiis introducta est, non solum in feminis, sed etiam in*



... *lex autem Papia a morte viri biennii, a repudio anni et sex mensum.*

L'estensione è qui espressa all'interno della cosiddetta teoria della derogazione<sup>53</sup>. Invero, lo pseudoulpiano restituisce il dettato della *lex Papia*, il quale, se letto insieme a quello diverso della *lex Iulia*, riportato nella prima parte del frammento<sup>54</sup>, lascia intendere che siamo in presenza di un caso di *derogare*<sup>55</sup>, secondo quanto si può leggere in Tit. Ulp., *princ.* § 3<sup>56</sup>. In particolare, la *lex Papia* in questo caso non avrebbe riprodotto la disposizione della *lex Iulia*, come probabilmente avveniva invece in caso di conferma della stessa<sup>57</sup>, bensì previsto un nuovo, più esteso, termine per la sospensione delle sanzioni di carattere ereditario, con il che si verificò una abolizione parziale della norma precedente<sup>58</sup>.

Normalmente il prolungamento del termine di sospensione a due anni<sup>59</sup> è posto in relazione con il rispetto dovuto alla *univira*<sup>60</sup>. In particolare, è da ritenere che i due mesi di tempo concessi dalla *lex Iulia* per contrarre nuove nozze dopo lo spirare del *tempus lugendi* senza incorrere nell'*incapacitas* siano stati ritenuti troppo gravosi dalla *lex Papia*, la quale ne concesse alla vedova ben quattordici. In conseguenza di ciò,

*masculis cessare.* <a. 531 d. k. Nov. Constantinopoli post consulatum Lampadii et Orestis uu. cc.>. Sul provvedimento si veda M. Humbert, *Le remariage*, cit., p. 166, il quale ritiene che i senatoconsulti citati nel testo siano da identificarsi con il Persiciano e il Calvisiano (cfr. Tit. Ulp. 16.3-4), in quanto le seconde nozze imposte dalle leggi matrimoniali non potevano che essere strette *liberorum procreandorum causa*. Meno certo sul punto è R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 167.

<sup>53</sup> Cfr. *supra* nt. 21.

<sup>54</sup> Cfr. *supra* § 2.

<sup>55</sup> Cfr. in questo senso già M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., p. 332 nt. 37.

<sup>56</sup> *Lex aut "rogatur", id est fertur; aut "abrogatur", id est prior lex tollitur; aut "derogatur", id est pars primae legis tollitur; aut "subrogatur", id est adicitur aliquid primae legi; aut "obrogatur", id est mutatur aliquid ex prima lege.*

<sup>57</sup> Sul punto mi permetto di rinviare a F. Bonin, *Intra "legem Iuliam et Papiam"*, cit., p. 170 ss., ove il collegamento testuale tra le due *leges* è ricostruito a partire da quanto si può evincere dalla *lex municipii troesmensium*.

<sup>58</sup> Che proprio in una abolizione parziale dovesse consistere la deroga in questione è già stato, a ragione, sostenuto da C. Masi Doria, *Brevi note su Ulp. 18 ad ed., D. 9.2.1 pr.*, in *Studi in onore di Remo Martini*, II, Giuffrè, Milano 2009, p. 743 ss., part. 749 nt. 15.

<sup>59</sup> J. Cujas, *Notae in titulos XXIX Ulpiani*, in *Jacobi Cujacii ic. Tolosatis opera ad Parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatoria*, VI, Giachetti, Prati 1838, VI, p. 232 legge *triennij* in connessione della *vacatio trienni* di cui riferisce Suet., *Aug.* 34.2 e sullo sfondo dell'osservazione che alla relazione tra i termini previsti dalla *lex Iulia* (1 anno e 6 mesi) avrebbe corrispondere quella tra i termini introdotti successivamente dalla *lex Papia* (3 anni e 1 anno e 6 mesi). Si veda in questo senso anche A. Mette-Dittmann, *Die Ehegesetze des Augustus*, cit., p. 132, e S. Treggiari, *Roman Marriage: Iusti Coniuges from the Time of Cicero to the time of Ulpian*, Clarendon Press, Oxford 1991, p. 73 nt. 141. L'ipotesi è, però, resa inverosimile dal fatto che la *vacatio* di Suet., *Aug.* 32.4 è una *vacatio legis* e può essere letta in connessione solo con Cass. Dio 56.7.3 nel contesto dello sviluppo diacronico della riforma matrimoniale. Lo hanno rilevato, a ragione, già R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 84 nt. 59 e Ph. Moreau, *Loi Iulia*, cit., § 3.4.

<sup>60</sup> Cfr. R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 85; P. Niczyporuk, *Żaloba i powtórne małżeństwo wdowy w prawie rzymskim*, Temida 2, Białystok 2002, p. 89 e 118 ss., C. Fayer, *La familia romana*, II, cit., p. 597.

potrebbe aver subito un prolungamento anche il termine entro il quale le vedove cui era stata imposta la *condicio viduitatis* potevano risposarsi per ottenere definitivamente il bene loro attribuito in legato o la quota di eredità.

Si può allora ipotizzare che il regime che richiedeva le seconde nozze tassativamente entro lo scadere del termine di sospensione sia stato previsto al prima dalla *lex Papia*<sup>61</sup>. Ciò peraltro fornirebbe una spiegazione per la formulazione incerta di Nov. 22.43 e per l'impiego in essa dell'inusuale espressione *lex Iulia Miscella*<sup>62</sup>. Oltre ad estendere il periodo di sospensione delle sanzioni caducarie a 24 mesi, la *lex Papia* potrebbe aver disposto che per soddisfare la *condicio viduitatis* e contemporaneamente non incorrere nella caducità, qualora le fosse stato attribuito un legato o una quota di eredità per testamento, la vedova avrebbe potuto prestare giuramento entro un anno dalla morte del marito. Tali disposizioni, in particolare quella relativa alla necessità del giuramento, potrebbero, infatti, essersi rese necessarie anche per il fatto che, dopo l'emanazione della *lex Iulia*, verosimilmente le vedove avevano iniziato a risposarsi solo per appropriarsi del bene oggetto della *cautio Muciana*.

Lo pseudoulpiano riporta che la *lex Papia* fissò a 18 mesi il termine di cui stiamo parlando per il caso di *repudium*. Ciò ha indotto taluno a ritenere che la *lex Papia* avesse invece lasciato invariato il termine fissato a 6 mesi dalla *lex Iulia* per il caso di divorzio<sup>63</sup>. Sebbene nel *liber singularis regularum repudium* e *divortium* talora siano impiegati come sinonimi<sup>64</sup>, non si può escludere che le leggi matrimoniali avessero previsto discipline diverse per i due diversi casi. In particolare, la *lex Papia* potrebbe aver concesso un termine più lungo alla donna ripudiata per il fatto che ella non era responsabile dello scioglimento del matrimonio, a differenza della donna divorziata, la quale per questo, anche in considerazione del *tempus lugendi*, potrebbe aver avuto a disposizione 12 mesi. Con ciò la *lex Papia*, concedendo alla vedova 24 mesi e alla divorziata 12, potrebbe, infatti, aver mantenuto invariato il rapporto tra i termini per le stesse previsti dalla *lex Iulia*, ossia rispettivamente 12 e 6 mesi.

<sup>61</sup> Si potrebbe anche supporre che il regime vigesse anche dopo l'estensione del periodo di lutto a 12 mesi, dopo la quale il tempo a disposizione per risposarsi senza incorrere nelle sanzioni di carattere ereditario previste dalla normativa matrimoniale potrebbe essersi corrispondentemente esteso da 12 a 14 mesi.

<sup>62</sup> L'espressione compare solo nel *Codex* e nelle *Novellae*, nelle quali si trova la spiegazione, invero discutibile, secondo cui la *lex* sarebbe stata promossa da un certo Iulius Miscellus, non attestato altrove. È allora più plausibile che le fonti in questione impieghino l'aggettivo *miscella* come sinonimo di *satura* e dunque con il significato di "mista". Si veda in questo senso R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 171, che per questo motivo identifica questa "*lex Iulia Miscella*" con la *lex Iulia de maritandis ordinibus*, che, non a caso, come sappiamo, conteneva disposizioni di vario genere.

<sup>63</sup> Si veda R. Astolfi, *La lex Iulia et Papia*, cit., p. 84 nt. 59.

<sup>64</sup> Cfr. Gell., *n. a.* 17.21.44 e Val. Max., 2.1.4. Sul punto si veda M. Avenarius, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, p. 332 s.: «die Erklärung dafür, daß die beiden unterschiedlichen Ausdrücke in einem Satz auftreten, [...] nur darin liegen [kann], daß der Text hier, ebenso wie in Tit. 13, den Wortlaut des jeweils zugrundeliegenden Gesetzes bewahrt».

4. All'esito dell'analisi svolta, con riguardo all'impatto storico della normativa relativa alle seconde nozze prevista dalla legislazione matrimoniale augustea, è possibile concludere che la disciplina inizialmente prevista della *lex Iulia* sia stata attenuata dalle due *derogationes* operate dalla *lex Papia*. Infatti, per effetto di quest'ultima le nuove nozze avrebbero dovuto condurre alla generazione di almeno un figlio affinché i coniugi avessero la piena *capacitas* di acquistare eredità e legati. Tale inasprimento trova, però, un temperamento nella disciplina prevista dalla stessa *lex* in ordine al tempo concesso per le seconde nozze, che risultò considerevolmente più lungo. Se ne capisce il motivo tenendo in considerazione, in un'ottica diacronica, lo sviluppo storico della legislazione in parola. In particolare, il suddetto temperamento potrebbe essere scaturito dalle difficoltà incontrate dal *princeps* nel processo di completamento della sua riforma matrimoniale. Più in generale, si può immaginare che quella esaminata nel presente contributo, così come altre attenuazioni che possiamo riscontrare nella versione finale della *lex Papia*, per quanto conoscibili, costituisca il risultato di un compromesso. L'introduzione della *incapacitas* parziale per gli *orbi*, che Augusto aveva cercato di imporre, probabilmente in maniera totale con la *lex Aelia Sentia* del 4 d.C., nonché le proteste che quest'ultima aveva suscitato presso la popolazione di Roma, potrebbero aver costretto il *princeps* ad attenuare con la *lex Papia* per converso alcune disposizioni della *lex Iulia* da tempo in vigore.

Da questo punto di vista il quadro normativo che emerge dalla normativa in materia di seconde nozze della legislazione matrimoniale augustea è, per così dire, paradigmatico della prima politica imperiale, volta a innovare ma comunque ancorata a una reintroduzione della tradizione del *mos maiorum*.

Valeria Castelli

DOPPIA TRANSIZIONE ECOLOGICO DIGITALE DELLE IMPRESE:  
ALCUNE RIFLESSIONI SUL'IMPATTO DELLA STESSA SU DOVERI E  
RESPONSABILITÀ DEL MANAGEMENT \*

ABSTRACT

Sostenibilità e digitalizzazione hanno rappresentato gli elementi chiave di un cambiamento tanto culturale quanto operativo, che ha investito l'intero comparto delle imprese sia a livello nazionale che sovranazionale. Il presente scritto propone alcune riflessioni circa le ricadute che il fenomeno della c.d. doppia transizione ecologico-digitale avrebbe sulle mansioni e sulle responsabilità del management aziendale.

Sustainability and digitalisation have been the key factors in a transition that is as much cultural as it is operative, and that has affected the entire corporate sector at both national and transnational levels. This paper offers some thoughts on the effects that the phenomenon of the so-called double digital-ecological transition would have on the duties and responsibilities of corporate management.

PAROLE CHIAVE

Gestione dell'impresa – Sostenibilità – Governance - Sustainability - Digitalisation  
Digitalizzazione

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La governance sostenibile. – 3. La governance “intelligente”. – 4. L'insindacabilità della scelta del management di operare una doppia transizione.

1. Il fenomeno pandemico, le crisi finanziarie, i cambiamenti climatici nonché da ultima la crisi politica che ha colpito i Paesi dell'Est europeo, hanno agito da propulsore nei confronti del – già in atto – processo di doppia transizione verso una gestione più digitale e sostenibile dell'attività d'impresa. Si potrebbe affermare che sostenibilità e digitalizzazione rappresentino gli elementi chiave di un cambiamento tanto culturale quanto operativo, che ha investito l'intero comparto delle imprese, prescindendo da natura e dimensione delle stesse<sup>1</sup>. Detta transizione, a sua volta, ha fatto emergere nuove mansioni e potenziali nuove responsabilità per il management aziendale.

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

<sup>1</sup> Assonime, *L'evoluzione dell'organo amministrativo tra sostenibilità e trasformazione digitale*, Note e Studi, 1/2023.

Tra i possibili significati della locuzione “gestione dell’impresa” vi è di certo quello di scelta<sup>2</sup> tra diversi possibili iter per il raggiungimento di uno scopo ben preciso e, essendo una scelta relativa all’impresa, essa dev’essere compiuta nel rispetto dei principi contenuti all’interno degli artt. 2082 e 2083 c.c.<sup>3</sup>; fine e modalità di perseguimento dello scopo suddetto sono stabilite dai soci – nell’ipotesi che maggiormente interessa ai fini del presente scritto, ossia dell’impresa esercitata in forma societaria – e formalizzate all’interno dell’atto costitutivo. Ancora, i soggetti incaricati delle scelte, ossia il management, non assumono le stesse seguendo un proprio interesse personale, bensì seguendo il c.d. interesse sociale esplicitato all’interno del patto sociale e vincolato alle finalità perseguite dall’ente stesso<sup>4</sup>; tali scelte, come è noto, generano per gli amministratori in determinate circostanze una responsabilità<sup>5</sup>.

2. Quanto al concetto di “gestione sostenibile”, si potrebbe intendere l’insieme delle scelte adottate dal management, assunte tenendo conto della sostenibilità delle stesse<sup>6</sup>.

Nell’ultimo ventennio<sup>7</sup> si è giunti alla consapevolezza che le aziende, per progredire, dovessero seguire una programmazione più *green* e socialmente responsabile; esimi Autori<sup>8</sup> hanno ritenuto che, qualora le imprese si fossero obbligate a rendicontare pubblicamente il loro impegno nell’implementazione di *policy* sostenibili, ciò avrebbe procurato beneficio non solo all’impresa stessa ma all’intero circuito economico. Tale presa di coscienza è stata formalizzata attraverso il concetto di *Corporate Social Responsibility (CSR)* <sup>9</sup>, ossia l’insieme delle pratiche di misurazione e rendicontazione delle ripercussioni che un’attività d’impresa può avere a livello sociale ed ambientale, nell’ottica di una maggiore sostenibilità. Tale processo di *awareness* ha portato a ricalibrare i paradigmi del mercato attuale, tant’è che oggi le imprese sono giunte a comprendere come essere sostenibili non equivalga a conseguire un’etichetta da esibire o un *trend* da assecondare, laddove fare impresa sostenibile

<sup>2</sup> C. Angelici, *Interesse sociale e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2012, I, 573 ss.

<sup>3</sup> G. Marasà, *L’imprenditore. Artt. 2082-2083*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2021,

<sup>4</sup> Sul tema P. Spada, *Diritto commerciale. Elementi*, Vol. 2, Padova, 2009, *passim*; nonché M. Stella Richter JR., *In principio sono sempre le funzioni*, in *Riv. soc.*, 2019, 20 ss.

<sup>5</sup> M. Onza, *Gestione sostenibile” dell’impresa, “adeguati assetti” e (una annotazione su) “interesse sociale”*: *spunti di riflessione*, Ristrutturazioni Aziendali, 17 marzo 2023, reperibile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>6</sup> *Ibidem*.<sup>8</sup>

<sup>7</sup> A. Muller, A. Kolk, *Extrinsic and Intrinsic Drivers of Corporate Social Performance: Evidence from Foreign and Domestic Firms in Mexico*, *Journal of Management Studies*, 2010, 47(1), 1-26; N.C. SMITH, *Corporate Social Responsibility: not whether, but how?*, London Business School, 2003, London.

<sup>8</sup> K.P. Pucker, *Overselling Sustainability Reporting*, *Harvard Business Review*, 99(3), 2021, p. 136.

<sup>9</sup> Per un approfondimento, C. Nigro, M. Petracca, *La Corporate Social Responsibility: dalle origini all’approccio situazionista. Focus sui processi di isomorfismo e di decoupling*, Giappichelli, novembre 2016, *Cap. 1*.

significa abbracciare un'etica aziendale fondata su tali principi. Va altresì evidenziato che, attualmente, l'implementazione di una *policy* aziendale sostenibile rappresenta un vero e proprio vantaggio competitivo per l'ente, che diversamente – data l'inversione del paradigma di mercato<sup>10</sup> – correrebbe il rischio di esserne escluso. I CDA dovrebbero quindi optare per strategie aziendali tese alla creazione di valore a lungo termine, piuttosto che focalizzarsi sulla massimizzazione del profitto nel breve periodo, cercando un punto d'incontro tra approccio sostenibile e minimizzazione del rischio.<sup>11</sup>

Da ciò muove il concetto di *corporate governance* sostenibile, da intendersi come architettura di modelli di governance in un'ottica di tipo *stakeholder view* che riesca a trasferire il *focus* delle imprese dagli azionisti e dalla generazione di profitto alla collettività connessa all'impresa ed alla realizzazione di valore socioeconomico.

Quanto detto, sotto il profilo giuridico, è stato tradotto in direttive europee che hanno dato il via a nuovi obblighi in materia di rendicontazione dell'attività d'impresa<sup>12</sup>, introducendo la prassi relativa alla c.d. rendicontazione non finanziaria (o di sostenibilità) nonché le regole sulla c.d. *due diligence* in materia di sostenibilità dell'attività<sup>13</sup>. Ulteriore spunto normativo utile a comprendere l'importanza

<sup>10</sup> Per inversione di paradigma si fa riferimento alla transizione da un'impostazione "friedmaniana" (per un approfondimento sul tema si rimanda a M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase Its Profits*, New York Times, 1970), centrata sulla massimizzazione del profitto a breve per l'azionista, ad un'impostazione "freemaniana" (R. E. Freeman, *Strategic Management: A Stakeholder Approach*, Cambridge University Press, 2010 – opera che ha dato i natali alla nota Teoria degli Stakeholders) secondo cui un'azienda attraverso il suo operato è chiamata a generare valore non soltanto per gli shareholders ma anche per gli stakeholder (fornitori, clienti, distributori, comunità) con cui s'interfaccia. Con il suo scritto, Freeman pone in luce la c.d. responsabilità sociale che l'impresa è chiamata a perseguire nei confronti di tutti gli attori in gioco. Sino a giungere alla più recente ed illuminata ipotesi di risoluzione dei conflitti, (per un approfondimento si rimanda a J. M. Calton, S. L. Payne, *Coping With Paradox: Multistakeholder Learning Dialogue as a Pluralist Sensemaking Process for Addressing Messy Problems*, *Business & Society*, Vol. 42 (1), marzo 2003, D. P. Baron, *A positive theory of moral management, social pressure, and corporate social performance*, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 18(1), 2009. Più recentemente H.J. Stern, *Better executive bonus plans for environmental, social and corporate governance (ESG)*, Ph.D. The Journal of Total Rewards, 2020.) secondo cui quanto è "sostenibile" per le persone e l'ambiente lo sarà per le imprese ed i rendimenti degli azionisti nel lungo periodo, evidenziando l'allineamento tra obiettivi ESG e interessi degli *shareholders*.

<sup>11</sup> Si rimanda ai documenti OECD, *Public Consultation on Draft Revisions to the G20/OECD Principles of Corporate Governance*, 19 September – 21 October 2022, p. 47, reperibile al seguente link: <https://www.oecd.org/corporate/ca/public-consultation-review-G20-OECD-principles-corporate-governance.pdf>; ICGN, *Global Governance Principles*, 2021, reperibile al seguente link <https://www.icgn.org/sites/default/files/202204/ICGN%20Global%20Governance%20Principles%20021.pdf>.

<sup>12</sup> Le direttive in oggetto sono rispettivamente la direttiva 2014/95/UE, e la più recente direttiva 2022/2464/UE che sostituisce la precedente direttiva in materia di informazioni non finanziarie (la direttiva 2013/34/UE), estendendone il raggio di applicazione ed il contenuto delle informazioni da fornire, ed introduce il concetto di rendicontazione di sostenibilità.

<sup>13</sup> Il Parlamento europeo ha adottato la *Corporate Sustainability Due Diligence Directive* (CSDDD), relativa al dovere di diligenza delle imprese ai fini della sostenibilità; essa prevede l'obbligo per le imprese di identificare i rischi, scongiurare, far cessare o attenuare gli effetti negativi delle loro attività

dell'adozione di dette *policy*, è il novellato Codice di *Corporate Governance*, nuova versione del Codice di Autodisciplina, entrato in vigore dal 2021. L'adozione dello stesso da parte delle società quotate sul mercato Nazionale avviene su base volontaria: esso è strutturato in sei articoli, spaccettati a loro volta in una serie di principi e raccomandazioni ed impone la regola di *comply or explain*<sup>14</sup>. Dalla lettura dei principi e delle raccomandazioni del nuovo codice<sup>15</sup>, si evince come il ruolo dell'organo gestorio di una società quotata sia quello di «guida[re] la società perseguendone il successo sostenibile»,<sup>16</sup> che «si sostanzia nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società»<sup>17</sup>. Le raccomandazioni del codice di autodisciplina, per poter essere osservate concretamente, devono essere recepite attraverso modifiche dello statuto e attuazioni che si basano esclusivamente su decisioni del management. Sebbene dette previsioni siano indirizzate esclusivamente alle grandi imprese ed alle pmi quotate, i cambiamenti – seppur in via mediata – interesseranno anche le imprese medie e piccole, in ragione della crescente esigenza di informazioni più dettagliate relative alla gestione dell'impresa, nonché del vantaggio competitivo che comporta l'implementazione di tali prassi in azienda.

Come accennato, l'evoluzione dei doveri gravanti in capo all'organo amministrativo, in termini di integrazione delle politiche CSR all'interno delle scelte strategico-organizzative, ha inevitabilmente avuto delle ricadute sui profili di responsabilità degli amministratori<sup>18</sup>, essendo necessario da parte del management

sui diritti umani e sull'ambiente. Quanto all'ambito soggettivo di applicazione di tali disposizioni, esse si riferiscono sia alle imprese UE (grandi società che contano più di 500 dipendenti e con un fatturato che supera i 150 milioni di euro; società che operano in settori ad alto impatto con più di 250 dipendenti e un fatturato pari o superiore a 40 milioni di euro), sia ad imprese extra UE operanti nell'area euro con soglie di fatturato prodotto in UE coerenti con quelle poc'anzi richiamate.

<sup>14</sup> In base al principio *comply or explain*, le società quotate sui mercati che divergono da quanto raccomandato dal Codice disciplinare societario, la cui adesione è volontaria, sono tenute a spiegare le ragioni alla base della scelta compiuta, in una prospettiva di trasparenza e buon governo delle società.

<sup>15</sup> Con specifico riferimento alle raccomandazioni ed ai principi di cui all'art. 1, in cui si parla del ruolo del Consiglio di Amministrazione; all'art. 3; all'art. 5 in cui si trattano gli aspetti della remunerazione ed ancora all'art. 6 ove vengono approfonditi gli aspetti inerenti il sistema di controllo interno e di gestione del rischio.

<sup>16</sup> M.S. Richter jr, *Il "successo sostenibile" del Codice di corporate governance. Prove tecniche di attuazione*, 5 febbraio 2021, reperibile su [www.diritto bancario.it](http://www.diritto bancario.it).

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> Gli amministratori sono responsabili civilmente del loro operato, una responsabilità questa che va valutata secondo 3 linee direttrici: i) responsabilità degli amministratori verso i creditori sociali – art. 2394 c.c.; ii) responsabilità degli amministratori nei confronti dei soci o dei terzi – art. 2395 c.c.; iii) responsabilità degli amministratori verso la società – artt. 2392 – 2393 c.c. A tal proposito si precisa che la responsabilità degli amministratori nei confronti della società ha natura contrattuale poiché riguarda l'inadempimento – connotato dalla mancanza di diligenza professionale - da parte degli amministratori ad un obbligo, provocando un danno alla società; la natura contrattuale viene inoltre confermata in ragione del rapporto sussistente tra amministratore e società che è a carattere negoziale. Anche l'azione dei creditori sociali ha natura contrattuale, sebbene surrogatoria, giacché questi potranno "surrogarsi" alla società per ottenere il risarcimento del danno provocato dall'inadempimento da parte degli

adeguare gli obblighi informativi alle nuove esigenze mediante il ricorso e al già menzionato principio *comply or explain* per le scelte strategiche adottate<sup>19</sup>.

3. Prima di affrontare il discorso relativo al perimetro di applicabilità delle norme in materia di responsabilità del management, alla disamina condotta va aggiunto come, un ruolo decisivo per l'implementazione ed il monitoraggio delle *policy* ESG all'interno degli assetti aziendali nonché per la riduzione delle asimmetrie informative, sia stato svolto dal processo di digitalizzazione delle imprese.

Per impresa digitale s'intende un'organizzazione in cui quasi tutti i processi aziendali significativi sono automatizzati e le relazioni con clienti, fornitori e dipendenti, oltre alla gestione degli asset aziendali principali, avvengono attraverso strumenti digitali<sup>20</sup>. Come evidenziato da un recente rapporto stilato dalla Banca Europea per gli Investimenti<sup>21</sup>, il fenomeno pandemico ha avuto un effetto propulsivo nei confronti del processo di digitalizzazione delle imprese, specie in Europa, tant'è che quasi la metà di esse ha riferito di aver investito nella digitalizzazione come

amministratori. È possibile affermare, quindi, che l'art. 2394 operi una legittimazione in capo ai creditori ad esercitare un'azione di responsabilità verso gli amministratori per la lesione del patrimonio sociale. Si tratta di una fattispecie di successione processuale surrogatoria volta a permettere alla società di ottenere il risarcimento del danno. Non è un'azione diretta, poiché il credito vantato dei creditori è nei confronti della società e non dell'amministratore; tuttavia, il legislatore permette ai creditori di iniziare un'azione giudiziaria nei confronti degli amministratori, laddove la società non voglia farlo. Ciò non esclude che le somme ottenute da tale azione all'esito del giudizio possano essere versate alla società in modo tale che sia quest'ultima a pagare poi i creditori. Quanto alla responsabilità degli amministratori nei confronti dei singoli soci e dei terzi, quest'ultima, invece, si configura come un'azione diretta e di natura aquiliana (extracontrattuale) in quanto è esperibile direttamente dal socio o dal terzo al fine di ottenere il risarcimento del danno subito in conseguenza di fatti illeciti compiuti dagli amministratori.

<sup>19</sup> Volendo entrare maggiormente nel dettaglio dell'evoluzione delle funzioni del management, leggendo la direttiva CSDDD, si evince come essa sia avvenuta seguendo due concetti chiave: quello di doppia materialità (le imprese saranno tenute a produrre un'adeguata informativa circa l'impatto delle proprie attività sulle persone e sull'ambiente – c.d. approccio *inside-out* – nonché come le questioni di sostenibilità incidano sull'azienda stessa ed i suoi risultati (c.d. approccio *outside-in*)) e la due diligence (vedere nota 13), traducendosi ciò in un incremento rispettivamente dei rischi e degli interessi che il management deve considerare a seguito dell'integrazione alla governance di policy green, nonché l'aumento dei doveri fiduciari gravanti in capo all'organo, seguiti dall'obbligo di produrre oltre ad un piano industriale anche un piano di sostenibilità, nonché l'ampliamento degli obblighi di trasparenza. Quindi dai noti doveri di diligenza professionale, disciplinati dalle norme civilistiche, scaturiscono i profili di responsabilità gestorie dell'organo cui andranno integrate le previsioni in materia di inclusione dei c.d. profili di sostenibilità nei piani strategici e industriali; l'individuazione, gestione e – ove possibile - prevenzione dei rischi ambientali e sociali connessi all'attività d'impresa, nonché la determinazione degli aspetti socio-ambientali anche nella gestione quotidiana dell'attività.

<sup>20</sup> Si rimanda al report stilato da K. Laudon, J. Laudon, *management information systems- Managing the digital firm thirteenth edition global edition*, Pearson Education Limited, 2014, p. 610.

<sup>21</sup> Per un approfondimento si rimanda al report *Digitalisation In Europe 2021-2022: Evidence from the EIB Investment Survey*, ad opera dell'EIB Economics Department, edito dall'European Investment Bank, 2022.



retroazione alla pandemia.<sup>22</sup> Sebbene negli ultimi anni la transizione digitale abbia registrato una forte accelerata, è ormai da tempo evidente quanto la digitalizzazione delle imprese sia un processo necessario e quantomai imprescindibile per la maggior parte delle realtà aziendali che hanno deciso di elevare le proprie performance e diventare più competitive sul mercato. L'adozione del digitale in azienda ha avuto un *iter* particolare, riguardando dapprima la sfera relativa ai rapporti esterni, con l'allocazione di risorse in processi automatizzati propri del settore *Fintech*<sup>23</sup> che permettessero di rendere più snelli e smart i rapporti con le terze parti (banche, fornitori, clienti...etc.), nonché il monitoraggio e l'ottimizzazione delle scelte d'investimento, cucite sulle esigenze dell'ente<sup>24</sup>. Per giungere poi alla sfera dei rapporti interni all'impresa, favorendo dapprima l'implementazione di algoritmi da utilizzare a supporto delle procedure di conformità e di rispetto delle normative e dei regolamenti<sup>25</sup>, prevedendo così l'inclusione di sistemi di IA all'interno degli assetti or.am.co.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Nel dettaglio, lo studio ha messo chiaramente in luce come le imprese che hanno adottato un approccio digitalizzato nella gestione dei vari processi aziendali, nonostante il calo generalizzato delle vendite registrato nei primi mesi del 2020, siano state in grado di arginare i danni e in taluni casi abbiano saputo sfruttare a proprio vantaggio la situazione, accelerando i processi di innovazione digitale, osservando una crescita dal punto di vista distributivo e potendo offrire ai propri collaboratori e dipendenti guadagni più alti rispetto alla media del periodo. Sono stati messi a confronto i processi di digitalizzazione delle infrastrutture dei diversi paesi Europei utilizzando un indice complesso, l' EIBIS Corporate Digitalisation Index , composto da sei indicatori: i) implementazione di tecnologie digitali avanzate; ii) digitalizzazione durante il Covid-19; iii) infrastrutture digitali; iv) investimenti in software e dati; v) investimenti nella formazione dei dipendenti vi) adozione di un sistema di monitoraggio strategico; in tal modo è stato possibile raggruppare in 4 categorie le aziende dei Paesi facenti parte del campione di ricerca: frontrunner, forti, moderati e modesti. Dall'analisi condotta, l'Italia si colloca tra i paesi che hanno adottato un approccio moderato verso il processo di digitalizzazione, ove sebbene gli investimenti in formazione dei dipendenti e software siano stati contenuti rispetto ad altri Paesi, significativa è stata l'implementazione nelle aziende italiane di tecnologie avanzate (ove si è registrato un 65% delle imprese italiane, contro una media europea del 61%) nonché di un sistema di monitoraggio strategico. Secondo il report, circa il 40% delle imprese italiane ha visto nella pandemia l'opportunità per investire nel comparto digitale, contro il 46% della media europea.

<sup>23</sup> Secondo Gli Osservatori *Digital Innovation* della School of Management del Politecnico di Milano «Il termine *Fintech* nasce dalla contrazione di *Finance* (Fin) e *Technology* (Tech), a indicare le due radici forti a cui fare riferimento. Con l'accezione più ampia del termine s'intende un qualunque utilizzo di strumenti digitali applicati in ambito finanziario. In altri casi *Fintech* è utilizzato per indicare solamente le startup operanti in tale contesto...» esempi pratici di applicazioni *Fintech* maggiormente diffusi sono i mobile payments, le chatbot, i prelievi card-less attraverso QR-code o riconoscimento biometrico...etc. Per un approfondimento, si rimanda al seguente link [https://blog.osservatori.net/it\\_it/fintech-significato](https://blog.osservatori.net/it_it/fintech-significato).

<sup>24</sup> Molte realtà hanno implementato sistemi di *Virtual Assistant* (si pensi alle c.d. *chatbot*) come primo livello di assistenza al cliente, ovvero hanno adottato i c.d. *Recommendation System, tools* che sulla base dei dati storici relativi alle preferenze ed agli acquisti dell'utente ne influenzano il processo decisionale relativo ai potenziali nuovi acquisti (suggerimenti, promozioni customizzate...etc).

<sup>25</sup> Si fa riferimento alla c.d. *Reg tech*, ovvero sia l'attività volta all'efficientamento della vigilanza e del controllo attraverso l'impiego dell'intelligenza artificiale, sì da ottenere risposte in *real-time*.

<sup>26</sup> Così N. Abriani, G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale. Dalla Fintech alla Corptech*, il Mulino, Bologna, ottobre 2021, p. 120.

Come opportunamente rilevato da un recente rapporto Assonime<sup>27</sup>, date le considerevoli utilità che possono derivare dall'implementazione di nuove tecnologie all'interno della governance, è logico pensare alle stesse come un «tassello degli assetti organizzativi adeguati»<sup>28</sup>, pur non essendo ciò espressamente previsto da alcuna norma. A sostegno di quanto detto, si richiama l'opinione di parte della dottrina, la quale ritiene che tali nuove tecnologie siano destinate ad essere, quantomeno per le società più strutturate e complesse, un «indefettibile presupposto dell'adeguatezza della struttura organizzativa e dei processi decisionali»<sup>29</sup>; quanto alle PMI, l'adozione delle stesse, seppure non indispensabile come nel primo caso potrebbe costituire un importante valore aggiunto<sup>30</sup>, specie per una maggiore competitività sul mercato. In ogni caso, a parere di chi scrive, vale sempre il principio secondo cui la transizione digitale dell'impresa deve avvenire tenendo comunque conto della natura e delle dimensioni dell'attività<sup>31</sup>, oltre che lo stato dell'arte del progresso tecnologico ed i limiti normativi<sup>32</sup>

4. Il processo di doppia transizione ha reso necessaria, una vera e propria rielaborazione del concetto di adeguatezza dei c.d. assetti or.am.co, i quali avevano già intrapreso un percorso di riforma<sup>33</sup> a seguito delle più recenti novelle in ambito

<sup>27</sup> Assonime, *L'evoluzione dell'organo amministrativo tra sostenibilità e trasformazione digitale*, cit.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Così, N. Abriani, G. Schneider, *Adeguatezza degli assetti, controlli interni e intelligenza artificiale*, in Trattato delle Società diretto da V. Donativi, Parte III Società e nuove tecnologie: Verso un Cyberdiritto societario, Utet, 2022.

<sup>30</sup> Si veda M.L. Montagnani, *Il ruolo dell'intelligenza artificiale nel funzionamento del consiglio di amministrazione delle società per azioni*, Egea, 2021.

<sup>31</sup> in linea con gli artt. 2086 e 2381, comma 5 c.c.

<sup>32</sup> così N. Abriani, G. Schneider, *Adeguatezza degli assetti, controlli interni e intelligenza artificiale*, cit.

<sup>33</sup> L'adeguatezza degli assetti è una tematica ricorrente in diversi corpus normativi, essendo possibile scorgerne traccia sin dall'introduzione, nel 1998, dell'art 149 del TUF che, con riferimento al ruolo di vigilanza del collegio sindacale delle società quotate, stabiliva come lo stesso dovesse vigilare sulla «adeguatezza della struttura organizzativa della società» (si richiama a proposito M. Irrera (diretto da), *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, Zanichelli, Bologna, 2016). Detto tema venne successivamente fatto proprio dal codice civile a seguito della riforma del diritto societario del 2003, prevedendo l'inserimento all'interno del diritto delle società della nozione di assetto organizzativo, amministrativo e contabile attraverso gli artt. 2381 e 2403 c.c. Quanto alle norme contenute all'interno del d.lgs. n. 14/2019 e già entrate in vigore agli inizi del 2019, assume rilevanza l'art. 375, comma 2° che, oltre ad operare una modifica della rubrica dell'art. 2086 c.c., lo ha perfezionato inserendo un ulteriore comma che (per molti versi in linea con quanto già previsto, tanto dal sopracitato art. 149 del Tuf, quanto dagli artt. 2381 e 2403 c.c.) dispone come l'imprenditore operante in forma societaria, ovvero collettiva, «ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura ed 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 ed il recupero della continuità aziendale». Nonostante il tema non fosse estraneo all'ordinamento nazionale, l'elemento di novità fornito dalla novella dell'art. 2086 cc risiede nel fatto che la nozione di assetti adeguati assume l'ufficio di «paradigma comune a tutte le imprese, incluse quelle non commerciali e quelle non formalmente imprenditoriali» (Così, S. Ambrosini,

concorsuale e civilistico. Si segnala, tuttavia, che nonostante gli interventi del legislatore, non sembra sussistere una norma che formalizzi espressamente come il management dovrebbe operativamente compiere detta transizione, né tantomeno quali siano le ricadute di tale fenomeno a livello di responsabilità dell'organo societario suddetto. Relativamente al tema della valutazione della responsabilità dell'organo gestorio, da tempo nel nostro ordinamento si è fatto spazio il principio – di derivazione statunitense – dell'insindacabilità nel merito delle scelte gestorie degli amministratori, noto ai più con la locuzione *Business Judgment Rule*<sup>34</sup>; previsione il cui scopo è quello

*L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 15 ottobre 2019, p. 2, reperibile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). A sostegno di ciò si evidenzia che, sebbene il dovere ex comma 2, art. 2086 cc, facente capo all'imprenditore operante in forma collettiva o societaria, paia formalmente escludere l'imprenditore individuale, la realtà dimostra come questo non corrisponda pienamente a verità: infatti l'art. 3 del CCII al comma 1° dispone che l'imprenditore individuale è tenuto a predisporre misure idonee al tempestivo rilevamento dello stato di crisi, nonché ad assumere senza indugio le iniziative necessarie a porvi rimedio. Il tutto si configura, dunque, come un dovere dell'imprenditore generale a carattere trasversale – essendo rivolto tanto all'imprenditore che operi in forma individuale quanto in forma collettiva – di istituire assetti organizzativi adeguati: un'adeguatezza, questa, che sembrerebbe intesa, tra le altre cose, come utile alla tempestiva rilevazione della crisi ed alla tutela della continuità aziendale (Quanto detto è fortemente in linea con lo spirito della c.d. Legge Delega n. 155\2017 che all'articolo 14 conferiva al Governo il compito di attuare le modifiche al codice civile rese necessarie per la definizione della disciplina della crisi; più precisamente, all' art. 14, c. 1, lett. b) la L 155\2017 stabiliva «il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»). Altro passaggio di particolare rilevanza è quello precedentemente accennato afferente la sostituzione della rubrica “Direzione e gerarchia dell'impresa” con la novellata “Gestione dell'impresa” che, letta unitamente alle disposizioni codicistiche sopra richiamate, fa della definizione degli assetti adeguati il torso della funzione gestoria, la cui paternità, nonché responsabilità, ricade inevitabilmente in capo all'organo. Con il recepimento della Direttiva Insolvency, il legislatore nazionale ha perseguito lo scopo di ridisegnare la concorsualità domestica rappresentando ciò il momento giusto per ricalibrare – e per molti versi potenziare – le regole in materia di governance aziendale, virando verso una più ferma cultura della ristrutturazione preventiva.

<sup>34</sup> Per approfondimenti sul tema si rimanda C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 675 e 688 ss.; L. Benedetti, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, *Riv. delle Soc.*, Giuffrè, estratto Fasc. 2-3 – 2019; fornisce un'analisi comparata l'opera di G. G. Peruzzo, *La Business Judgment Rule: spunti per un confronto tra l'esperienza statunitense e l'esperienza italiana*, disponibile su [www.orizzontideldirittocommerciale.it](http://www.orizzontideldirittocommerciale.it). Ancora, sempre in un'ottica comparatistica, va specificato che il principio dell'insindacabilità nel merito delle scelte di gestione non è stato normato nell'ordinamento Nazionale, essendo stato accolto e fatto proprio esclusivamente in sede giurisprudenziale e dalla dottrina. Altri ordinamenti, invece, hanno previsto una vera e propria codificazione normativa dello stesso; è il caso della Germania, della Spagna, della Grecia ed anche del Portogallo. Per uno studio sul tema nei vari ordinamenti Europei si rimanda allo scritto di C. Gerner Beuerle, P. Paech, P. Schuster, *Study on Directors' Duties and Liability*, Department of Law, London School of Economics, Londra 2013, cit., p. 108 ss.

di contenere l'eventuale ingessamento della gestione societaria<sup>35</sup> prevedendo una certa discrezionalità nelle scelte a patto che le stesse si fondino su di un'adeguata istruttoria, opportunamente motivate e non manifestamente irragionevoli. L'amministratore, dunque, non è chiamato a rispondere dell'esito di talune scelte gestorie finché le stesse siano state assunte a seguito di una corretta e completa informativa, nel rispetto dei principi di cautela e diligenza professionale, nonché assunte nei limiti di quanto statuito dalla legge e non in conflitto d'interessi con la società. Ciò detto, e alla luce del recente rafforzamento dei poteri/doveri dell'amministratore<sup>36</sup>, si porrebbe l'attenzione sul quesito – ampiamente dibattuto sia in dottrina<sup>37</sup> che in giurisprudenza – relativo all'applicabilità della BJR alle scelte di carattere organizzativo con particolare riferimento a quelle relative alla predisposizione degli assetti adeguati.

A tal proposito potrebbero essere fatte delle precisazioni, giacché se da un lato risulta palese la responsabilità del management che non abbia in alcun modo provveduto ad un'adeguata pianificazione e non abbia adottato adeguati assetti aziendali utili a fronteggiare tempestivamente situazioni di squilibrio, dall'altro lato è dibattuta l'ipotesi secondo cui il management, pur agendo secondo diligenza e seguendo una certa pianificazione, una volta rilevata una potenziale situazione di crisi, abbia assunto scelte di tipo organizzativo rivelatesi poco risolutive della crisi in atto, degenerando poi in insolvenza. In questa seconda ipotesi, potrebbe ritenersi possibile per i gestori dell'ente, beneficiare dello schermo della BJR, qualora essi nel proprio operato abbiano agito in ottemperanza dei criteri di proporzionalità e ragionevolezza. Tanto più che da un'attenta lettura dell'art 2392 cc si scorge come la responsabilità dell'organo amministrativo sorga esclusivamente a causa dell'inadempimento di una obbligazione e non già dal semplice fatto che una scelta di gestione si riveli, *ex post*, non vantaggiosa per la società.

In conclusione, dunque, la risposta alla quale si è giunti è la medesima sostenuta in una recente pronuncia del Tribunale di Roma<sup>38</sup>, poi condivisa da altre corti<sup>39</sup>, secondo

<sup>35</sup> In accordo con quanto affermato da C. Angelici, *Diligentia quam in suis e business judgment rule*, cit., che a pg. 675 definisce la BJR come una regola tesa a ridurre il rischio per gli amministratori di S.p.a. nelle ipotesi in cui vengano assunte scelte imprenditoriali che successivamente si rivelino errate.

<sup>36</sup> M. Arato, *Il ruolo di soci e amministratori nei quadri di ristrutturazione preventiva*, in *Diritto della Crisi*, 10 maggio 2022, reperibile al seguente link <https://dirittodellacrisi.it/articolo/il-ruolo-di-soci-e-amministratori-nei-quadri-di-ristrutturazione-preventiva>.

<sup>37</sup> L. Benedetti, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, cit; F. Piccione, *L'applicabilità della Business Judgment Rule alle scelte organizzative degli amministratori*, *ilsocietario*, Giuffrè, , 22 settembre 2020; S. Maurutto, A. Turchi, *L'applicabilità della business judgment rule alle scelte organizzative e ai doveri di cui all'art. 2086 c.c.*, *ilsocietario*, Giuffrè, 18 febbraio 2021; Il Caso Assonime n. 7/2020 - *Business Judgment Rule e assetti organizzativi adeguati*, reperibile al seguente link <http://www.assonime.it/attivita-editoriale/caso/Pagine/caso-7-2020.aspx>.

<sup>38</sup> Trib. Roma, 08.04.2020 RG n°8159-1/2017.

<sup>39</sup> Tribunale di Cagliari, Sez. impr., 19 gennaio 2022; Trib. Roma, Sez. impr., 15 settembre 2020, Trib. Milano, Sez. impr. B, 21 ottobre 2019.

cui la funzione organizzativa relativamente alla predisposizione di adeguati assetti – e nel caso concreto si fa riferimento alla scelta del management di optare per assetti societari (più o meno) digitalizzati e sostenibili – rientrerebbe nel più vasto ambito della gestione sociale, ragion per cui essa potrà essere esercitata impiegando un certo grado di discrezionalità, tipico delle decisioni strategiche assunte dal management. Quanto detto, poi, potrebbe estendersi anche ai nuovi doveri di *due diligence* degli amministratori in materia di ambiente e diritti umani, poiché, anche in questo caso, la responsabilità del management dipenderebbe da *deficit* di natura organizzativa, e dunque riconducibili alle decisioni di merito gestorio per le quali varrebbe il criterio dell'insindacabilità delle scelte gestorie.

Giuseppe Chiarelli

## I RIFLESSI DEL PRINCIPIO COSTITUZIONALE DI EQUILIBRIO DI BILANCIO SULL'AZIONE AMMINISTRATIVA \*

### ABSTRACT

Il patto di stabilità e crescita con suoi macro obiettivi di finanza pubblica europea di riduzione del debito pubblico complessivo (tendenzialmente verso il 60% del PIL) e di un *deficit* annuale non superiore al 3% rispetto al PIL, ha fortemente condizionato l'attività di programmazione e, conseguentemente, l'azione amministrativa delle pubbliche amministrazioni. Il contributo mira a ricostruire gli aspetti giuridici e finanziari più significativi, a partire dal Patto di stabilità e crescita (1997) al cd. *Fiscal Compact* (2013) con la pedissequa riforma degli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost., laddove è stato introdotto il principio di equilibrio di bilancio, fino a giungere al nuovo accordo politico tra gli Stati membri della UE del dicembre 2023 e concludere con i riflessi complessivi del principio di equilibrio di bilancio sull'azione politica e amministrativa del Governo e degli Enti territoriali.

The stability and growth pact with its macroobjectives of European public finance of reducing the overall public debt (generally towards 60% of PIL) and of recording the annual deficit of no more than 3% compared to the PIL, has strongly influenced the planning activity and, consequently, the administrative action of Public Administrations. The paper aims to reconstruct the salient legal and financial aspects starting from the Stability and Growth Pact (1997) until Fiscal Compact (2013) with the reform of the articles. 81, 97, 117 and 119 of the Constitution, where the principle of budget balance was introduced, until reaching the new political agreement between the EU member states of December 2023 and concluding with the overall implications of the principle of budget balance on political action and administration of the Government and territorial bodies.

### PAROLE CHIAVE

Patto di stabilità e crescita – Fiscal Compact – Equilibrio di Bilancio – Attività Amministrativa

Stability and Growth Pact – Fiscal Compact – Budget Balance – Administrative Action

SOMMARIO: 1. *Excursus* storico dal Patto di stabilità e crescita al Fiscal Compact (1997-2013). – 2. L'introduzione con la legge costituzionale n. 1/2012 del principio

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

dell'equilibrio di bilancio e il concorso degli enti territoriali all'osservanza dei vincoli europei. – 3. La sospensione del Patto per emergenza Covid 19 (2020-2023) e il nuovo accordo sul Patto dei Ministri finanziari europei del 20 dicembre 2023. – 4. Il principio di equilibrio di bilancio e la sua incidenza sull'azione amministrativa.

1. Nel 1997 è stato sottoscritto dagli Stati membri dell'Unione Europea il Patto di Stabilità e Crescita il cui contenuto ha la finalità di controllare le rispettive politiche di bilancio e, al contempo, favorire la crescita economica.

A ciò si aggiunge l'obiettivo di avere una moneta unica<sup>1</sup> competitiva nel mercato finanziario e, a tal fine, le politiche di bilancio devono essere indirizzate a ridurre il debito pubblico dei singoli Stati in direzione dei due macro obiettivi di finanza pubblica stabiliti, ossia di riduzione del debito pubblico del 60% rispetto al prodotto interno lordo, nonché del *deficit* annuale del 3% sempre rispetto al prodotto interno lordo<sup>2</sup>.

È evidente, quindi, che tutti gli apparati della pubblica amministrazione<sup>3</sup> siano tenuti rigorosamente a contribuire, con la programmazione e conseguenziale azione amministrativa, alla riduzione del *deficit* annuale e del debito pubblico complessivo fino a creare una situazione di bilancio con un saldo in pareggio<sup>4</sup>.

Nel 2005 è stato rivisitato temporaneamente il patto consentendo agli Stati facenti parte dell'Eurozona, laddove sussistessero gravi situazioni di recessioni economiche, di sfiorare lievemente il disavanzo annuale concedendo una proroga per l'attivazione della procedura di deficit eccessivo (PDE)<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> A. Uricchio, “*Dalla Finanza Pubblica Europea al Governo degli Enti Territoriali*” in A. Uricchio, M. Aulenta (a cura di), 2015, p. 1 «L'adozione di una moneta unica richiede un elevato grado di convergenza economica e finanziaria tra gli Stati membri con il fine di raggiungere una effettiva integrazione tra gli stessi. I parametri di maggiore rilevanza sono rappresentati da un rapporto tra indebitamento netto della Pubblica Amministrazione e PIL non superiore al 3% ed un debito pubblico tendente verso il 60% del PIL. Nel giugno del 1997 è stato adottato il Patto di stabilità e crescita al fine di meglio chiarire le regole comunitarie atte ad una gestione disciplinata delle finanze pubbliche nazionali. Il Patto, infatti, impegna gli Stati membri a conseguire un saldo al bilancio a medio termine prossimo al pareggio o positivo al fine di abbattere lo stock di debito prevedendo, contestualmente, meccanismi correttivi per i Paesi inadempienti (procedura per i disavanzi eccessivi)».

<sup>2</sup> I c.d. parametri discendenti dal Trattato di Maastricht, entrato in vigore il 1.1.1993 che ha sancito per gli Stati Membri dell'UE il rispetto di alcuni macro obiettivi di finanza pubblica.

<sup>3</sup> Dai Governi centrali alle Amministrazioni periferiche (Regioni, Province, Città Metropolitane, Comuni).

<sup>4</sup> La legge costituzionale n. 1/2012 ha riformato gli artt. 81 e 119 della Costituzione laddove prevede che la situazione di bilancio deve essere in equilibrio al netto del ciclo economico.

<sup>5</sup> Tale concessione è seguita alla sospensione dell'applicazione del Patto di stabilità e crescita a Francia e Germania nel 2003 ove persistevano gravi recessioni economiche; a tal proposito si veda la sentenza della Corte di Giustizia UE, 13.7.2004, causa di R. Perez, *Corte di Giustizia europea e regole fiscali dell'Unione*, in *Giornale diritto amministrativo*, 2004, 10, p. 1073 ss.. cfr. A. Uricchio, “*Dalla Finanza Pubblica Europea al Governo degli Enti Territoriali*”, cit., p. 2.

Comunque, a distanza di anni i risultati riguardo agli obiettivi di riduzione della spesa pubblica, così come quelli relativi alla crescita, non sono stati significativi<sup>6</sup>, sicché il Consiglio europeo, nel settembre del 2011 ha approvato sei misure (*Six pack*)<sup>7</sup>, oltre al Patto aggiuntivo *Euro Plus pack*, rivolti anche agli Stati non aderenti all'euro, con gli obiettivi di stimolare la competitività, accrescere l'occupazione, concorrere ulteriormente alla sostenibilità della finanza pubblica, rafforzare l'attività finanziaria<sup>8</sup>.

Tali obiettivi<sup>9</sup> disposti dal *Six Pack*<sup>10</sup> e dal Patto aggiuntivo *Euro Plus pack*, sono confermati nell'accordo intergovernativo di diritto internazionale, sottoscritto il 2 marzo 2012, da parte di 25 Stati Membri dell'Unione Europea (ad eccezione del Regno Unito e della Repubblica Ceca<sup>11</sup>), denominato "Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria"<sup>12</sup>, più comunemente conosciuto come "*Fiscal Compact*"<sup>13</sup>.

I dettami contenuti nel *Fiscal Compact* si ritengono rispettati allorché il saldo di bilancio di uno Stato e/o della Pubblica amministrazione sia in pareggio salvo deviazioni temporanee giustificate: a) da "circostanze economiche eccezionali"<sup>14</sup> basate su eventi inconsueti non soggetti al controllo dello Stato contraente interessato che abbiano forti ripercussioni sulla situazione economica; b) da periodi di grave recessione economica dello Stato contraente interessato.

<sup>6</sup> Sul punto si veda A. Di Pietro, *Federalismo fiscale e nuova governance europea*, in *Governo della finanza pubblica e federalismo fiscale*, Bari, 2012, p. 130; G. Napolitano, *L'incerto futuro della nuova governance economica ed europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, I, p. 141 ss..

<sup>7</sup> Cinque regolamenti e una direttiva c.d. *Six pack*.

<sup>8</sup> R. Perez, *Il Trattato di Bruxelles e il Fiscal Compact*, in *Giornale di diritto amministrativo* 5/2012, p. 470.

<sup>9</sup> Fortemente voluti dalla Germania per assicurare una maggiore stabilità dei bilanci degli Stati dell'Unione Europea.

<sup>10</sup> G.L. Tosato, *L'impatto della crisi sulle istituzioni dell'Unione*, in G. Bonvicini e F. Brugnoli (a cura di) "Il Fiscal Compact", Edizioni Nuova Cultura, 2012, p. 23.

L.S. Rossi, *Fiscal Compact e conseguenze dell'integrazione differenziata nell'Ue*, in G. Bonvicini e F. Brugnoli (a cura di) "Il Fiscal Compact", Edizioni Nuova Cultura, 2012, p. 30.

<sup>11</sup> La mancata adesione del Regno Unito e della Repubblica Ceca ha precluso l'utilizzo della procedura di revisione del trattato, ove è richiesto il consenso unanime di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea.

<sup>12</sup> Su tale accordo e/o trattato G. Napolitano, *La nuova governance economica europea: il Meccanismo di stabilità e il Fiscal compact – Il meccanismo europeo di stabilità e la nuova frontiera costituzionale dell'Unione*, in *Riv. Dir. Amm.*, 2012, n. 5.

<sup>13</sup> Sul *Fiscal Compact* cfr. tra gli altri, A. Viterbo, R. Cisotta, *La crisi del debito sovrano e gli interventi dell'UE: dai primi strumenti finanziari al Fiscal Compact*, in *Dir. Dell'UE*, 2012, 323 ss.; G. Bucci, *Le fratture inferte dal potere monetario e di bilancio europeo gli ordinamenti democratico-sociali*, in [www.constituzionalismo.it](http://www.constituzionalismo.it), 2012; L. Grimaldi, *Costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio: possibile rilancio del ruolo dello Stato nell'ordinamento composito europeo*, in *Riv. AIC*, 2015; V. Teotonico, *Riflessioni sulle transizioni. Contributo allo studio dei mutamenti costituzionali*, in *Riv. AIC*, 2014, p. 30 ss.; G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica: equilibrio della legge di bilancio, vincoli europei, spesa pubblica*, Bari, 2017, p. 17 ss.; D. Morgante, *Note in tema di Fiscal Compact*, e F. Nugnes, in *Fiscal Compact. Prime riflessioni su un accordo ricognitivo*.

<sup>14</sup> A. Uricchio, *Dalla Finanza*, cit., p. 6.



Pertanto, in tal senso il *Fiscal Compact* può intendersi più flessibile nella parte in cui consente agli Stati contraenti di discostarsi temporaneamente dall'obiettivo di medio termine o dal percorso di avvicinamento<sup>15</sup>.

Emerge come il *Fiscal compact* abbia previsto una regola più severa per gli Stati contraenti, consistente nel meccanismo automatico di riduzione del debito pubblico<sup>16</sup> di un ventesimo all'anno fino al rapporto del 60% sul PIL, nonché l'obbligo di non superare la soglia di *deficit* strutturale superiore allo 0,5% (e superiore all' 1% per i Paesi con debito pubblico inferiore al 60% del PIL)<sup>17</sup>.

Il 1.1.2013, quindi, successivamente alla ratifica da parte di tutti gli Stati contraenti, il Trattato è entrato in vigore; a seguire il “*two-pack*” del 2013 ha introdotto un meccanismo rafforzato di controllo da parte della Commissione europea nei confronti dei bilanci dei singoli Stati, migliorando, così, la *governance* economica per l'Eurozona. La base giuridica di tale pacchetto di riforme, costituita da due regolamenti<sup>18</sup>, trae spunto dall'art. 136 del Trattato sull'Unione europea che sancisce la possibilità per gli Stati membri dell'Eurozona di rafforzare il coordinamento e la sorveglianza delle politiche di bilancio<sup>19</sup>.

Il “*two pack*”, inoltre, ha previsto un'altra regola di bilancio (in termini di attività di programmazione e relativo cronoprogramma) per ciascun Stato membro appartenente all'Eurozona consistente nella pubblicazione: a) entro il 30 aprile di ciascun anno i piani di bilancio a medio termine, detti anche “programmi di stabilità, ove devono essere indicati le priorità politiche per la crescita e l'occupazione per i 12 mesi successivi nell'ambito del semestre europeo sul coordinamento delle politiche economiche; b) entro il 15 ottobre di ciascun anno i progetti di bilancio per l'anno successivo; c) entro il 31 dicembre di ciascun anno i bilanci per l'anno successivo.

Va sottolineato che il “*two-pack*” prevede anche che la Commissione europea renda il proprio parere su ciascuna legge di bilancio entro il 30 novembre, con la facoltà di richiedere allo Stato interessato, nel caso dovesse ravvisare delle gravi inosservanze riguardo agli obblighi discendenti dal patto di stabilità, di apportare le dovute correzioni al progetto di bilancio<sup>20</sup>.

<sup>15</sup> R. Perez, *Il Trattato*, cit., p. 472.

<sup>16</sup> Bilancia, *La nuova governance dell'Eurozona e i riflessi sugli ordinamenti nazionali*, in *Federalismi.it*, 2012, p. 23; A. Uricchio, *Dalla Finanza*, op. cit., p. 6; D. Morgante, *Note in tema di Fiscal compact*, in *Federalismi.it*, 2012, 7, p. 1, ss.; R. Dickmann, *Le regole della governance economica europea e il pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Federalismi.it*, 2012, p. 4; R. Perez, *Il Trattato*, cit., p. 469.

<sup>17</sup> Artt. 3 e 4 del “Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'unione economica e monetaria”, Bruxelles, 2 marzo 2012.

<sup>18</sup> 1) Regolamento n. 472 del 10 maggio 2013 sulla sorveglianza rafforzata agli Stati in difficoltà; 2) Regolamento n. 473 del 21.5.2013 sul monitoraggio rafforzato delle politiche di bilancio degli Stati.

<sup>19</sup> G. Chiarelli, *Il Fiscal compact e la riforma degli artt. 81, 97, 117, 119 della Costituzione Italiana*, in “*Dalla Finanza Pubblica Europea al Governo degli Enti Territoriali*” A. Uricchio, M. Aulenta (a cura di), 2015, p. 21.

<sup>20</sup> Ciò costituisce un controllo rafforzato.

Inoltre, è previsto che annualmente la Commissione debba pubblicare una valutazione globale delle prospettive di bilancio riguardante l'Eurozona per l'anno successivo. Peraltro, il “two pack” ha irrobustito l'attività di monitoraggio e sorveglianza nei confronti degli Stati membri con instabilità finanziaria; per l'appunto, qualora dovesse ravvisarvi la necessità, la Commissione potrebbe richiedere al Consiglio dei Ministri, di rivolgere una raccomandazione allo Stato interessato finalizzata ad adottare le opportune azioni correttive e, al contempo, di redigere un programma di aggiustamento macroeconomico per evitare che la grave situazione finanziaria determini delle ripercussioni fortemente negative sulla stabilità complessiva finanziaria dell'Eurozona.

Ne consegue che, in virtù del contenuto del “two pack”, la Commissione europea è da ritenersi, a questo punto, protagonista e partecipante dell'attività di programmazione finanziaria degli Stati facenti parte dell'Eurozona.

2. Il trattato sul c.d. *Fiscal Compact* ha sancito che ciascun Stato membro contraente recepisca la regola del pareggio di bilancio strutturale nel proprio ordinamento, con disposizioni legislative vincolanti e permanenti di natura preferibilmente costituzionale, entro un anno dall'entrata in vigore del Trattato.

Lo Stato italiano ha dato un immediato riscontro a tale invito di recepimento nel proprio ordinamento della “regola d'oro” del pareggio di bilancio con l'approvazione, da parte del Parlamento, della Legge Costituzionale n. 1/2012 nell'aprile del 2012, proprio in ragione della situazione di debolezza politica e finanziaria, anche per tranquillizzare i mercati finanziari per la nota impennata dello *spread*<sup>21</sup> e la Germania che ha fortemente voluto il *Fiscal Compact*<sup>22</sup>.

In tal senso, lo Stato italiano recependo tale normativa europea ha elevato a rango costituzionale il principio dell'equilibrio finanziario impegnando, conseguentemente, sia il governo centrale che gli enti territoriali<sup>23</sup> ad osservarlo nella loro attività di programmazione e gestione delle risorse finanziarie.

Entrando nel merito della riforma costituzionale del 2012, *in primis* occorre mettere in rilievo che l'art. 81 della Costituzione è stato radicalmente modificato nella

<sup>21</sup> R. Perez, *Dal bilancio in pareggio all'equilibrio tra entrate e spese*, in *Giornale di diritto amministrativo* 10/2012, p. 929.

<sup>22</sup> G. Chiarelli, *Gli impegni della Pubblica amministrazione ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari dell'Unione europea*, in *Unione europea e governi territoriali: risorse, vincoli e controlli*, E. Triggiani, A.M. Nico, M.G. Nacci (a cura di), 2018, p. 24.

<sup>23</sup> (in linea con i patti europei) Si veda anche G.M. Napolitano, *I nuovi limiti all'autonomia finanziaria degli Enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, in *Riv. Giur. Mezzogiorno*, 2013, 1/2, p. 1 ss.; F. Bilancia, *Note critiche sul c.d. pareggio di bilancio*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2012, 2, p. 350 ss.; M. Bergo, *Pareggio di bilancio “all'italiana”. Qualche riflessione a margine della Legge 24 dicembre 2012, n. 243 attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi.it*, 2013, 6, p.22 ss.; D. Morgante, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio*, in *Federalismi.it*, 2012, 14, p.1 ss.; D. Cabras, *Su alcuni rilievi critici al c.d. “pareggio di bilancio”*, *www.rivistaaic.it*, 2012, 2, p. 1 ss..

parte ove viene previsto che: “*Lo Stato assicura l’equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio*”.

*Ictu oculi* si constata il recepimento del principio non del “pareggio di bilancio”, discendente dal *Fiscal compact*, bensì dell’“equilibrio” tra le entrate e le spese del proprio bilancio che, a sua volta, ha un significato contabile più elastico<sup>24</sup>.

Occorre precisare che con il termine “pareggio di bilancio” si indica la posizione contabile di uguaglianza perfetta tra entrate e uscite, mentre con l’espressione “equilibrio” si considera il pareggio al “bilancio strutturale”, vale a dire al netto del ciclo economico<sup>25</sup>.

Pertanto, va da sé che il principio del pareggio introdotto dal *Fiscal Compact* ha assunto nel nostro ordinamento una connotazione meramente tendenziale, poiché viene consentita la possibilità di registrare dei bilanci con *deficit* congiunturali imputabili al ciclo avverso. E’ possibile ricorrere all’indebitamento, per quanto disposto al comma 2 dell’art. 81 della Cost., “*solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico*” e “*al verificarsi di eventi eccezionali*”, rappresentati da gravi recessioni economiche, gravi crisi finanziarie, gravi calamità naturali. Tale ricorso all’indebitamento costituisce un’eccezione alla regola dell’equilibrio tra entrate e spese<sup>26</sup>. In questi casi occorre l’autorizzazione delle Camere con legge rinforzata, quindi con una votazione a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti.

Inoltre, il terzo comma dell’art. 81 della Costituzione, recependo anche un orientamento consolidato della giurisprudenza, prevede che il Parlamento (o la Regione) non debba semplicemente limitarsi a indicare i mezzi di copertura delle nuove e maggiori spese, ma deve provvedervi direttamente<sup>27</sup>.

Ne consegue, dunque, che gli organi competenti ad emanare le leggi con effetti finanziari, inclusa la legge di bilancio, devono reperire<sup>28</sup> le risorse economiche essenziali al fine della copertura delle spese<sup>29</sup> e tra gli strumenti di copertura figurano le “clausole di salvaguardia” che costituiscono un importante presidio agli eventuali scostamenti tra le entrate incamerate e le spese previste<sup>30</sup>.

Ancora, il sesto comma dell’art. 81 della Costituzione, così come modificato, sancisce che «il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito

<sup>24</sup> R. Perez, *Dal bilancio*, cit., p. 929.

<sup>25</sup> G. Chiarelli, *Il fiscal*, op.cit, p. 26.

<sup>26</sup> N. D’Amico, *I rapporti tra la nuova legge costituzionale e il fiscal compact*, in *Giornale di diritto amministrativo* 10/2012, p. 935.

<sup>27</sup> R. Perez, *Dal bilancio*, cit., p. 931.

<sup>28</sup> E non più solo ad indicare.

<sup>29</sup> M. Passalacqua, *Pareggio di bilancio contro intervento pubblico nel nuovo art. 81 della Costituzione*, in “*Amministrazione in Cammino*” *Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell’economia e di scienza dell’amministrazione*, a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche “Vittorio Bachelet”, 2012, 1.

<sup>30</sup> G. Luchena, *Le clausole di salvaguardia nella finanza pubblica: equilibrio della legge di bilancio, vincoli europei, spesa pubblica*, 2017, p. 13.

del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera (legge rinforzata), nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale».

Successivamente, con la legge “rinforzata” n. 243 del 24.12.2012, sono state previste ulteriori disposizioni (in linea con i patti europei) attuative della legge costituzionale n. 1/2012 con l’istituzione, *in primis*, di un organismo indipendente presso le Camere, nel rispetto dell'autonomia costituzionale, al quale vengono attribuiti compiti di analisi e verifica degli andamenti di finanza pubblica e di valutazione dell'osservanza delle regole di bilancio<sup>31</sup>; in più, al fine di assicurare l’equilibrio tra le entrate e le spese del bilancio pubblico, richiedendo il concorso anche degli enti territoriali, ha stabilito<sup>32</sup> che i bilanci di tali enti si trovano in equilibrio allorquando registrano: a) un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate finali e le spese finali; b) un saldo non negativo, in termini di competenza e di cassa, tra le entrate correnti e le spese correnti, incluse le quote di rate di ammortamento dei prestiti<sup>33</sup>.

D'altronde, in merito al concorso degli enti territoriali al conseguimento dei macro obiettivi di finanza pubblica discendenti dal c.d. *Fiscal compact* il legislatore italiano con l’art. 3, comma 1, lett. a) della legge costituzionale n. 1/2012, ha modificato l’art. 117 della Costituzione disponendo che la materia dell'armonizzazione dei bilanci pubblici rientra nel novero delle materie sulle quali lo Stato ha una competenza legislativa esclusiva, comportando, così, il pieno controllo da parte dello Stato sull'osservanza dei vincoli economici e finanziari dettati dall'Unione Europea<sup>34</sup>. In particolare, il nuovo art. 119 della Costituzione riconosce agli enti territoriali l’autonomia finanziaria, nel “rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci” introducendo, così, il principio del concorso degli Enti Locali all'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione Europea<sup>35</sup>.

È fuori dubbio che gli enti territoriali fossero chiamati ad un impegno diretto poiché, inequivocabilmente, concorrono alla formazione del debito pubblico complessivo dello Stato; inoltre il nostro ordinamento ha intrapreso definitivamente la

<sup>31</sup> G. Loconte, *L'organismo indipendente di monitoraggio della finanza pubblica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 10/2012, 938, secondo cui: “Tale scelta legislativa pone tuttavia una sovrapposizione di funzioni con quelle già attualmente svolte da altri organi di controllo della finanza pubblica, in particolare dalla Corte dei Conti e dalla Ragioneria generale dello Stato.”

<sup>32</sup> Art. 9 della Legge n. 243/2012.

<sup>33</sup> A. Uricchio, *Dalla Finanza*, cit., p. 8.

<sup>34</sup> G. Loconte, *L'organismo*, cit., p.11.

<sup>35</sup> Per un’analisi approfondita si veda: G.M. Napolitano, *I nuovi limiti all’autonomia finanziaria degli Enti territoriali alla luce del principio del pareggio di bilancio*, p. 91 ss.; M. Cecchetti, *Legge costituzionale n. 1 del 2012 e Titolo V della parte II della Costituzione: profili di controriforma all’autonomia regionale e locale*, in *Federalismi.it*, 2012, p. 24.; L. Cimbolini, *Pareggio di bilancio ed enti locali. Il contenuto delle norme attuative e le prime riflessioni sul tema*, in *Azienditalia*, 2013, 7, p. 537 ss.; G. Rivosecchi, *Il c.d. pareggio di bilancio tra Corte e Legislatore, anche nei suoi riflessi sulle Regioni: quando la paure prevale sulla ragione*, in *RivistaAic*, 2012, 3, p. 1 ss..

strada del federalismo fiscale anche in virtù di una proposta di legge di autonomia differenziata delle Regioni ancora non discussa in Parlamento.

Infine, è stato anche costituzionalizzato l'obbligo nei confronti di tutti i settori della pubblica amministrazione di assicurare l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito<sup>36</sup>. Difatti, il comma 1 dell'art. 97 della Costituzione riscritto stabilisce che *“le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione Europea”*, devono assicurare *“l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico”*.

3. Al momento attuale, per la gravissima situazione finanziaria verificatasi, *ex abrupto*, a causa della emergenza per la pandemia dovuta al Covid-19, il Patto di Stabilità è stato sospeso<sup>37</sup> fino al 31 dicembre 2023.

Ed invero, il provvedimento iniziale di sospensione del Patto, adottato nel 2020, al fine di far fronte all'inevitabile crisi generata dal Covid 19, è stato confermato negli anni successivi e ciò fino al 31.12.2023, poiché è stato necessario garantire una flessibilità di azione e gestione delle risorse finanziarie agli Stati della UE. In più, a partire dal febbraio 2022, ossia dall'insorgere della guerra tra Russia e Ucraina, vi è stato uno scenario di grande incertezza economica determinando, così, un forte rallentamento della crescita anche per l'aumento dei prezzi dei prodotti alimentari e dell'energia.

Da ultimo, in prossimità della nuova applicazione delle regole del Patto di stabilità e crescita, il 20.12.2023 i Ministri finanziari di tutti i 27 paesi della UE, hanno sottoscritto un accordo riguardo la difficoltosa riforma del Patto di stabilità e crescita. Ovviamente, tale negoziato dei detti Ministri sarà vagliato, nei primissimi mesi del 2024, dal trilatero europeo per giungere alla versione definitiva<sup>38</sup>.

Tornando al contenuto del nuovo Patto si riportano le dichiarazioni iniziali del ministro delle finanze spagnolo, che ha presieduto il vertice: «il compromesso garantisce quella natura anticiclica contenuta nella proposta originale della

<sup>36</sup> Sempre con la Legge Costituzionale n. 1/2012 del 20.4.2012.

<sup>37</sup> Ma non abolito.

<sup>38</sup> Cfr. G. Ruggieri, *Il ruolo dei triloghi nel processo legislativo dell'UE*, in [www.dirittounioneeuropea.eu](http://www.dirittounioneeuropea.eu) «i triloghi si svolgono a porte chiuse, in un regime d'informalità. A questi negoziati, infatti, non possono accedere che i soli (pochi) rappresentanti di Parlamento, Consiglio e Commissione; l'accesso a telecamere è interdetto; non v'è registrazione degli incontri; mancano verbali ufficiali delle riunioni. E proprio l'informalità, che caratterizza lo svolgimento dei triloghi, sembra essere la chiave del loro successo. Ma cosa deve intendersi per “informalità” a livello istituzionale? Innanzitutto, nonostante la giuspubblicistica non abbia visioni unanimi circa il significato e il ruolo dell'“informalità”, può certamente dirsi che essa afferisce al concetto di governance intesa come «superamento delle procedure con cui [le] istituzioni decidono» in vista del perseguimento di «modi nuovi e comunque diversi di gestire processi decisionali complessi». L'informalità quindi non interessa gli atti quali sintesi e prodotti di procedure decisionali, bensì le modalità di svolgimento delle procedure decisionali stesse.

Commissione europea e prevede un periodo transitorio da qui al 2027 per tenere conto del forte aumento dei tassi d'interesse»<sup>39</sup>.

Entrando nel merito, un elemento fondamentale è costituito dal passaggio a una pianificazione a medio termine con una maggiore titolarità da parte degli Stati membri dei piani di bilancio e la possibilità di perseguire un aggiustamento più graduale che rifletta gli impegni in vista di investimenti (specie quelli finanziati con le risorse del PNRR) e delle riforme. In altri termini, l'obiettivo è quello di semplificare le regole di bilancio, facilitare gli investimenti pubblici e risanare, comunque i conti pubblici a partire dal 2024.

Nello specifico, i nuovi vincoli di bilancio a carico degli Stati membri sono così sintetizzati: a) *Spesa*: La Commissione europea elaborerà dei piani nazionali di spesa quadriennali, che costituiranno l'indicatore per misurare le *performance* di ogni Stato membro, per assicurare la riduzione del debito e del deficit. Ad ogni buon conto, il periodo potrebbe essere esteso a sette anni per i Paesi in difficoltà, purché i medesimi assicurino l'impegno a realizzare riforme e investimenti atti a sostenere la crescita; b) *Debito*: al fine di agevolare la riduzione del debito pubblico, aumentato in maniera esponenziale a partire dal 2020 per la citata pandemia da Covid-19, è stata prevista una riduzione annua dell'1% del rapporto debito pubblico/PIL per gli Stati che superino la soglia del 90% (come Italia e Francia)<sup>40</sup>, mentre per i Paesi ove l'indebitamento è compreso tra il 60 e il 90% è stata prevista la riduzione annua del PIL dello 0,5%; c) *Deficit*: La soglia massima del *deficit* annuale è confermata al 3% del PIL e, comunque, il nuovo Patto inserisce una salvaguardia, ossia un margine al di sotto del 3% per far sì che gli Stati dispongano di uno spazio di manovra in casi di *shock*; tale margine è pari all'1,5% del PIL, che in realtà sostituisce il precedente obiettivo a medio termine dello 0,5% del PIL in termini strutturali, previsto dal cd. *Fiscal Compact*; d) *Procedura per deficit*: nel caso in cui il *deficit* di uno Stato membro dovesse superare il 3% del PIL è prevista per il medesimo la procedura per deficit eccessivo con l'obiettivo di ridurlo dello 0,5% del PIL all'anno. Quindi, nel momento in cui il *deficit* scenda al di sotto del 3%, è previsto un miglioramento annuale dello 0,4% se il Paese ha quattro anni di tempo, dello 0,25% se ne ha sette, fino a raggiungere il deficit dell'1,5% del PIL; e) *Regime transitorio*: il nuovo Patto prevede un regime transitorio, compreso tra il 2025 e il 2027, ove in presenza di circostanze attenuanti, quali il costo del servizio del debito, si consentirà agli Stati di limitare l'onere dell'aggiustamento richiesto dai Paesi<sup>41</sup>.

Dal quadro sopra riportato risulta inequivocabile come il nuovo Patto contenga regole meno rigide e più concrete di finanza pubblica rispetto al precedente accordo sul *Fiscal Compact* che conteneva parametri finanziariamente insostenibili non solo per

<sup>39</sup> Dichiarazioni rese dal ministro dell'Economia spagnola Nadia Calvino in conferenza stampa.

<sup>40</sup> Oltre all'Italia (139,8%) e la Francia (109%), la Spagna (107,8%), il Belgio (106,3%), il Portogallo (103,4%) e la Grecia (160,9%).

<sup>41</sup> Questa misura di attenuazione è stata fortemente voluta dalla Francia.

l'Italia ma anche per la Francia, per i quali sarebbe stato impossibile ridurre il debito pubblico ad un ritmo di 1/20 l'anno fino al rapporto del 60% sul PIL.

Si auspica fortemente che nei prossimi anni tutto ciò favorisca, finalmente, la crescita oltre alla riduzione del debito pubblico.

4. Le regole dell'UE contenenti i macro obiettivi di finanza pubblica unitamente al principio di equilibrio di bilancio, peraltro previsto anche dal riformato art. 97 della Costituzione, hanno un campo così ampio di applicazione al punto da condizionare, in modo significativo, l'attività di programmazione e, quindi, l'azione amministrativa (comportante impegno di spesa) di tutte le pubbliche amministrazioni, compresi gli enti territoriali<sup>42</sup>; quest'ultimi sono tenuti al rispetto degli obblighi di finanza pubblica europea corrispondenti, a loro volta, al conseguimento degli obiettivi europei stabiliti nell'ambito del c.d. *Patto di stabilità*<sup>43</sup>.

D'altronde, anche la Corte dei Conti a Sezioni riunite, con la deliberazione n. 20/2019, ha enunciato un principio di diritto secondo il quale: «Alle disposizioni introdotte dalla legge rinforzata n. 243/2012, tese a garantire, fra l'altro, che gli enti territoriali concorrano al conseguimento degli obiettivi di finanza pubblica posti in ambito europeo, strutturati secondo le regole vevoli in quella sede, si affiancano le norme aventi fonte nell'ordinamento giuridico-contabile degli enti territoriali, tese a garantire il complessivo equilibrio, di tipo finanziario, di questi ultimi. Gli enti territoriali hanno l'obbligo di rispettare il pareggio di bilancio sancito dall'art. 9, commi 1 e 1 bis, della L. n. 243/2012, anche quale presupposto per la legittima contrazione di indebitamento finalizzato a investimenti (art. 10, comma 3, L. n. 243/2012)»<sup>44</sup>.

Per di più, la disciplina dell'equilibrio di bilancio per le regioni e gli enti locali comporta l'applicazione di un meccanismo sanzionatorio per il caso del mancato conseguimento di un saldo non negativo, in termini di competenza, tra le entrate e le spese finali<sup>45</sup>; così come l'applicazione di un meccanismo premiale per gli enti virtuosi

<sup>42</sup> E. Casetta, *Compendio di Diritto Amministrativo*, 2017, p. 46.

<sup>43</sup> V. Cerulli Irelli, *Lineamenti di diritto amministrativo*, 2019, p. 224.

<sup>44</sup> Tale principio è stato richiamato dalla Corte dei Conti Sez. Lombardia che, a seguito di una richiesta di parere da parte di un Comune sulla possibilità di contrarre mutuo nell'anno 2021, con deliberazione n. 58/2021 ha ritenuto di risolvere il quesito formulato dall'Ente secondo quanto enunciato dalle Sezioni riunite della Corte dei Conti.

<sup>45</sup> Per gli enti locali la riduzione delle risorse del fondo sperimentale di riequilibrio o del fondo di solidarietà comunale; per le Regioni il versamento al bilancio statale, entro il 31 maggio di ciascun anno del triennio successivo a quello dell'inadempienza dell'importo corrispondente ad un terzo dello scostamento registrato. Inoltre è previsto il divieto di ricorrere all'indebitamento per gli investimenti, il divieto di procedere nell'anno successivo all'anno successivo a procedere alle assunzioni di personale a qualsiasi titolo, salvo circoscritte eccezioni per talune funzioni essenziali, nonché di stipulare (qualora abbiano finalità elusiva della sanzione) contratti di servizio con soggetti privati; è previsto anche l'obbligo di rideterminare, nell'anno di successivo all'inadempienza, la riduzione del 30% delle indennità di funzione ed i gettoni di presenza degli amministratori.

che rispettino il saldo e che, inoltre, conseguino un saldo di cassa non negativo tra entrate finali e spese finali<sup>46</sup>.

Per tutto ciò, è fuori dubbio che il raggiungimento dell'obiettivo finanziario dell'equilibrio di bilancio incida, inevitabilmente sull'efficacia, efficienza e buon andamento, valorizzando, così, l'attività di programmazione e di sana gestione finanziaria. Tra l'altro, tale principio contabile riduce o, comunque, limita anche il campo di azione della discrezionalità delle pubbliche amministrazioni, dal momento che l'interesse pubblico andrà conseguito con una gestione parsimoniosa delle risorse finanziarie<sup>47</sup>.

È di tutta evidenza che gli stessi criteri di efficienza e efficacia e, più in generale, la nozione stessa di buon andamento siano stati riveduti alla luce del principio di equilibrio di bilancio introdotto con L. Cost. n. 1/2012; detto principio contabile ha imposto di tener conto dell'interesse pubblico prioritario costituito dal rispetto di un equilibrio economico complessivo, vincolando le amministrazioni a usare nel modo più efficiente le risorse disponibili per conseguire con efficacia gli obiettivi pubblici, offrendo, così, un parametro di riferimento ulteriore al concetto di buon andamento.

Concludendo, si può ben rimarcare come l'osservanza del principio di equilibrio di bilancio rappresenti l'indicatore finanziario della buona amministrazione<sup>48</sup>, costituendo, altresì, un parametro del quale si deve, inevitabilmente, tener conto nell'attività di misurazione e di valutazione della *performance* individuale dei dirigenti e/o funzionari posti al vertice delle strutture burocratiche; al pari, da ultimo, dell'obiettivo di riduzione dei tempi di pagamento delle pubbliche amministrazioni, che incide sulla sana gestione contabile-finanziaria, secondo i dettami della L. n. 41 del 21.4.2023 e le successive indicazioni previste dalla Circolare n. 1 del 29.12.2023 del Dipartimento della Ragioneria dello Stato e della Funzione Pubblica, in linea con quanto previsto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) ed in ossequio al suo rigido cronogramma<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> a) Per le Regioni e Città metropolitane l'assegnazione di risorse finanziarie, derivanti dalle sanzioni economiche, da destinare ad investimenti; b) per gli Enti locali l'assegnazione di risorse finanziarie derivanti dalla riduzione del fondo di solidarietà comunale e dal fondo sperimentale di riequilibrio e dai versamenti e recuperi effettivamente incassati dai meccanismi sanzionatori.

<sup>47</sup> E. Casetta, *Compendio*, op. cit., p. 46.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 30.

<sup>49</sup> La riforma n. 1.11 (Riduzione dei tempi di pagamento delle pubbliche amministrazioni e delle autorità sanitarie) del PNRR prevede che entro il primo trimestre 2025, con conferma al primo trimestre 2026, siano conseguiti obiettivi quantitativi (target) in termini di tempo medio di pagamento e di tempo medio di ritardo di sessanta giorni per gli Enti del Servizio sanitario nazionale e di trenta giorni per le Amministrazioni centrali, (che includono le Amministrazioni dello Stato, gli Enti pubblici nazionali), per le Regioni e Province Autonome e per gli Enti locali. La L. n. 41/2023 sancisce che le pubbliche amministrazioni, con esclusione degli Enti del Servizio sanitario nazionale, prevedano nell'ambito dei sistemi di valutazione della *performance* individuale dei Dirigenti e/o Funzionari apicali, specifici obiettivi annuali relativi al rispetto dei termini di pagamento, integrando i relativi contratti individuali, che saranno valutati, ai fini del riconoscimento della retribuzione di risultato, per una quota della stessa avente un peso non inferiore al 30%.



Paolo Ciocia

## LE PAROLE DEL DIRITTO ED IL PRINCIPIO DI AFFIDAMENTO NELLA SICUREZZA GIURIDICA \*

### ABSTRACT

La parola leggera ed insieme granitica del legislatore costituzionale è stata un pilastro su cui si è edificato il nostro sistema istituzionale democratico. Lo stile comunicativo della Costituzione ha consolidato la condivisione di valori e principi. Al contrario, l'attuale degrado linguistico normativo che si manifesta sia nella incomprendibilità del significato delle singole disposizioni, sia nella loro contraddittorietà ed irragionevolezza, nega tutela al principio del legittimo affidamento. Il legittimo affidamento, connaturato allo Stato di diritto, è declinazione soggettiva dell'indispensabile carattere di coerenza dell'ordinamento e manifestazione del valore costituzionalmente tutelato della certezza del diritto.

The light and at the same time granitic word of the constitutional legislature has been a pillar on which our democratic institutional system has been built. The communicative style of the Constitution has consolidated the sharing of values and principles. On the contrary, the current normative linguistic degradation manifested both in the incomprehensibility of the meaning of individual provisions and their contradictory and unreasonable nature denies protection to the principle of legitimate expectation. Legitimate expectation, which is inherent in the rule of law, is a subjective declination of the indispensable character of the coherence of the system and a manifestation of the constitutionally protected value of legal certainty.

### PAROLE CHIAVE

Chiarezza normativa – affidamento – certezza del diritto

Regulatory clarity – reliance – legal certainty

SOMMARIO: 1. Le parole leggere ed insieme granitiche della Costituzione. – 2. Costruzione linguistica della norma e principio democratico. – 3. Oscurità e disomogeneità dell'attuale produzione normativa: le conseguenze. – 4. Linguaggio normativo, complessità, irragionevolezza della disciplina e tutela del principio di affidamento nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 5. Verso ulteriori applicazioni della tutela?. – 6. Il principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione europea ed in riferimento all'attività della pubblica amministrazione. Cenni. – 7. Considerazioni conclusive.

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

1. Nell'opera postuma "Lezioni americane" Italo Calvino descrisse i cinque canoni del genere letterario: leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità, ai quali ciascuno di noi dovrebbe attenersi nell'elaborazione di un testo scritto.

Tra gli elementi richiamati, la "leggerezza", capace di togliere "peso alla scrittura del racconto e del linguaggio", che Calvino chiamava "leggerezza della pensosità" (in opposizione ad una insulsa leggerezza della frivolezza), solo apparentemente lontano dalla costruzione della norma giuridica, appare invece estremamente pertinente in questa sede proprio per richiamare ciò che dovrebbe essere - e purtroppo non è più dopo l'eccezionale stagione costituente - l'attuale scrittura del nostro legislatore.

La leggerezza calviniana riferita alla scrittura, in quanto enfatizza un profilo di semplicità, puntualità e precisione ed insieme la capacità di "comportare un alto grado di astrazione" si attaglia perfettamente al modello di scrittura del nostro legislatore costituente; lo stile costituzionale ne rispecchia i canoni sia in riferimento ai contenuti, sia alla tecnica utilizzata ed è capace ancor oggi, proprio per questo, di manifestare forza vitale e guida attraverso i valori fondanti di cui è permeata la nostra Carta fondamentale.

L'immagine di leggerezza calviniana nella scrittura, riferita in tal senso al diritto, a quei parametri di diritto, mite e comprensibile autorevolmente evocati in dottrina<sup>1</sup>, riporta proprio alle parole limpide della nostra Costituzione, capaci per ciò stesso di conferire spessore, solidità e concretezza alle norme e forza ai principi e valori ad essa sottesi.

Le parole della Costituzione, asciutte e sobrie, senza orpelli incomprensibili, erano e sono tutt'ora capaci di reggere la struttura dei diritti fondamentali su cui è edificato l'ordinamento democratico, dimostrando che la forma espressiva del diritto è anche sostanza nel momento in cui si afferma come patrimonio comune condiviso. Quelle parole della nostra Carta, leggere e severe insieme, incastonate in una struttura adeguata, hanno retto all'insidia del tempo anche per la loro capacità naturale di adattamento all'evoluzione del linguaggio ed al sentire comune dal quale provenivano, e le hanno conferito insieme solidità e dinamicità.

In quella che viene definita la capacità autopoietica della nostra Carta fondamentale il ruolo della parola leggera nel senso indicato è assolutamente decisivo; si pensi, solo per un esempio emblematico, alla "inviolabilità" dei diritti della persona ed il suo inscindibile legame con la "inderogabilità" dei doveri limpidamente enunciati dall'art 2 Cost.: quei termini in endiadi costituiscono l'asse portante della centralità della persona umana nell'ordinamento democratico; da soli sono in grado di sorreggere e condizionare positivamente lo sviluppo della legislazione ordinaria, definendo un parametro di riferimento tanto "leggero" quanto granitico. Nelle parole della Costituzione si riconosce quella capacità della norma di definire ed insieme astrarre, di disciplinare ed insieme imporre in modo puntuale, tutto ciò rendendo sempre manifesto

<sup>1</sup> G. Zagrebelski, *Il diritto mite*, Einaudi, Torino, 1992

il contesto di valori e principi più ampi in cui si inserisce quella disciplina. Per tale ragione si è suggestivamente parlato, in proposito, di “dogmatica fluida”<sup>2</sup>, in grado di comprendere componenti anche eterogenee della personalità e dell’individualità, e nel tempo, attraverso una straordinaria capacità autorigenativa, di far convivere valori ed «interessi diversi tutti meritevoli di tutela in modo dinamico in forza della natura dinamica della lingua e del suo strettissimo rapporto con il contesto nel quale essa vive e viene utilizzata»<sup>3</sup>.

La componente della puntualità linguistica non ha «affatto rappresentato un elemento estrinseco, di carattere essenzialmente stilistico-estetico, nel corso del dibattito costituente»,<sup>4</sup> ma anzi è stata oggetto di specifica attenzione da parte dei nostri costituenti ed ha giocato un ruolo decisivo per le sorti della nostra democrazia.

Una caratteristica della lingua “della” Costituzione è rappresentata dalla sua semplicità e facile intellegibilità, in coerenza con la funzione fondamentale che essa era chiamata a svolgere. Il legislatore costituzionale aveva infatti esplicitamente assunto il dato essenziale, oggi purtroppo ignorato, che un testo di legge, pur possedendo la qualità di manifestare la forza del comando autoritativo – anzi proprio per questo – va costruito anzitutto come un atto comunicativo che richiede un linguaggio appropriato alle specificità di quella comunicazione. Infatti, se il diritto utilizza per sua natura il potere del linguaggio comune per trasformarlo legittimamente in linguaggio del potere, non può sottrarsi alla condizione imprescindibile (quanto democratica) di comunicare in modo chiaro la regola diretta a garantire la pacifica convivenza.<sup>5</sup> La legge fondamentale della Repubblica italiana è un esempio di chiarezza linguistica e stile comunicativo efficace, capace di manifestare nella struttura e nel contenuto l’essenza del patto democratico che essa rappresenta; il costituente aveva ben presente che se democratica doveva essere la Costituzione, egualmente democratica doveva essere la norma, ossia il più possibile chiara e diffusamente comprensibile e che il presupposto di tale comprensibilità risiedeva nella vitalità del legame con la matrice della lingua comune<sup>6</sup>; in tal modo si poté dare proficuamente slancio a quel vitale intreccio tra parole del linguaggio comune e del linguaggio

<sup>2</sup> G. Zagrebelski, *Il diritto*, cit., p. 15.

<sup>3</sup> P. Caretti, *Lingua e Costituzione*, in *Rivista AIC, Osservatorio Costituzionale*, maggio 2015, p.2.

<sup>4</sup> P. Caretti, *Lingua* cit. *ibidem*.

<sup>5</sup> Sia consentito richiamare sul punto, P Ciocia, *Contaminazioni e degrado del linguaggio giuridico: riflessi sul principio di affidamento, certezza del diritto e partecipazione democratica*, in A. Vespaziani e M.P. Mittica (a cura di) *Le ispirazioni del giurista*. Atti del IX Convegno Nazionale Italian Society for Law and Literature (ISLL), Università del Molise, (Campobasso 30/6- 1/7 2022), 2023, pp.333-346.

<sup>6</sup> Nelle direttive dei lavori preparatori della Costituzione italiana sono esplicitamente indicate chiarezza ed accessibilità del linguaggio normativo quali presupposti di partecipazione democratica: «La Costituzione dovrà essere il più possibile chiara e tale che tutto il popolo la possa comprendere», O.d.G. Bozzi, 26 ottobre 1946; non a caso il 90% delle parole utilizzate nella Costituzione erano di uso comune all’epoca della sua emanazione, in tempi in cui il livello di alfabetizzazione della popolazione era tutt’altro che elevato, cfr. T. De Mauro, *Il linguaggio della Costituzione*, Senato della Repubblica, Servizio dei resoconti e della comunicazione istituzionale, Roma, 2008, p. 18 ss.

giuridico che si condizionano reciprocamente nel tempo e nello spazio e nel contesto storico culturale in cui si formano avendo entrambe, pur su diversi piani, la funzione di saldare e regolare vincoli sociali<sup>7</sup>.

2. Una delle condizioni per l'efficacia della norma discende, infatti, dalla sua capacità di condizionare positivamente (o di scoraggiare concretamente) l'azione dei consociati<sup>8</sup>; ciò presuppone la sua chiara comprensione che condiziona, a sua volta, un sufficiente grado di condivisione e di affidabilità complessiva dell'ordinamento.

Il cittadino comune possiede aspettative degne di tutela in ordine alla prevedibilità delle conseguenze che trae dalla lettura delle disposizioni normative<sup>9</sup> che interpreta ragionevolmente per mezzo delle regole semantiche e sintattiche della lingua in cui esso è formulato; si orienta, pertanto, tra i possibili significati di un enunciato normativo, verso quello più adeguato al contesto generale nel quale si è formato. In sostanza, fa legittimo affidamento su quel significato che descrive una situazione, un comportamento e le possibili conseguenze positive o negative rispetto alla narrazione. In ciò si fonda, sostanzialmente e nella più pragmatica delle sue possibili articolazioni, il principio della certezza del diritto<sup>10</sup>. Il diritto è certo se ognuno dei consociati destinatari della norma è messo in grado di sapere che cosa dal diritto è autorizzato, o meno, a fare e che cosa è libero di fare; il che accade quando il soggetto, esaminata la struttura ed il contenuto della norma, può fare ragionevole affidamento sulla riferibilità ad esso di un dato obbligo o diritto.

La certezza del diritto va intesa quindi anzitutto come conoscibilità e comprensione del dettato normativo, nel suo aspetto più "pratico" di trasferimento da un piano soggettivo a uno oggettivo, coniugate dall'atteggiamento fiducioso dei consociati nella effettività dell'ordinamento<sup>11</sup>.

3. L'originaria sensibilità del legislatore costituente in ordine al rilievo democratico che riveste la costruzione linguistica della norma giuridica si è purtroppo progressivamente smarrita.

Gli effetti sono evidenti sia nelle successive modifiche all'impianto costituzionale originario oggetto delle numerose leggi di revisione costituzionale<sup>12</sup>, sia soprattutto

<sup>7</sup> M.V. Dell'Anna, *Linguaggio, processo semplificazione degli atti processuali*, in *Il linguaggio del processo, una riflessione interdisciplinare*, a cura di N. Triggiani, in *Quaderni del dipartimento jonico dell'Università di Bari*, vol.6, Ed. DJSGE, Taranto 2017, pp. 39 ss.

<sup>8</sup> R. Guastini, *La certezza del diritto come principio di diritto positivo?*, in *Le regioni*, 5, 1986, pp. 1090 ss.

<sup>9</sup> G. Gometz., *La certezza giuridica come prevedibilità*, Giappichelli, Torino 2005.

<sup>10</sup> V.Velluzzi, *Interpretazione degli enunciati normativi, linguaggio giuridico, certezza del diritto*, in *Criminalia 2008, Annuario di scienze penalistiche* ETS, Pisa 2008, pp 493 ss.

<sup>11</sup> S. Cotta, *La certezza del diritto: una questione da chiarire*, in *Riv. dir. civ.*, 3, 1993, pp. 321 ss. L. Gianformaggio, *Certezza del diritto in Digesto/discipline privatistiche*, II, Utet, Torino 1988, pp. 274 ss.

<sup>12</sup> Ventitré leggi di revisione costituzionale, a patire dal 1858, alcune delle quali, tra le più recenti, assolutamente riconoscibili per il tratto linguistico di minore essenzialità rispetto al testo originario, dalla

nella legislazione ordinaria che appare linguisticamente degradata, appesantita da espressioni verbali imprecise, da articolazioni sintattiche intricate ed incomprensibili, infarcita sia di arcaismi sia di altrettanto improbabili neologismi, complessivamente disorganica, spesso contraddittoria anche all'interno dei singoli ambiti di intervento. Elementi che, ribaltando in negativo il ruolo dell'espressione linguistica nell'esperienza costituzionale che era insieme forma e sostanza, indeboliscono la struttura e la funzione dell'ordinamento e contribuiscono ad una pericolosa disaffezione e sfiducia dei cittadini verso un sistema di regole incomprensibili e talvolta schizofreniche che, in ogni ambito, minano i principi di affidamento e certezza del diritto, con gravi conseguenze sulla tenuta del sistema democratico. Lo sfaldamento di un sistema di regole comprensibili concorre, insieme ad altri fattori connessi alle dinamiche politico istituzionali, ad una insidiosa lacerazione della relazione fiduciaria che dovrebbe legare l'esercizio della funzione legislativa ai cittadini destinatari delle norme.

La questione, solo apparentemente linguistica, si riflette così su un profilo giuridico che riporta al medesimo punto di partenza, ossia la tenuta dell'assetto condiviso di valori e principi portati dalla Costituzione. E' stato infatti osservato che vi è una «significativa connessione tra buona scrittura delle leggi e principio di legalità, inteso non come astratta garanzia del cittadino attraverso la legge, ma come effettiva sussistenza dei presupposti (anche linguistici)»<sup>13</sup> di conoscenza; sicché la rottura del patto comunicativo normativo, fondato sul presupposto di comprensione e condivisione del comando imperativo, inibisce o quantomeno limita in concreto l'efficacia della norma giuridica e tradisce la stessa delega democratica che lo sostiene.

Il degrado normativo si può esaminare sotto due distinte prospettive visuali; può riferirsi sia alla concreta intellegibilità della singola norma e quindi all'individuazione della disciplina applicabile, sia alla incoerenza e contraddittorietà di "sistema" di disposizioni connesse, ossia alla contraddittorietà totale o parziale tra differenti norme emanate in relazione al medesimo contesto; in entrambi i casi gli effetti sulla tenuta dell'ordinamento sono deleteri. Una norma incomprensibile incrina la certezza del diritto nella sua più semplice e concreta delle sue accezioni, una disciplina inestricabile o contraddittoria, oltre a ciò, priva l'ordinamento di un minimo, indispensabile livello di coerenza e funzionalità. Entrambi i profili patologici dell'impianto normativo concorrono a deteriorare il rapporto democratico che ne sostiene la legittimazione.

Quanto al primo profilo, autorevole dottrina ha rilevato che una disposizione legislativa incomprensibile, potrebbe già di per sé comportare una censura di costituzionalità: l'illegittimità costituzionale delle disposizioni oscure, dalle quali non

prima L. Cost 18 marzo 1958, n. 1 sino all'ultima L. Cost. 26 settembre 2023, n. 1. Per fortuna, molti tentativi di ulteriore deterioramento del quadro costituzionale sono naufragati ab origine, oppure non hanno superato il vaglio referendario ai sensi dell'art. 138, II co. Cost.

<sup>13</sup> C. Zucchelli, *Riflessioni sulla qualità del linguaggio normativo*, in R. Zaccaria, *La buona scrittura delle leggi*. Camera dei Deputati, Roma 2012 79 ss.

sia possibile «argomentare l'estrazione di una norma vincolante» deriverebbe dal conflitto con le norme contenute negli artt. 54 Cost, I co, e 73 Cost, quanto alla prima poiché il cittadino sarebbe impossibilitato a esercitare il dovere di rispettare le leggi incomprensibili, quanto alla seconda poiché la legge oscura sarebbe in contrasto con la ratio dell'istituto della pubblicazione finalizzato alla doverosa conoscenza del diritto da parte dei destinatari<sup>14</sup>. Altri, pur senza giungere a tali drastiche conclusioni, rimarcano il fondamento costituzionale della buona qualità della legislazione nell'essere una «implicazioni necessaria del sistema», un «obiettivo costituzionalmente rilevante affinché altri principi e regole di diretta ed incontestabile portata parametrica siano tenuti presenti nella produzione legislativa»<sup>15</sup>. Lo stesso Consiglio di Stato definì la buona qualità delle regole giuridiche “un'entità immateriale essenziale” per rendere effettivi i diritti e le libertà costituzionalmente garantiti, ragione per cui i testi normativi devono essere chiari, intellegibili ed accessibili ma soprattutto devono essere assistiti da una sostanziale: devono contenere buone regole<sup>16</sup>.

D'altronde, già la notissima sentenza della Corte costituzionale di declaratoria di incostituzionalità dell'art. 5 c.p. in ordine all'ignoranza inevitabile della legge penale, censurava i casi di oggettiva «mancanza di riconoscibilità della disposizione normativa (ad esempio assoluta oscurità del linguaggio legislativo)»<sup>17</sup>.

4. L'ulteriore elemento di criticità innanzi ipotizzato deriverebbe dalla contraddittorietà tra norme differenti emanate per il medesimo ambito e, comunque, nei casi in cui la complessità, farraginosità ed imprecisione del linguaggio normativo fosse tale da indurre un affidamento ragionevole (e fallace) dei destinatari, tutelabile sotto il profilo della razionale prevedibilità della situazione regolamentata. Il valore negato in tali casi non è solo quello della doverosa intellegibilità della disposizione, ma la coerenza ed organicità di sistema che induce il fiducioso affidamento dei destinatari<sup>18</sup>.

Su questo specifico profilo, pregno di delicate implicazioni che non possono essere trattare in questa sede,<sup>19</sup> la Corte ha avuto occasione di pronunziarsi anche di recente,

<sup>14</sup> M. Ainis, *La legge oscura: come e perché non funziona*. Laterza, Roma-Bari 2002.

<sup>15</sup> P. Costanzo, *Il fondamento costituzionale della qualità della normazione*, in *Studi in memoria di G. Floridia*, Jovene, Napoli 2009, p. 177.

<sup>16</sup> Cons. St., Ad. Gen., 25 ottobre 2004, n. 2/2004.

<sup>17</sup> Corte cost. sent. n. 364 del 24.3.1988, Pres. Saja, Red. Dell'Andro.

<sup>18</sup> Sul punto, F. Merusi, *Sentieri interrotti della legalità*, Il Mulino, Bologna 2006. P. Carnevale, *Al fuggir di giovinezza... nel domani non vi è più certezza (Brevi riflessioni sul processo di valorizzazione del principio di affidamento nella giurisprudenza costituzionale)* in *Giur. cost* 6, 1999 pp. 3643 ss.

<sup>19</sup> Viene implicata, ancora una volta, la natura degli equilibri e rapporti tra organi legislativi e Corte, come avvenuto, di recente sebbene da altra prospettiva, a seguito delle questioni riguardanti il fine vita o l'ergastolo ostativo, ove si è avvertita l'esigenza di uno spirito dialogico tra Corte e Parlamento.

In proposito si veda M. Ruotolo, *L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale*, in *Rivista AIC*, 2019 n.2.

in relazione a casi di produzione normativa disorganica se non proprio schizofrenica;<sup>20</sup> in tali casi i giudici remittenti avevano eccepito che la contraddittorietà normativa alimentasse il disorientamento del cittadino e ne tradisse l'affidamento nella (relativa) stabilità del sistema, in violazione del principio di certezza del diritto, cardine dell'ordinamento.

Nell'ordine di questi profili di censura, la Corte ha anzitutto più volte riconosciuto che le ragioni del legittimo affidamento dei cittadini sono degne di tutela e che insieme ad esse vada assicurata la coerenza del sistema normativo. Il legittimo affidamento – rileva infatti la Consulta - è «connaturato allo Stato di diritto quale declinazione soggettiva dell'indispensabile carattere di coerenza dell'ordinamento»<sup>21</sup>, costituisce manifestazione del valore della certezza del diritto e gode pertanto di copertura costituzionale. Dunque, come il cittadino nutre legittimo affidamento in ordine alla stabilità dei fondamentali valori trasfusi nei principi costituzionali pur nel loro fisiologico adattamento all'evoluzione socioculturale, eguale tutela deve essergli riconosciuta anche in relazione ai fondamentali assetti normativi che derivino dalla produzione legislazione ordinaria, sempre nel rispetto delle prerogative e della libertà di innovazione del potere legislativo. La potestà legislativa, secondo il Giudice delle leggi, deve pur sempre svolgersi nell'osservanza dei principi di ragionevolezza ed eguaglianza<sup>22</sup>, di legittimo affidamento dei cittadini sulla stabilità della situazione normativa preesistente<sup>23</sup>, di certezza delle situazioni giuridiche ormai consolidate<sup>24</sup>, nonché di coerenza dell'ordinamento<sup>25</sup>.

Ne discende che non ecceda l'indagine della Corte verificare se ed in quali limiti l'ambiguità (patologica) di una o più disposizioni disorganiche e/o contraddittorie emanate per un determinato ambito possa contrastare, seppure di fatto, con il principio di tutela del legittimo affidamento; principio che trova pieno riconoscimento nella giurisprudenza della Corte sul fondamento dell'art. 3 Cost. con riferimento alla necessaria ragionevolezza e razionalità che si impone alle disposizioni normative, in particolare a quelle che, introducendo novità nella disciplina di rapporti consolidati, siano destinate ad incidere su aspettative giuridicamente qualificate. Ciò che avviene soprattutto in situazioni legate ai rapporti di durata.

In questa prospettiva, la Corte ha ribadito che il legittimo affidamento nella sicurezza giuridica costituisce elemento fondamentale dello Stato di diritto ed, in qualche modo, comporta un limite implicito nella potestà legislativa, di tal che il legislatore pur disponendo di ampia discrezionalità nel suo agire, non possa frustrare

<sup>20</sup> «Il linguaggio, ove intellegibile al destinatario dell'atto giuridico, contribuisce ad assicurare la legittimazione del soggetto pubblico che lo esprime», così. E. Zaccaria, *Il linguaggio del legislatore e della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2023 n. 1.

<sup>21</sup> Corte cost. sent. n. 188 del 21.6.22, Pres. Amato, Red. Buscema.

<sup>22</sup> Corte cost. sent. n. 282 del 2005.

<sup>23</sup> Corte cost. sent. n. 525 del 2000.

<sup>24</sup> Corte cost. sent. n. 24 del 2009, n. 74 del 2008 e n. 156 del 2007.

<sup>25</sup> Corte cost. sent. n. 209 del 2010.

con discipline irrazionali quelle situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti e quindi, in sostanza, disattendere l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica<sup>26</sup>.

È interessante notare che la Corte abbia rimarcato, specie nelle pronunzie degli ultimi anni, l'elemento essenziale della "coerenza" dell'ordinamento giuridico, proprio in momento storico in cui il groviglio normativo nel quale ogni operatore del diritto, sia esso giudice, funzionario pubblico, avvocato, è costretto ad operare con enormi difficoltà per applicare con sufficiente sicurezza una disciplina al caso concreto.

La tutela del legittimo affidamento nella sicurezza giuridica viene qualificata dalla Corte con espressioni molto nette e puntuali; essa nel linguaggio della Corte è "elemento fondamentale", "principio connaturato" allo Stato di diritto che trova copertura costituzionale nell'art. 3 Cost. e costituisce «ricaduta e declinazione "soggettiva" dell'indispensabile carattere di coerenza di un ordinamento giuridico, quale manifestazione del valore della certezza del diritto».<sup>27</sup> Tanto che l'ampia discrezionalità del legislatore, persino all'ambito dei diritti soggettivi perfetti, deve trovare un limite nell'irragionevolezza della disposizione qualora venga determinata in modo da non rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto a cui si riferisce.

Gli indici rilevatori di tale irragionevole incidenza delle disposizioni sopravvenute sul principio di affidamento vengono individuati in modo puntuale dalla Corte e sinteticamente compendiate in quattro elementi; anzitutto nel tempo trascorso tra l'originaria definizione dell'assetto regolatorio ed il mutamento di esso, poi nel grado di consolidamento della situazione soggettiva, quindi nella (im)prevedibilità della modifica ed infine nella proporzionalità dell'intervento legislativo.<sup>28</sup> Particolarmente rilevante il primo elemento, ossia quello temporale; per la Corte, la situazione giuridica idonea a dar luogo ad un affidamento tutelabile, oltre a sorgere in un contesto giuridico sostanziale atto a creare nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento, deve essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, così rafforzando un'aspettativa di continuità.

La naturale applicazione del principio si ritrova nella disciplina dei rapporti di durata, ove la irrazionalità o la incoerenza di una innovazione legislativa può più facilmente confliggere con l'esigenza di una tutela dell'affidamento. Sul punto la Corte

<sup>26</sup> P. Mauriello, *Ancora sul principio dell'affidamento nella sicurezza giuridica*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 2003.

<sup>27</sup> Corte cost. sent. n. 54/19, Pres. Lattanzi, red. Amato. Per la Consulta, il valore costituzionalmente assistito del legittimo affidamento non esclude che il legislatore possa adottare disposizioni che modificano in senso sfavorevole agli interessati la disciplina di rapporti giuridici, anche se l'oggetto di questi sia costituito da diritti soggettivi perfetti, ma a condizione che tali disposizioni non trasmodino in un regolamento irrazionale. Nel medesimo tenore, Corte cost. sent. n. 108/2019 e le successive Corte cost. sent. n. 169/22, Corte cost. sent. n. 136/22.

<sup>28</sup> Costituiscono indici rilevatori, per stabilire l'eventuale irragionevole incidenza delle disposizioni sopravvenute sull'affidamento, il tempo trascorso dall'originaria definizione dell'assetto regolatorio al mutamento con efficacia retroattiva e il grado di consolidamento della situazione soggettiva riconosciuta nonché la prevedibilità della modifica e la proporzionalità dell'intervento legislativo, Corte cost. sent. n. 145/2022; si vedano altresì Corte cost. n. 108/2019; n. 54/2019; n. 89/2018; ord. 31/2011.



rileva che, sebbene il legislatore in tale ambito disponga di ampia disponibilità e possa anche modificare in senso sfavorevole la disciplina di quei rapporti, ancorché l'oggetto sia costituito da diritti soggettivi perfetti, ciò può avvenire a condizione che la disciplina trovi adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non trasmodi in un regolamento irrazionalmente lesivo, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, del legittimo affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto lesivo del legittimo. Va, dunque, apprezzato secondo la Corte «se la misura sia proporzionata - cioè, se sia necessaria e idonea al conseguimento di obiettivi legittimamente perseguiti, in quanto, tra più misure appropriate, prescriva quella meno restrittiva dei diritti a confronto e stabilisca oneri non sproporzionati rispetto al perseguimento di detti obiettivi - anche in considerazione del grado di consolidamento dell'interesse della parte»<sup>29</sup>.

Il principio è ribadito in molte altre pronunzie, ove la Corte sottolinea che la tutela dell'affidamento impone che le disposizioni con le quali si modifica in senso sfavorevole la disciplina verso i soggetti interessati «non trasmodino in un regolamento irrazionale, frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica frustrando, con riguardo a situazioni sostanziali fondate sulle leggi precedenti, l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica»<sup>30</sup>.

La Corte afferma dunque esplicitamente che il cittadino è titolare di aspettative degne di tutela in ordine alla razionale stabilità e non contraddittorietà della previsione normativa, nel rispetto della sicurezza giuridica quale portato del principio cardine (costituzionale) della certezza del diritto<sup>31</sup>; nel caso di «novità normativa destinata ad incidere su aspettative giuridicamente qualificate legate a rapporti di durata, occorre valutare, ex art. 3 Cost, ragionevolezza e proporzione della novella nell'ottica del necessario bilanciamento dei valori istituzionali coinvolti»<sup>32</sup>. Ragionevolezza richiamata, ad esempio, in alcuni casi di disciplina dell'esercizio di diritti: «il legislatore gode di ampia discrezionalità con riguardo alla fissazione di termini per

<sup>29</sup> Corte cost. sent. n.188/22, Pres. Amato, Red. Buscema. Nello stesso senso, le precedenti pronunzie Corte cost. sent. n. 136/2022; sent. n. 234/2020; sent. n. 241/2019; sent. n. 108/2019; sent. n. 89/2018; sent. n. 236/2017; sent. n. 73/2017; sent. n. 16/2017; sent. n. 203/2016 - mass. 39036; sent. n. 56/2015; sent. n. 1/2014; sent. n. 170/2013; sent. n. 160/2013; sent. n. 236/2009.

<sup>30</sup> Corte Cost. Sent. n. 169/22. Pres. Amato; Red. Prosperetti.

<sup>31</sup> Sul rapporto semantico e giuridico tra prevedibilità e certezza, si vedano le acute osservazioni di G. Pino, *La certezza del diritto e lo stato costituzionale*, in *Diritto pubblico*, 2, 1998, pp. 517-544, per il quale, pur se la certezza del diritto consiste «nella possibilità di stabilire (in maniera ragionevolmente attendibile) le conseguenze giuridiche o la qualificazione giuridica di determinati atti o fatti», tende a non identificare certezza e prevedibilità «poiché la prevedibilità può ben essere un criterio o condizioni di certezza ma non esaurisce il concetto di certezza».

<sup>32</sup> Corte cost. sent. n. 236 del 2017, Pres. Grossi, Red. Barbera. La Corte ritiene che benché non sussista il divieto di irretroattività della legge in quanto previsto unicamente per la legge penale dall'art. 25 Cost, la facoltà del legislatore ordinario di mortificare *in peius* la disciplina concernente i diritti soggettivi perfetti relativi ai rapporti di durata richiede che la stessa sia giustificata da esigenze di assoluto rilievo, tali da imporre sacrifici eccezionali, transeunti, non arbitrari e consentanei allo scopo prefisso.

l'esercizio di singoli diritti, con l'unico limite dell'eventuale irragionevolezza, qualora il termine venga determinato in modo da non rendere effettiva la possibilità di esercizio del diritto cui si riferisce»<sup>33</sup>.

Per altro verso, la stessa Corte aveva già ricordato, in una delle prime sentenze sulla questione, che non ogni condizione di ragionevole aspettativa può dar luogo ad una conforme tutela, poiché «una situazione giuridica, per dar luogo a un affidamento, deve risultare, oltre che sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento, anche protratta per un periodo sufficientemente lungo»<sup>34</sup>.

Elevato il principio del legittimo affidamento al rango costituzionale, per la Corte ne consegue che esso sia sottoposto ad un bilanciamento con altri principi costituzionali, al fine di poterne valutare a volta a volta, nella specifica situazione esaminata, la preponderanza dell'uno o dell'altro.<sup>35</sup> L'affidamento – osserva, infatti, la Corte – pur degno di copertura costituzionale, «non è tutelato in termini assoluti e inderogabili, in quanto anche tale principio è sottoposto al normale bilanciamento proprio di tutti i principi e diritti costituzionali»; ad esempio, solo per richiamare una specifica questione sottoposta, la Consulta afferma che «l'esigenza di ripristinare i criteri di equità e di ragionevolezza e di rimuovere le sperequazioni e le incongruenze, insite in un trattamento di favore, è da ritenersi preponderante rispetto alla tutela dell'affidamento»<sup>36</sup>.

5. Un punto resta dunque fermo, segnato da numerose pronunzie della Consulta. Tuttavia, il terreno esplorato dalla Corte potrebbe essere foriero di ulteriori frutti in ordine alla concreta tutela di altre situazioni di affidamento, che possano determinarsi per le conseguenze di disposizioni normative confuse ed incoerenti, e da irrazionali modificazioni di disciplina ed assetti.

Anche l'affidamento fondato su un'interpretazione legittima e ragionevole di un testo normativo scoordinato, se accompagnata da presupposti di tempo e di contesto giuridico idoneo a rafforzare quella ragionevole fiducia cui fa riferimento la Corte, può indurre il destinatario a rafforzare l'affidamento nel contenuto di quella norma, poi contraddetta, ad esempio, dalla novella interpretativa e/o applicativa. Il fenomeno non è infrequente, attesa la sempre maggiore disomogeneità dei testi normativi, la dispersione dei contenuti in richiami continui a disposizioni di altro contesto, ad

<sup>33</sup> Corte cost. sent. n. 54/19, Pres. Lattanzi; Red. Amato; precedenti conformi, Corte cost. sentenze n. 216 del 2015 e n. 234 del 2008.

<sup>34</sup> Corte cost. sent. n. 250/17, Pres. Grossi, red. Sciarra. Un precedente sul punto in Corte cost. sent. n. 56 del 2015.

<sup>35</sup> Corte cost. Sent. n. 136/22. Pres. Amato; Red. Buscema, Si veda anche la precedente Corte cost. sent. n. 241/2019.

<sup>36</sup> Corte Cost. sent. n. 240/19, Pres. Lattanzi; Red. Sciarra. Il legittimo affidamento è soggetto al normale bilanciamento proprio di tutti i principi e diritti costituzionali. Sul punto, anche Corte cost. sent. n. 108 del 2019.

abrogazioni parziali o implicite, il susseguirsi schizofrenico di leggi, regolamenti o, peggio, di circolari interpretative anche in settori molto delicati quali ad esempio, quello edilizio, sanitario o dell'ambiente. Mentre, invece, le esigenze, talvolta antitetico, sono (sarebbero) quelle «di assicurare la chiarezza e la precisione del linguaggio giuridico, intese rispettivamente come assenza di sintassi o semantica ambigue e come individuazione, senza margine di ambiguità, dei fatti giuridici oggetto di disciplina in vista dell'uso che il destinatario della legge...dovrà farne nell'interpretazione/applicazione», e nel contempo di consentire «la intellegibilità del linguaggio, da parte di una sfera più ampia di destinatari, cioè da parte di tutti coloro che sono soggetti alla legge»<sup>37</sup>.

La norma equivoca in ragione della complessità della sua costruzione che ingenera (legittimamente) una previsione del destinatario, ne condiziona nel tempo scelte ed opportunità. Egli in sostanza, fa legittimo affidamento – qui torna la “declinazione soggettiva” del principio di certezza del diritto richiamata dalla Corte - su quel significato che descrive una situazione, un comportamento e sulle possibili conseguenze positive o negative rispetto alla narrazione<sup>38</sup>. La questione appare aperta, tanto che in dottrina si è auspicato che «la giurisprudenza della Corte possa compiere ulteriori passi in avanti nell'ampliare la sfera di tutela dell'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica giungendo a proteggere ulteriori situazioni giuridiche che oggi non possono essere ancora salvaguardate»<sup>39</sup>.

6. Il legittimo affidamento è stato, in ambito comunitario, elevato dalla Corte di giustizia europea a principio dell'ordinamento europeo, pur in assenza di riferimenti espliciti nei trattati; sicché esso, già elaborato in dottrina, ha trovato spazio in molte pronunce delle corti nazionali e di alcune corti costituzionali europee.<sup>40</sup> Nel diritto comunitario esso è stato qualificato, in particolare, come “sotto principio” del più generale principio della certezza del diritto, il quale impone che le norme di diritto siano chiare e precise e che la loro applicazione sia prevedibile, in particolar modo quando possano comportare conseguenze sfavorevoli per i destinatari;<sup>41</sup> i soggetti interessati devono, infatti, conoscere con esattezza la portata dei propri diritti ed

<sup>37</sup> E. Zaccaria, *Il linguaggio*, cit., pag.142.

<sup>38</sup> V.Velluzzi, *Interpretazione*, cit..

<sup>39</sup> P. Mauriello, *Ancora sul principio*, cit. p 842.

<sup>40</sup> A Profeta, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'unione europea: la tutela del legittimo affidamento*, in *Amministrazione in cammino*, 9 settembre 2022. Nel processo di armonizzazione tra diritto europeo e singoli ordinamenti degli Stati, la Corte di giustizia è giunta a riconoscere la tutela dell'affidamento come principio dell'ordinamento giuridico comunitario la cui inosservanza costituirebbe una violazione del trattato o delle regole del diritto relative alla sua applicazione, al fine di evitare ingiustificate posizioni di privilegio della pubblica amministrazione nei confronti dei cittadini, Corte di giustizia dell'unione europea, sent. 3 maggio 1978 causa 112/77 Topffer c. Commissione.

<sup>41</sup> Corte di Giustizia Unione europea 21 dicembre 2021, sent. n. 428/20.

obblighi affinché sia loro assicurata adeguata tutela delle singole situazioni giuridiche e la certezza del diritto non sia relegata ad un enunciato puramente formale<sup>42</sup>.

Non dissimile tutela del legittimo affidamento trova oggi riconoscimento anche rispetto agli atti della pubblica amministrazione, nella relazione qualificata tra essa ed i privati quale portato della più moderna visione dell'agire amministrativo, in applicazione dell'art. 97 Cost. in collegamento con l'art. 3 Cost. secondo cui l'azione amministrativa è fondata sul principio di buon andamento ed imparzialità, trasparenza e democraticità e con l'art.2 Cost. in riferimento al dovere di solidarietà.

L'affermazione del principio di tutela del legittimo affidamento si fa discendere, attraverso il dovere di buona fede che incombe sulle parti, anche dal riferimento costituzionale al dovere di solidarietà di cui all'art.2 Cost. in forza del quale l'esercizio dei diritti deve avvenire in modo tale da non comportare un eccessivo sacrificio della sfera giuridica altrui. Il principio, generalmente riferito alle vicende contrattuali privatistiche ai fini di un riequilibrio delle posizioni in gioco, è oggi riconosciuto nella sfera pubblica amministrativa grazie al progressivo superamento di una visione autoritativa della P.A. fondata sullo *ius imperi* ove l'interesse pubblico generale prevaleva su quelli individuali nell'ottica di una applicazione del principio di legalità in termini squisitamente formali<sup>43</sup>.

L'emersione della tutela del legittimo affidamento del privato rispetto all'agire della pubblica amministrazione è il portato di una visione del rapporto di leale collaborazione tra pubblica amministrazione e cittadini fondata su pari dignità, riconoscimento di diritti e tutele risarcitorie in capo ai cittadini;<sup>44</sup> il principio della tutela dell'affidamento del cittadino si è sempre più collocato all'interno dei doveri di imparzialità e buon andamento ai sensi dell'art. 97 Cost. che devono ispirare e governare l'azione amministrativa<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Certezza del diritto e tutela dell'affidamento sarebbero tuttavia differenziate su un piano strutturale e funzionale; la prima avrebbe un carattere statico poiché postula certezza e precisione delle norme giuridiche, mentre il legittimo affidamento avrebbe carattere dinamico poiché vincolerebbe l'amministrazione ad esercitare il potere in modo tale da non incidere negativamente sulle situazioni giuridiche dei soggetti destinatari. La tutela del legittimo affidamento può manifestarsi sia nella prevedibilità dell'emanazione di un atto positivo sia in ordine alla non prevedibilità di un atto negativo, profili che hanno eguale dignità e che possono essere desunti dal principio di buon andamento imparzialità dell'amministrazione di cui all'art. 97 Cost. e dai principi fondamentali della legge di rango costituzionale n. 214/90 che richiedono sia assicurata al cittadino la stabilità di quelle situazioni giuridiche che razionalmente si possano ritenere consolidate. G. Vitale, *Riflessioni tra il legittimo affidamento e gli altri principi generali dell'ordinamento dell'unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2013 pp. 569-585.

<sup>43</sup> M. Bacci, *L'evoluzione del principio del legittimo affidamento nel diritto dell'Unione Europea e degli stati membri*, in *Master Diritto Privato europeo.it.*, 2015.

<sup>44</sup> Con sent. n. 7 del 2021 il Consiglio di Stato ha riconosciuto la possibilità di tutela per il danno da affidamento procedimentale dinanzi al giudice amministrativo anche nelle ipotesi di responsabilità da mero comportamento della PA, obbligata al rispetto delle regole di correttezza e buona fede applicate al procedimento amministrativo.

<sup>45</sup> Sul punto A. Simonelli, *Affidamento legittimo e illegittimo brevi riflessioni sul ruolo sociale della PA, due dimissioni all'Adunanza plenaria*, in *Amministrazione in cammino*, 18 giugno 2021 p. 9 ss. In questa

In tale più democratica e partecipata dimensione dell'azione amministrativa, il Consiglio di Stato ha avuto modo di qualificare la nozione di affidamento: essa non costituisce «una regola atta a limitare il potere amministrativo di disconoscere i vantaggi riconosciuti con pregressi atti, ma è una regola comportamentale, inscrivibile nel generale canone di buona fede, volta a non ingenerare, con le proprie condotte, aspettative destinate ad essere deluse»; per tale ragione, il principio di tutela del legittimo affidamento «impone che una situazione di vantaggio, assicurata a un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita»<sup>46</sup>.

7. La giurisprudenza della Corte, nella coerente strada della garanzia piena e concreta dei diritti del cittadino (anche) rispetto alle incoerenze del sistema legislativo, interviene, dunque, sempre più spesso per fissare un argine al Parlamento rispetto alle patologiche disorganicità normative le quali, violando affidamento e certezza del diritto, comprimono le garanzie dei diritti dei cittadini. Costoro, infatti, hanno diritto ad una ragionevole tutela delle proprie situazioni giuridiche e di una sufficiente garanzia di stabilità dell'ordinamento, oggi frequentemente tradita. Si tratta, indubbiamente di una espressione di dinamicità degli interventi della Corte nell'ambito delle sue prerogative di tutela della legalità costituzionale, che tuttavia mettono in luce la necessità di ricercare sempre nuovi equilibri nei rapporti tra Corte e Parlamento, attesa la criticità ormai patologica dell'esercizio della funzione legislativa.

Sul rilievo della dimensione pragmatica del rapporto tra il diritto - quale insieme di enunciati normativi e di significati incidenti nella determinazione dei comportamenti - ed i suoi destinatari, si può dunque concludere, nel segno argomentativo della Corte, che se l'attività legislativa è libera nei fini, l'ambito del contesto linguistico possibile offerto al legislatore appare delimitato sulla base delle regole semantiche e sintattiche di funzionamento della lingua in cui l'enunciato è formulato nonché di regole essenziali, ma inderogabili di coerenza e razionalità di sistema; la Corte ci indica che il legislatore ordinario, secondo l'insegnamento (purtroppo svanito) del Costituente, deve dunque muoversi, senza tradire la funzione affidatagli, all'interno di tale cornice condivisa di significati e costruzioni di senso per costruire ordinamenti che rispondano, ad esigenze di coerenza, razionalità, proporzionalità, quali «manifestazioni del valore della certezza del diritto»<sup>47</sup> anche sotto il profilo della sicurezza giuridica.

logica si sono aperti ampi spazi per una tutela giurisdizionale dei cittadini anche rispetto ad atti della pubblica amministrazione formalmente legittimi ma capaci di incidere nella sfera giuridica del soggetto leso, ove può trovare applicazione la tutela del legittimo affidamento del soggetto privato (in buona fede) che avesse fatto affidamento sulla attività della pubblica amministrazione.

<sup>46</sup> Consiglio di Stato, Sezione III, sent. n. 4392 del 8 luglio 2020.

<sup>47</sup> Così, in particolare, nelle citate sentenze della Corte cost. n. 169/22 e n. 188/22.

Claudio D'Alonzo

## L'ESPERTO NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA \*

### ABSTRACT

L'istituto della composizione negoziata prevede la nomina di un esperto indipendente nel campo della ristrutturazione. L'introduzione di questa nuova figura solleva più di un interrogativo circa la sua natura. Ciò sebbene la legge indichi in modo dettagliato i requisiti necessari per la nomina, i compiti demandati all'esperto e le raccomandazioni a cui deve attenersi nello svolgimento del suo incarico. Lo scopo del presente lavoro è quello di tratteggiare, se pur brevemente, il suo ruolo.

Negotiated composition provides for the appointment of an independent expert in the field of corporate restructuring. This new professional raises more than question regarding their nature, even though the law specifies in detail the necessary requirements for the appointment of the expert, the tasks entrusted to them, and the recommendations they must adhere to in carrying out their role. The purpose of this paper is to outline, albeit briefly, the role of the expert.

### PAROLE CHIAVE

Composizione negoziata – esperto – doveri

Negotiated composition – expert – duties

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. L'esperto – 3. I doveri dell'esperto – 4. Le trattative – 5. Conclusioni

1. Come è noto, il C.C.I.I. si prefigge lo scopo di anticipare il momento di manifestazione dei segnali di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa per preservarne, ove possibile, il funzionamento e la continuità. A tal fine, nel nostro ordinamento, già dal 2021<sup>1</sup>, è stato introdotto l'istituto della composizione negoziata<sup>2</sup>,

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

<sup>1</sup> Cfr. decreto legge 24 agosto 2021, n. 118 (convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147) e successivamente trasfuso nel C.C.I.I.

<sup>2</sup> 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 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*

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 insolvenza<sup>3</sup>.

La composizione negoziata è uno strumento stragiudiziale basato sulla volontà del debitore ed il cui scopo è il risanamento dell'impresa<sup>4</sup>, intesa come organizzazione imprenditoriale, sia essa societaria o meno<sup>5</sup>. Non si tratta di una procedura concorsuale<sup>6</sup>, tanto che il debitore non subisce alcuno spossessamento, quanto piuttosto di un mezzo idoneo a risolvere le difficoltà economiche e finanziarie dell'imprenditore prima che venga aperta una procedura di questo tipo.

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'insolvenza<sup>7</sup>; il debitore e i creditori non sono in contrapposizione tra loro e partecipano a trattative finalizzate ad una ricerca congiunta di una soluzione al problema della crisi dell'imprenditore. All'esito della composizione negoziata, si pongono dinanzi all'imprenditore e ai suoi creditori molteplici soluzioni, tra le quali è possibile scegliere quella più appagante<sup>8</sup>.

Il percorso si apre con l'istanza con la quale l'imprenditore chiede al segretario generale della camera di commercio nel cui territorio si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente nel campo della ristrutturazione.

*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.*

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Cfr. 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. 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.

<sup>5</sup> V. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". Prime riflessioni*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 13.

<sup>6</sup> I. Pagni, 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.

<sup>7</sup> Cfr. G. Fauceglia, *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 3.

<sup>8</sup> S. Pacchi, *L'allerta cit.*, p. 3.

La nomina dell'esperto avviene da parte di una commissione, che attinge il nominativo da un apposito elenco; i requisiti necessari per ottenere la nomina devono essere documentati, mentre l'assolvimento degli obblighi formativi ed il *curriculum vitae* possono essere oggetto di autocertificazione, di modo che la scelta dell'esperto possa essere adeguatamente ponderata. A tal proposito, è previsto che il segretario della camera di commercio comunichi l'istanza entro due giorni alla commissione unitamente ad una nota sintetica contenente l'indicazione del volume d'affari, del numero dei dipendenti e del settore in cui opera l'impresa.

Se all'avvio del procedimento non fa seguito la richiesta di misure protettive, la presentazione dell'istanza e la nomina dell'esperto non sono soggette a forme di pubblicità; ciò comporta quale logica conseguenza che i creditori che non saranno coinvolti nelle trattative non vengano a conoscenza dell'esistenza di un percorso di composizione negoziata<sup>9</sup>.

L'introduzione di questa nuova figura solleva più di un interrogativo circa la sua natura. Nonostante la legge ed il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 (modificato dal decreto dirigenziale del 23 marzo 2023) indichino in modo dettagliato i requisiti necessari per la nomina, i compiti demandati all'esperto e le raccomandazioni a cui deve attenersi nello svolgimento del proprio incarico, appare opportuno tratteggiare, se pur brevemente, il suo ruolo.

2. L'indagine circa la figura dell'esperto sembra dover prendere le mosse dalla considerazione per cui la sua presenza durante la composizione negoziata è necessaria ed è finalizzata a facilitare il raggiungimento di un accordo tra il debitore ed i creditori<sup>10</sup>. A tal fine, è previsto che l'esperto sia in possesso degli specifici requisiti di indipendenza di cui all'art. 2399 c.c. e non sia legato all'imprenditore da alcun rapporto personale o professionale. Si tratta di un soggetto terzo, imparziale, indipendente e competente in materia di crisi aziendali, tenuto ad operare in modo professionale e riservato. La rilevanza delle specifiche caratteristiche di cui deve essere dotato l'esperto viene risaltata dalla possibilità concessa alle parti coinvolte nelle trattative di sindacare l'indipendenza del professionista nominato, al fine di ottenere eventualmente la sua sostituzione. L'imparzialità e l'indipendenza dell'esperto contribuiscono ad innalzare il livello di sicurezza delle trattative, dal momento che i creditori saranno meno diffidenti verso le richieste del debitore<sup>11</sup>; allo

<sup>9</sup> N. Manzini, F. Carelli, 2022, *Il ruolo dei creditori* cit., p. 3.

<sup>10</sup> A. Passantino, *L'esperto nella composizione negoziata della crisi. Funzioni, poteri e responsabilità*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, p. 1.

<sup>11</sup> R. Ranalli, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Fall.*, 2021, p. 1515.



stesso tempo, scoraggiano l'adozione di comportamenti poco trasparenti delle parti coinvolte<sup>12</sup>.

A differenza di quanto previsto dal decreto legge 24 agosto 2021, n. 118, ove l'esperto aveva la facoltà di chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie all'espletamento del proprio incarico, l'art. 14, comma 2, C.C.I.I. stabilisce che l'esperto può accedere alle banche dati cui è collegata la piattaforma telematica ed estrarre la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o per la prosecuzione delle trattative; allo stesso modo, ciascun creditore può inserire nella piattaforma telematica le informazioni relative al proprio credito e i dati eventualmente richiesti dall'esperto, così come accedere ai documenti e alle informazioni inserite dall'imprenditore al momento della presentazione dell'istanza di composizione negoziata o nel corso delle trattative<sup>13</sup>. In ogni caso, l'accesso alle informazioni sia da parte dell'esperto, sia da parte dei creditori è subordinato al previo consenso dell'imprenditore e appare logico ritenere che l'autorizzazione sarà sempre concessa; ciò in quanto un eventuale diniego riverbererebbe inevitabilmente i propri effetti sulle trattative, impedendone l'avvio o facendole arrestare. A ciò si aggiunga che il rifiuto da parte del debitore potrebbe essere letto come mancanza di buona fede e dimostrare l'abusività del ricorso allo strumento di soluzione negoziata della crisi.

Al fine di valutare la figura dell'esperto, appare opportuno fare riferimento anche al protocollo di conduzione della composizione negoziata, che consente all'imprenditore di conoscere in anticipo come si muoverà tale professionista<sup>14</sup>. Sembra di poter affermare che il protocollo altro non sia se non uno strumento di *soft law* che contiene un insieme di buone pratiche, principi e raccomandazioni cui l'esperto deve uniformarsi nello svolgimento delle trattative tese alla composizione della crisi. Lo specifico riferimento al protocollo da parte dell'art. 13, comma 2, C.C.I.I. potrebbe condurre alla conclusione per cui il protocollo sia un uso normativo. Se questo è vero, ne deriva che le regole in esso contenute non sono solo semplici raccomandazioni di ausilio all'esperto, ma hanno una valenza ulteriore, in special modo laddove sia necessario valutare la diligenza professionale dell'esperto stesso nell'ambito dell'esercizio della propria attività.

<sup>12</sup> L.A. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il fallimentarista*, 2021, p. 13; M. Greggio, *Il Giano bifronte della composizione negoziata della crisi*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 7. Sul ruolo dell'esperto cfr. P. Riva, *Ruoli e funzioni dell'esperto facilitatore*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2021.

<sup>13</sup> Cfr. art. 15 C.C.I.I.

<sup>14</sup> R. Ranalli, *Il comportamento cit.*, p. 1516.

3. Il ruolo di facilitatore dell'esperto trova conferma negli adempimenti cui è chiamato dopo aver accettato l'incarico<sup>15</sup>. Infatti, a mente dell'art. 17, comma 5, C.C.I.A.A., ha il dovere di convocare senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche sulla base delle informazioni eventualmente fornite dall'organo di controllo e dal revisore legale<sup>16</sup>; naturalmente, il suo compito sarà agevolato se l'impresa dispone di adeguati assetti organizzativi<sup>17</sup>. In tale fase l'esperto non deve effettuare un controllo circa la presenza dei requisiti di avvio del procedimento, ma unicamente una verifica della possibilità di risanamento. L'utilizzo dell'espressione "senza indugio", analogamente a quanto avviene in altri ambiti dell'ordinamento, porta a ritenere che sull'esperto non gravi un termine tassativo entro il quale procedere alla convocazione, ben potendo variare da caso a caso e fermo restando che comunque l'esperto debba attivarsi nel minor tempo possibile. Sebbene il dialogo con gli organi di controllo ed il test pratico caricato sulla piattaforma telematica contribuiscano a fornire all'esperto un quadro preciso circa la situazione in cui versa l'impresa<sup>18</sup>, le sue specifiche competenze restano comunque fondamentali per formulare un giudizio ponderato. Da ciò ne deriva che l'obbligo di convocazione demandato all'esperto è estremamente rilevante se solo si considera che consente di verificare se l'imprenditore abbia abusato dello strumento della soluzione negoziata, facendovi ricorso quando non è più perseguibile il risanamento<sup>19</sup>.

In un procedimento in cui la disgregazione dell'organizzazione imprenditoriale costituisce il risultato da scongiurare, è possibile dare inizio al percorso negoziale laddove l'esperto, dopo aver esaminato compiutamente ed in modo rigoroso la situazione dell'impresa, ritenga che vi siano delle concrete possibilità di risanamento<sup>20</sup>; diversamente, qualora all'esito della convocazione dell'imprenditore o dopo l'avvio delle trattative il risanamento non appaia concretamente perseguibile, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e alla camera di commercio, che archivia la

<sup>15</sup> R. D'Alonzo, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 6; A. Guiotto, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Fall.*, 2021, p. 1527.

<sup>16</sup> Secondo G. Meo, *La responsabilità nella composizione negoziata della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, p. 840, gli organi di controllo devono offrire all'esperto tanto le informazioni richieste quanto quelle non richieste se necessarie per valutare la possibilità di risanamento dell'impresa.

<sup>17</sup> Cfr. A. Passantino, *L'esperto* cit., p. 4.

<sup>18</sup> V. Zanichelli, *Gli esiti possibili* cit., p. 2 ss.

<sup>19</sup> Cfr. G. Fauceglia, *Qualche riflessione* cit., p. 5.

<sup>20</sup> L. Panzani, *La composizione negoziata* cit., p. 3 ss. secondo il quale il decreto dirigenziale meglio articola i doveri dell'esperto e dell'imprenditore a questo proposito; C. Cincotti, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (anche a proposito del "decreto dirigenziale")*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 568 parla di condizione di procedibilità della composizione negoziata.

pratica di composizione negoziata<sup>21</sup>. Tuttavia, sulla base di quanto previsto da entrambi i decreti dirigenziali, l'imprenditore può chiedere di proseguire le trattative evidenziando la presenza di circostanze nuove o non prese in considerazione in precedenza, che potrebbero giustificare la prosecuzione delle attività; qualora gli elementi posti a supporto della domanda vengano condivisi dall'esperto, il procedimento può iniziare o riprendere il proprio corso.

Come detto, la risanabilità costituisce l'elemento intorno al quale ruota l'intero procedimento di soluzione negoziata, dal momento della sua instaurazione sino alla conclusione<sup>22</sup>, e riguarda tutte le imprese che hanno le potenzialità per restare sul mercato anche attraverso la cessione dell'azienda o di un suo singolo ramo<sup>23</sup>. La verifica circa la possibilità di risanamento e la complessità della situazione economica e finanziaria in cui versa l'impresa è demandata ad una lista di controllo, nonché ad un test pratico, che impone all'imprenditore un vaglio critico della propria situazione, evidenziando la strada da seguire<sup>24</sup>, e funge da guida durante le trattative<sup>25</sup>. Successivamente, il controllo in merito alla possibilità di risanare l'impresa è demandato all'esperto nominato per condurre le trattative con i creditori e gli eventuali terzi interessati. Il risanamento dell'impresa rappresenta non solo l'obiettivo da raggiungere, ma anche il limite del compito assegnato all'esperto. Infatti, l'incarico può essere proseguito in due ulteriori ipotesi: la prima si verifica quando vi è un'esplicita richiesta in tal senso da parte dell'imprenditore e degli altri soggetti coinvolti nelle trattative e l'esperto presta il proprio consenso; la seconda quando l'imprenditore ha chiesto l'applicazione di misure protettive e cautelari ovvero è stato autorizzato dal tribunale a stipulare uno dei contratti di cui all'art. 22 C.C.I.I. D'altro canto, tanto nell'ipotesi precedentemente descritta di assenza di possibilità di risanamento, quanto in quella in cui le trattative si protraggano inutilmente per centottanta giorni dalla nomina senza che sia stato raggiunto alcun accordo, si verifica

<sup>21</sup> G. Meo, *La responsabilità* cit., p. 842 precisa che all'esperto compete non solo il ruolo di impulso e di gestione delle trattative, ma anche l'obbligo di rappresentare lo stato della composizione negoziata al fine dell'adozione di provvedimenti diretti a difenderne il corretto svolgimento e gli esiti auspicati.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> R. Ranalli, *Il comportamento* cit., p. 1517; F. Carnevali e M. Tarabusi, *Composizione negoziata della crisi: la stima della liquidazione del patrimonio*, in *Diritto della Crisi*, 2021, p. 3.

<sup>25</sup> Cfr. L. Gambi, *La ratio ed il funzionamento del test pratico per l'accesso al percorso di risanamento*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 6 ss.; R. Ranalli, *Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte*, in *Diritto della crisi*, p. 3, secondo il quale il test e la *check-list* rispondono a quanto richiesto dalla Direttiva *Insolvency*, che sollecita la condivisione *online* di strumenti di allerta precoce e liste di controllo particolareggiate per i piani di ristrutturazione.

la cessazione dell'incarico dell'esperto. In tal caso, così come in tutte le ipotesi di esito negativo delle trattative, l'esperto è tenuto a redigere una relazione finale da comunicare all'imprenditore e anche al giudice qualora siano state emesse delle misure protettive, di modo che quest'ultimo possa dichiararne cessati gli effetti.

Le considerazioni che precedono portano a ritenere che l'esperto costituisce il vero e proprio organo propulsivo dell'intero procedimento, che può ritenersi avviato solo dopo la sua accettazione<sup>26</sup>. Dunque, la figura dell'esperto è centrale e funge da perno dell'intera procedura, supportando l'imprenditore e garantendo che tutti gli atti e le operazioni da questi compiuti nel corso delle trattative siano finalizzati ad una funzione di pubblica utilità<sup>27</sup>. L'esperto si pone su un piano diverso rispetto agli OCRI originariamente previsti dal C.C.I.I.; il suo compito non consiste nel sostituirsi all'imprenditore o nel dargli assistenza, ma unicamente nel facilitare le trattative e favorirne il buon esito<sup>28</sup>.

4. Si è detto che la scelta se avviare o meno le trattative spetta all'esperto; tale decisione deve essere attentamente ponderata ed evidenzia la necessità che l'esperto sia altamente qualificato. Circa i soggetti da coinvolgere, entrambi i decreti dirigenziali rimettono ogni decisione all'esperto<sup>29</sup>. In questo modo, i destinatari delle trattative sembrano essere non solo i creditori attuali dell'imprenditore in difficoltà, ma anche i terzi che possono teoricamente assumere un ruolo fondamentale nel percorso di risanamento dell'impresa, quali i lavoratori o fornitori che al momento di avvio della composizione negoziata possono non vantare crediti nei confronti del proprio dante causa<sup>30</sup>. Allo stesso modo, sembra possibile escludere quei creditori il cui credito non è rilevante o che hanno già manifestato una chiusura ad una possibile definizione stragiudiziale<sup>31</sup>. Se quanto precede è vero, ne deriva che l'esperto è chiamato ad una valutazione attenta e puntuale anche sotto questo profilo, sia al fine di consentire il risanamento auspicato, sia per non incorrere in responsabilità.

Nei rapporti con il ceto creditorio, pur non essendovi coincidenza tra gli interessi da questo perseguiti, ossia il soddisfacimento se pur parziale dei propri crediti, e quello dell'imprenditore, rappresentato dal proseguimento dell'attività e dal risanamento dell'impresa, appare opportuno porre le singole categorie su piani diversi. Per quanto riguarda i fornitori, le trattative potrebbero non incontrare grossi problemi, essendo opportuno procedere ad una negoziazione separata e ad una

<sup>26</sup> Cfr. Trib. Brescia, sez. IV, 2 dicembre 2021, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021.

<sup>27</sup> A. Passantino, *L'esperto*, cit., p. 3.

<sup>28</sup> I. Pagni, M. Fabiani, *La transizione* cit., p. 7; A. Guiotto, *Il ruolo dell'esperto nelle trattative con i soggetti rilevanti*, in *Diritto della crisi*, 2021, p. 2.

<sup>29</sup> Cfr. sezione III, art. 5.2.

<sup>30</sup> R. D'Alonzo, *I compiti* cit., p. 9. Secondo N. Manzini e F. Carelli, *Il ruolo dei creditori* cit., p. 6 ss. sono parti della composizione negoziata solo i creditori che vengono espressamente indicati come tali dall'imprenditore.

<sup>31</sup> V. Zanichelli, *Gli esiti possibili* cit., p. 3.

prosecuzione dei rapporti originariamente instaurati, se pur a diverse condizioni. Naturalmente l'esperto, nella sua veste di mediatore delle reciproche pretese, ha il compito di far convergere creditori e debitore verso un punto comune.

Con riferimento alle banche e agli istituti finanziari, le difficoltà legate alla natura del credito, al suo ammontare, nonché alle vicende circolatorie che possono averlo interessato (quali ad esempio la cessione ad istituti finanziari specializzati o la gestione da parte di un mandatario esterno)<sup>32</sup> rendono preferibile avviare una trattativa collettiva<sup>33</sup>. Anche in tale occasione la figura dell'esperto assume un ruolo fondamentale, potendo aumentare il reciproco livello di fiducia tra debitore e creditori e consentendo loro di assumere decisioni adeguatamente ponderate<sup>34</sup>, fermo restando l'obbligo per i creditori finanziari di partecipare alle trattative in modo attivo e leale, sì da addivenire ad una soluzione congiunta della crisi.

Diverso è il discorso per quanto attiene ai lavoratori, la cui posizione è oggetto di maggiore attenzione legislativa già nei principi generali del C.C.I.I. Infatti, questi devono essere informati e consultati (tramite le rappresentanze sindacali) se, durante le trattative e nella predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, vengono assunte determinazioni rilevanti che incidono sui rapporti di una pluralità di essi.

Infine, un aspetto non trascurabile è quello che attiene alla responsabilità dell'esperto per non aver svolto il proprio incarico con la diligenza richiesta, potendosi prendere in considerazione diverse ipotesi. A tal proposito, sembra possibile affermare che la responsabilità dell'esperto possa emergere laddove assuma un comportamento tale da impedire ed intralciare le possibili prospettive di risanamento astrattamente praticabili<sup>35</sup>. Diversamente, potrebbe verificarsi il caso che vengano avviate trattative che non sortiscono effetto positivo, a causa delle scarse capacità dell'esperto, con la conseguenza che questi potrebbe essere ritenuto responsabile per aver aggravato l'esposizione debitoria dell'imprenditore. Infine, potrebbe accadere che i creditori accettino una proposta per loro non vantaggiosa, proprio per essere stati indotti a fare ciò dall'esperto, che non ha fornito tutte le informazioni necessarie o vi ha provveduto solo in parte. In casi di questo tipo, ossia qualora l'esperto risulti inadatto al compito che gli è stato assegnato, non è contemplata la sua sostituzione, possibile solo in caso di mancata accettazione e mancata indipendenza.

Il C.C.I.I. (così come il decreto legge 24 agosto 2021, n. 118) nulla dice in merito alla responsabilità dell'esperto. Ciononostante, il particolare ruolo da lui rivestito rende legittimo chiedersi quali siano le conseguenze derivanti dalla violazione degli

<sup>32</sup> Cfr. L.A. Bottai, *La composizione negoziata* cit., p. 7, secondo il quale il maggior rischio risiede nel registro dei pegni non possessori di cui al D.M. 25 maggio 2021, n. 114.

<sup>33</sup> Cfr. decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, sez. III, art. 8.7.

<sup>34</sup> A. Guiotto, *Il ruolo* cit., p. 8 ss.

<sup>35</sup> A. Passantino, *L'esperto* cit., p. 4.

specifici obblighi cui è tenuto. Sebbene sarebbe stato doveroso indicare i confini della responsabilità dell'esperto, il silenzio legislativo non significa che il mancato adempimento degli obblighi di legge non produca alcuna conseguenza sul piano giuridico; al contrario, sembra di poter affermare che in assenza di una norma specifica, troveranno applicazione le regole comuni di diligenza e di responsabilità previste per l'adempimento di un'obbligazione di carattere professionale. In un'ottica che guarda alla sostanza, appare opportuno ipotizzare che l'esperto sia un professionista la cui diligenza professionale è tipizzata all'interno di canoni specifici. Se questo è vero, ne deriva che la violazione delle norme di cui al C.C.I.I., così come di quelle previste dai decreti dirigenziali, è fonte di responsabilità sia civile, sia penale per l'esperto, il quale può essere chiamato a rispondere anche per aver concorso con l'imprenditore all'aggravamento del dissesto o alla bancarotta fraudolenta<sup>36</sup>. In altri termini, nonostante il silenzio legislativo, non sembrano esservi ostacoli alla possibilità di far valere la responsabilità dell'esperto che non ha adempiuto il proprio incarico con la diligenza dovuta e la cui condotta è stata fonte di danno.

5. Sulla base di quanto sinora esposto, emerge come l'esperto sia un professionista del tutto nuovo e dotato di preparazione in ambito giuridico, aziendale ed economico; non è più soltanto un esperto di diritto concorsuale, ma un soggetto munito di specifiche competenze che gli consentono di condurre le trattative sulla base di un'esperienza consolidata e formata attraverso un'attività di mediazione o acquisita attraverso uno specifico percorso formativo<sup>37</sup>; si delinea così una normativa a maglie larghe e, di conseguenza, si giustifica il riferimento agli usi normativi. Ciononostante, l'esperto è un soggetto del tutto diverso da altre figure già note all'interno del panorama delle crisi di impresa. In primo luogo, la sua figura appare diversa da quella del curatore e del commissario giudiziale e assimilabile a quella di un mediatore, il cui compito è di valutare le posizioni delle parti interessate dalle trattative e le concessioni che sono disposte a farsi, anche attraverso la formulazione di proposte ragionevoli. Allo stesso modo, il ruolo dell'esperto non sembra equiparabile a quello del professionista indipendente incaricato dal debitore nell'ambito delle procedure di crisi, con la conseguenza che sulla sua figura non grava la responsabilità di attestare la veridicità dei dati aziendali; e ciò, benché un controllo sulla documentazione prodotta sia opportuno, se non addirittura necessario<sup>38</sup>. Tale esigenza sembra trovare avallo nella possibilità per l'esperto di

<sup>36</sup> L. Panzani, *La composizione negoziata* cit., p. 6; C. Santoriello, *Responsabilità penali dell'esperto della "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa"*, in *Il fallimentarista*, 2021, p. 5.

<sup>37</sup> M. Arlenghi, *La figura dell'esperto indipendente della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, requisiti e percorso formativo*, in *Riv. dott. comm.*, 2022, p. 107 ss.

<sup>38</sup> 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. 5.

avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale, sempre che gli stessi non abbiano alcun tipo di legame con le parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale.

La partecipazione dell'esperto al percorso di composizione negoziata è necessaria e l'imprenditore è tenuto ad affidarsi completamente a lui durante lo svolgimento delle trattative, comunicandogli la reale situazione dell'impresa e non omettendo alcuna informazione. Nel corso delle trattative, sebbene la gestione dell'impresa resti in capo al debitore, con il solo limite di evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, il ruolo centrale rivestito dall'esperto trova conferma nella circostanza per cui l'imprenditore è tenuto ad informarlo preventivamente del compimento di atti di straordinaria amministrazione, nonché dell'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. Laddove l'esperto ritenga che uno di tali atti sia pregiudizievole ai creditori, alle trattative o al risanamento lo comunica all'imprenditore e all'organo di controllo. Tuttavia, il dissenso manifestato non costituisce un freno alla volontà del debitore e qualora l'atto venga comunque compiuto resta efficace<sup>39</sup>. L'esigenza di tutela del ceto creditorio e dei terzi in genere impone che l'esperto possa iscrivere il proprio parere negativo nel registro delle imprese e vi sia tenuto quando l'atto compiuto dall'imprenditore pregiudica gli interessi dei creditori. Resta da vedere quale sia il *discrimen* che consenta di ritenere nell'immediatezza se l'atto compiuto sia lesivo o meno.

La figura dell'esperto trova spazio anche con riferimento alle misure protettive e cautelari, se solo si considera che è chiamato ad esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative e che può chiedere la riduzione o la revoca delle misure a tutela del patrimonio, ricorrendovi quale leva per favorire il buon esito delle trattative in tutti i casi in cui le parti siano bloccate su posizioni antitetiche<sup>40</sup>.

Il ruolo centrale dell'esperto, quale fulcro delle trattative e soggetto il cui scopo è quello di avvicinare il debitore che versi in una situazione in cui il risanamento dell'impresa non è pregiudicato e i creditori che mirano ad ottenere il più alto realizzo del credito vantato, trova conferma nella circostanza per cui, in caso di esito infausto delle trattative e di successiva presentazione della domanda di concordato semplificato, deve dichiarare che la negoziazione si è svolta secondo correttezza e buona fede.

La peculiarità della figura dell'esperto e i compiti a lui demandati, contribuiscono ad innalzare il livello di specializzazione e di professionalità dei soggetti cui affidare l'incarico di condurre le trattative. Da ciò ne discende che la condotta dell'esperto

<sup>39</sup> Cfr. L. Panzani, *La composizione negoziata* cit., p. 3.

<sup>40</sup> Cfr. Trib. Bologna, 19 aprile 2022, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2022. L. Panzani, *La composizione negoziata* cit., p. 14.

deve essere sempre improntata ai principi della diligenza professionale; e tanto, allo scopo di raggiungere un risultato che, essendo il frutto di reciproche concessioni delle parti coinvolte, non è necessariamente soddisfacente per tutti. Proprio per tale motivo e al fine di bilanciare i rispettivi interessi in gioco, è essenziale che l'esperto operi non solo in modo professionale, ma anche imparziale ed indipendente.



Rosa Stella De Fazio

## ASPETTI GIURIDICI DELLA TUTELA DELL'ALTO MARE NEL TRATTATO DELLE NAZIONI UNITE\*

### ABSTRACT

Dopo quasi 20 anni di trattative, il 19 giugno 2023 è stato approvato il nuovo Accordo dell'ONU sulla conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina nelle aree al di fuori della giurisdizione nazionale, comunemente noto come «Trattato sull'alto mare». L'articolo esamina perché il Trattato, nel completare e aggiornare la disciplina giuridica dell'alto mare alla luce del principio di sostenibilità, segna un momento storico.

After almost 20 years of negotiations, on 19 June 2023 the new UN Agreement on Conservation and Sustainable Use marine biological diversity in areas outside national jurisdiction, commonly known as the «Treaty on the High Seas», has been approved. The article examines why the Treaty, in supplementing and updating the legal rules of the high seas in the light of the principle of sustainability, marks a historic moment.

### PAROLE CHIAVE

Diritto internazionale del mare – Trattato sull'alto mare – Tutela degli oceani

International law of the sea – Treaty on High Seas – Protection of the oceans

SOMMARIO: 1. Aspetti normativi della tutela dell'alto mare. – 2. L'uso sostenibile della biodiversità nel Trattato sull'alto mare. – 3. (Segue:) Il ruolo del comitato preparatorio nell'elaborazione del Trattato. – 4. La Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare e il Trattato sull'alto mare: continuità o frammentazione della disciplina dell'alto mare? – 5. Conclusioni.

1. Il 19 giugno 2023 la quinta sessione della Conferenza intergovernativa convocata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite<sup>1</sup> ha finalizzato – nel quadro

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

<sup>1</sup> La Conferenza intergovernativa è stata istituita dalla risoluzione 72/249 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite del 24 dicembre 2017. Al termine della quinta ed ultima sessione della Conferenza intergovernativa, tenutasi il 19 e 20 giugno 2023 e denominata «IGC5bis», il testo del Trattato è stato infine adottato. Vale la pena ricordare che, nella sua risoluzione 72/249, l'Assemblea generale decideva di convocare una Conferenza intergovernativa, sotto gli auspici delle Nazioni Unite, per esaminare le raccomandazioni del comitato preparatorio istituito dalla risoluzione 69/292 del 19 giugno 2015 sugli elementi ed elaborare il testo di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante, al fine di sviluppare quanto prima il progetto di Trattato. La prima sessione è stata convocata dal 4 al 17 settembre 2018, la seconda dal 25 marzo al 5 aprile 2019 e la terza dal 19 al 30 agosto 2019. La quarta sessione,

della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS) del 1982<sup>2</sup> – il nuovo Accordo sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle aree al di fuori della giurisdizione nazionale, comunemente noto come «Trattato sull'alto mare»<sup>3</sup>.

Il Trattato è strutturato in dodici parti principali<sup>4</sup>, di cui settantasei articoli, preceduti da un preambolo, seguiti da due allegati, e il suo ambito di applicazione è costituito dalle zone al di fuori della giurisdizione nazionale<sup>5</sup>, corrispondenti a «l'alto mare e la zona»<sup>6</sup>. L'ultima fase dei negoziati che hanno portato, dopo 20 anni, all'adozione unanime del testo del Trattato sull'alto mare è stata seguita dall'apertura alla firma degli Stati il 20 settembre 2023: a partire da quest'ultima data, ad oggi, 87

rinvia dalle decisioni 74/543 e 75/570 a causa della pandemia COVID-19, è stata convocata dal 7 al 18 marzo 2022. La quinta sessione della Conferenza è stata convocata dal 15 al 26 agosto 2022 ai sensi della decisione 76/564 dell'Assemblea generale (UN Doc. A/76/L.46). L'ultimo giorno di tale sessione, la Conferenza intergovernativa, nell'esaminare la via da seguire, ha deciso di sospendere i lavori e di riprenderli in un momento da determinare successivamente. Ai sensi della risoluzione 77/248 dell'Assemblea generale, la quinta sessione della Conferenza intergovernativa si è riunita dal 20 febbraio al 3 marzo 2023. Al termine di tale riunione, la Conferenza intergovernativa ha deciso di riprendere in un secondo momento il negoziato. Pertanto, l'Assemblea generale, nella sua decisione 77/556 del 18 aprile 2023 (UN Doc. A/77/L.62), ha chiesto al Segretario generale di convocare un'ulteriore ripresa della quinta sessione della Conferenza intergovernativa il 19 e 20 giugno 2023, o in una data da stabilire in consultazione con il Presidente della Conferenza. Tra i vari forum di leader globali, il *World Economic Forum's Ocean Action Agenda* ha rilasciato una dichiarazione nel gennaio 2023 chiedendo un'azione a tutela degli oceani anche attraverso la stessa Conferenza intergovernativa (fonte: [www.climatechampions.unfccc.int](http://www.climatechampions.unfccc.int)).

<sup>2</sup> La Convenzione è stata aperta alla firma il 10 dicembre 1982 a Montego Bay ed è entrata in vigore, in conformità con il suo art. 308, il 16 novembre 1994, 12 mesi dopo la data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica o di adesione nazionale (la ratifica dell'Italia è avvenuta con legge 2 dicembre 1994, n. 689). La Convenzione, sebbene al momento sia la base giuridica del diritto del mare moderno, occupandosi di tutte le questioni relative alla materia, ha solo 157 Parti contraenti, compresa l'Unione europea (fonte: [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org)). La UNCLOS corrisponde in gran parte al diritto consuetudinario: essa contiene difatti importanti nozioni, come quella di pirateria, agli articoli 100 ss., che riproducono, sul punto, il diritto internazionale generale o consuetudinario (U. Leanza, *La pirateria marittima: diritto consuetudinario, diritto convenzionale e norme nazionali*, in *Nuove piraterie e ordinamenti giuridici interni e internazionali*, 2011, p. 90).

<sup>3</sup> Accordo sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle aree al di fuori della giurisdizione nazionale, o «Trattato sull'alto mare» 19.06.2023, A/CONF.232/2023/4, disponibile su: [www.un.org](http://www.un.org).

<sup>4</sup> Le dodici parti corrispondono alle seguenti: I. Disposizioni generali (artt. da 1 a 8); II. Risorse genetiche marine, compresa una equa ed equa ripartizione degli utili (artt. 9-16); III. Misure quali i meccanismi di gestione basati sulle aree, comprese le aree marine protette (artt. 17-26); IV. Valutazioni dell'impatto ambientale (artt. da 27 a 39); V. Sviluppo di capacità e trasferimento di tecnologie marine (artt. da 40 a 46); VI. Disposizioni istituzionali (artt. 47-51); VII. Risorse finanziarie e meccanismo finanziario (art. 52); VIII. Attuazione e conformità (artt. 53-55); IX. Risoluzione delle controversie (artt. 56-61); X. Terzi al presente Accordo (art. 62); XI. Buona fede e abuso di diritto (art. 63); e XII. Disposizioni finali (artt. 64-76).

<sup>5</sup> Trattato sull'alto mare, cit., art. 3.

<sup>6</sup> Ivi, art. 1.2.

Paesi hanno firmato il Trattato<sup>7</sup> e due Stati, il Cile e Palau, lo hanno ratificato<sup>8</sup>, alimentando le speranze che possa entrare presto in vigore<sup>9</sup>.

L'Accordo riprende i quattro elementi chiave del *Package Deal* proposto nel 2011 in un modo che cerca di essere esaustivo, ma delegando gran parte dello sviluppo normativo alle istituzioni da esso create, in particolare alla Conferenza delle Parti (COP) e ai vari comitati. Se gli elementi chiave del *Package Deal* sono i pilastri su cui si fonda l'Accordo, questo ricomprende anche una serie di questioni intersettoriali, quali le disposizioni sugli accordi istituzionali, quelle relative alla sua futura attuazione e la predisposizione di meccanismi di finanziamento<sup>10</sup>.

In un contesto normativo frammentato<sup>11</sup> e scarso<sup>12</sup>, la volontà della comunità internazionale era chiara: c'era la necessità di adottare uno strumento che, da un lato, assicurasse il reperimento delle risorse delle aree marine al di fuori della giurisdizione nazionale<sup>13</sup> e, dall'altro, creasse un quadro di base per promuovere l'uso sostenibile delle stesse<sup>14</sup>.

Per comprendere il percorso che ha condotto all'adozione della Convenzione occorre riferirsi alla risoluzione 58/240 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite, in cui – tenendo conto della relazione pubblicata nella quarta sessione del processo di consultazione informale delle Nazioni Unite sugli oceani e il diritto del mare – venivano invitati gli organismi mondiali e regionali competenti a «(...) studiare una serie di possibili mezzi e strumenti per [la] protezione e gestione» degli ecosistemi e

<sup>7</sup> Si segnala al proposito che per non essendo uno Stato, tra i firmatari figura anche l'Unione europea, evidentemente testimoniando la rilevanza delle disposizioni del Trattato e scenari di progresso in materia di tutela marina anche per attori non statali. Si rammenta altresì che ai sensi dell'art. 68.1 del Trattato, questo entrerà in vigore 120 giorni successivamente alla data del deposito del 60° strumento di ratifica, approvazione o adesione al Trattato stesso (il cui testo è consultabile su: [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org)).

<sup>8</sup> Fonte: [www.treaties.un.org](http://www.treaties.un.org).

<sup>9</sup> Fonte: [www.internazionale.it](http://www.internazionale.it).

<sup>10</sup> L'Accordo precisa esplicitamente che non si applicherà alle navi da guerra, agli aeromobili militari o alle unità navali ausiliarie. Analogamente, esso non si applica alle navi o agli aeromobili di proprietà di una parte o al suo servizio utilizzati esclusivamente per servizi legali a carattere non commerciale (Trattato sull'alto mare, art. 4).

<sup>11</sup> Questa frammentazione è duplice, sia normativa che istituzionale. V. al proposito M. Abegón Novella, *El futuro del Acuerdo BBNJ como una oportunidad para construir una gobernanza colaborativa para la protección del medio marino más allá de la jurisdicción nacional*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2022, vol. 43, pp. 1-21.

<sup>12</sup> E. M. Vázquez Gómez, *La protección de la diversidad biológica marina más allá de la jurisdicción nacional. Hacia un nuevo acuerdo de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre el derecho del mar*, in *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2019, vol. 37, pp. 1-29.

<sup>13</sup> Queste costituiscono il 64% della superficie di tutti i mari e degli oceani e quasi il 95% del loro volume e includono gran parte degli oceani, considerati come il più grande serbatoio di biodiversità del pianeta.

<sup>14</sup> V.M. Carro Pitarch, *El "Acuerdo BBNJ": Hacia un nuevo régimen para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina en zonas fuera de la jurisdicción nacional*, in *Revista Española de Derecho Internacional*, 2023, vol. 75, n. 2, p. 232.

della biodiversità marini minacciati e vulnerabili che esistono in zone situate al di fuori dei limiti della giurisdizione nazionale<sup>15</sup>.

Nel 2004, l'Assemblea generale aveva adottato una risoluzione con l'obiettivo di istituire un gruppo di lavoro *ad hoc*, a composizione aperta, incaricato di studiare le questioni della conservazione e dell'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale (di seguito "gruppo di lavoro")<sup>16</sup>. Successivamente, nel 2012, alla Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (o Rio+20), era stata menzionata la grande importanza della «conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina [delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale]», con il contestuale impegno ad «affrontare questa materia prima di concludere la 61<sup>a</sup> sessione dell'Assemblea generale» e, in particolare, ad «adottare una decisione sull'elaborazione di uno strumento internazionale nel quadro della [UNCLOS]». Il gruppo di lavoro concludeva i suoi lavori con una lettera al Presidente nel 2015, raccomandando l'istituzione di un comitato preparatorio per l'elaborazione del cosiddetto Trattato sull'alto mare<sup>17</sup>.

Si tratta di un Accordo molto importante perché se fino ad ora l'alto mare<sup>18</sup> veniva considerato "terra nullius", in prospettiva diverrà un'area protetta dagli Stati che ratificheranno la Convenzione, e che allo stesso tempo riconosceranno il valore delle acque internazionali come risorsa preziosa per il pianeta<sup>19</sup>. Ciò che è disposto dal Trattato si potrà realizzare a seconda di quanti e quali Parti contraenti procederanno

<sup>15</sup> Assemblea generale delle Nazioni Unite, ris. 58/240, *Gli oceani e il diritto del mare*, UN Doc. A/RES/58/240 (23.12.2003), par. 52.

<sup>16</sup> Il gruppo di lavoro si è riunito nove volte in undici anni e due volte negli *Intersessional Workshops*. Questi incontri possono essere suddivisi in due tappe o fasi: una prima dal 2004 al 2011 e una seconda dal 2012 al 2015. La prima fase è culminata nella presentazione di una lettera al Presidente dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite contenente una serie di raccomandazioni, tra cui l'avvio di un processo volto a garantire il quadro giuridico per la biodiversità delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. A tal fine, egli ha ritenuto che il processo dovesse affrontare «in particolare, congiuntamente e nel suo insieme» quattro questioni che costituivano il noto *Package Deal*, su cui si sono orientati i dibattiti della seconda fase: (a) le risorse genetiche marine, comprese le questioni relative alla ripartizione dei benefici; (b) misure quali i meccanismi di gestione basati sulle zone geografiche, comprese le aree marine protette; (c) le valutazioni di impatto ambientale; e (d) lo sviluppo di capacità e il trasferimento di tecnologia marina. Cfr. lettera del 30 giugno 2011 indirizzata al Presidente dell'Assemblea generale dai co-Presidenti del gruppo di lavoro speciale informale a composizione aperta, UN Doc. A/66/19 (30.06.2011), punto I, lett. (b).

<sup>17</sup> Lettera del 13 febbraio 2015 indirizzata al Presidente dell'Assemblea generale dai co-Presidenti del gruppo di lavoro speciale informale a composizione aperta, UN Doc. A/69/780 (13.02.2015), punto I, lett. (e)(i).

<sup>18</sup> Al proposito si rammenta che per definizione l'alto mare è quella zona di oceano oltre le acque territoriali nazionali che non appartiene a nessuno Stato, oltre le 200 miglia dalla costa. L'alto mare non soltanto ospita dei vasti e preziosi ecosistemi, ma rappresenta il 60% degli oceani del pianeta e quasi il 50% della superficie terrestre. Sul regime di libertà dell'alto mare v. L. Schiano di Pepe, *Il diritto del mare*, in AA.VV., *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, VI ed. 2021, pp. 477-479.

<sup>19</sup> Segretario generale delle Nazioni Unite, *Discorso per la Giornata mondiale degli Oceani dell'8 giugno 2023*, su: <https://thailand.un.org/en/234450-un-world-oceansday-%E2%80%94-un-secretary-generals-message-8-june-2023>.

alla sua ratifica. A tale riguardo va considerata la distinzione tra Stati che si affacciano sugli oceani e altri Paesi comunque interessati dalle novità apportate dal Trattato<sup>20</sup>, effettuando il necessario compromesso e bilanciamento di interessi talvolta contrapposti<sup>21</sup>.

2. Il Trattato si concentra sull'uso sostenibile della diversità biologica o biodiversità che si trova nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale<sup>22</sup>. Segnatamente tra i suoi principali obiettivi si segnalano: l'estensione anche all'alto mare della protezione del 30% degli oceani entro il 2030, attraverso la creazione di una rete di Aree Marine Protette, in quanto attualmente solo l'1,2% degli oceani è sotto protezione totale<sup>23</sup>.

Il secondo obiettivo centrale del Trattato è la regolamentazione dello sfruttamento delle risorse, con criteri più stringenti per lo svolgimento di ogni attività umana negli ecosistemi, seguito dalla condivisione delle risorse genetiche marine<sup>24</sup>. Esso contiene

<sup>20</sup> A questo proposito si rammenta che persino la UNCLOS, sebbene al momento sia il regime che si occupa di tutte le questioni relative al diritto del mare e corrisponda in gran parte al diritto consuetudinario (supra nota 2), è stata ratificata da soli 168 Stati, più l'Unione europea.

<sup>21</sup> Si pensi all'interesse degli Stati costieri ad espandere sempre più il proprio controllo sulle aree marine al di là della piattaforma continentale, in parte in linea con quello degli Stati parte della Convenzione di Montego Bay a disciplinare lo sfruttamento dei fondali, ma confliggente con l'interesse degli Stati che ratificheranno il Trattato del 2023 alla salvaguardia ambientale in alto mare.

<sup>22</sup> Queste aree coprono l'alto mare e la zona economica esclusiva. Si rammenta che ai sensi della UNCLOS l'alto mare è definito negativamente come «le zone non comprese nella zona economica esclusiva, nel mare territoriale o nelle acque interne di uno Stato membro, né nelle acque arcipelagiche di uno Stato arcipelagico» (art. 86). Essa è retta dal principio della libertà (art. 87) e non può essere soggetta alla sovranità di nessuno Stato (art. 89). La zona economica esclusiva fa riferimento ai «fondali marini e oceanici e al loro sottosuolo al di fuori dei limiti della giurisdizione nazionale» (art. 1 della UNCLOS) e insieme alle sue risorse costituisce patrimonio comune dell'umanità (art. 136 della UNCLOS), per cui nessuno Stato può rivendicare la propria sovranità su quest'area o appropriarsi delle sue risorse. Con quest'ultima espressione nella UNCLOS s'intendono le «risorse minerali solide, liquide o gassose in situ nella zona, situate nei fondali marini o nel suo sottosuolo, compresi i noduli polimetallici» (art. 113 bis della UNCLOS), escludendo le risorse vive, alle quali invece si riferisce il Trattato sull'alto mare.

<sup>23</sup> Il Trattato ha stabilito che non esistono negli oceani zone non soggette a nessuna effettiva regolamentazione. Il punto fondamentale è stato definito *30 by 30*: secondo gli esperti, questo è il livello minimo necessario per tutelare una risorsa così preziosa come quella degli oceani per il nostro pianeta.

<sup>24</sup> L'avanzare della tecnologia e delle strumentazioni innovative hanno infatti reso l'alto mare sempre più accessibile e, di conseguenza, hanno reso sempre più facili attività come l'estrazione di minerali o di risorse alimentari (pesca e prelievo di piante e alghe soprattutto per l'industria farmaceutica). A questo proposito si evidenzia che il Trattato sancisce un principio fondamentale per disciplinare lo sfruttamento delle ampie e preziose risorse presenti nelle acque internazionali: ogni progetto di estrazione deve essere soggetto a una valutazione di impatto ambientale preventiva (v. la Parte IV «Valutazioni d'impatto ambientale» del Trattato sull'alto mare). Dall'applicazione del Trattato deriva dunque che i ricchi giacimenti di metalli preziosi come nichel, manganese, litio e cobalto, di terre rare e materie prime critiche, molti dei quali sono indispensabili per le tecnologie digitali, per le batterie di ultima generazione o per la produzione di energie rinnovabili non dovrebbero essere più prelevati dai fondali dell'alto mare senza adeguati controlli.

inoltre disposizioni che consentono un'equa condivisione delle conoscenze, delle tecnologie e dei benefici derivanti dalle risorse genetiche marine<sup>25</sup>. A questo proposito occorre considerare che organismi come spugne, coralli, krill, batteri e alghe possiedono un bagaglio genetico dal quale è possibile ricavare nuove conoscenze per applicazioni mediche e cosmetiche. Tuttavia, secondo le stime degli esperti, una percentuale tra il 10% e il 15% delle specie marine è attualmente a rischio estinzione: uno dei punti di maggiore interesse del Trattato riguarda pertanto la condivisione delle risorse genetiche marine<sup>26</sup>.

Qualsiasi analisi giuridica del quadro normativo degli oceani e delle loro risorse richiede di fare riferimento, sia pure brevemente, alla UNCLOS, che non menziona espressamente le risorse genetiche marine – elemento fondamentale, invece, del Trattato sull'alto mare –, il che appare riconducibile al fatto che la prima sia figlia del suo tempo, se si considera che è stata approvata nel 1982. Ciononostante, la UNCLOS contiene una serie di obblighi ambientali che dimostrano il suo impegno per la «protezione e conservazione dell'ambiente marino», come indicato nella sua Parte XII<sup>27</sup>. Per il raggiungimento di tutti gli obiettivi nel Trattato è prevista l'istituzione di una Conferenza delle Parti *ad hoc*, che si riunirà regolarmente per verificare l'attuazione del Trattato da parte degli Stati aderenti<sup>28</sup>. Infine, tra gli obiettivi del

<sup>25</sup> Vedasi in particolare la Parte II «Risorse genetiche marine, compresa la condivisione giusta ed equa dei benefici» del Trattato sull'alto mare in particolare con riferimento all'art. 9, che annovera tra i suoi obiettivi: «La giusta ed equa condivisione dei benefici derivanti da attività svolte con rispetto alle risorse genetiche marine e alle informazioni sulla sequenza digitale delle risorse genetiche marine delle aree al di fuori della giurisdizione nazionale per la conservazione e l'uso sostenibile dell'ambiente marino».

<sup>26</sup> V. l'art. 40, contenuto nella Parte IV del Trattato «Rafforzamento delle capacità e trasferimento di tecnologia marina», che include tra i suoi obiettivi quello di «[...] sostenere gli Stati Parti in via di sviluppo, in particolare gli ultimi paesi sviluppati, i Paesi in via di sviluppo senza sbocco sul mare, gli Stati geograficamente svantaggiati, gli Stati insulari in via di sviluppo, gli Stati africani costieri, gli Stati arcipelagici e i Paesi in via di sviluppo a medio reddito, attraverso lo sviluppo delle capacità e lo sviluppo e il trasferimento di tecnologia marina ai sensi del presente Accordo, al fine di conseguire gli obiettivi relativi a: (i) Le risorse genetiche marine, compresa la ripartizione dei benefici, come indicato all'articolo 9; [...]».

<sup>27</sup> La UNCLOS sancisce tra l'altro l'obbligo per gli Stati di conservare l'ambiente marino (art. 192), di proteggere e preservare gli ecosistemi rari o vulnerabili (art. 194), di adottare misure per ridurre e controllare l'inquinamento dell'ambiente marino (art. 196) e di cooperare tra gli Stati per adottare norme che lo proteggano (art. 197).

<sup>28</sup> Il Trattato, che avrà una regolare Conferenza delle Parti e un suo Segretariato, ha un nuovo meccanismo di riconoscimento internazionale delle aree con strumenti di gestione che includono la creazione di aree marine protette nell'alto mare. V. in particolare l'articolo 26 «Monitoraggio e revisione» del Trattato sull'alto mare, con particolare riferimento al comma 1 recante: «Le parti riferiranno, individualmente o collettivamente, alla Conferenza delle Parti in merito all'attuazione di strumenti di gestione basati sulla superficie, comprese le aree marine protette, stabilite ai sensi della presente Parte e misure correlate. Tali relazioni, nonché le informazioni e il riesame di cui ai paragrafi 2 e 3, rispettivamente, saranno resi disponibili al pubblico dal Segretariato».

Trattato vi è la produzione di valutazioni ambientali più complete prima di procedere con attività antropiche capaci di interferire con gli ecosistemi marini<sup>29</sup>.

L'Accordo ha visto la luce in un panorama internazionale sempre più consapevole della necessità di conservare le risorse e ridurre le minacce alla diversità biologica, come dimostra l'adozione del «Quadro mondiale Kunming-Montreal della diversità biologica» da parte della Conferenza delle Parti (COP) della Convenzione sulla diversità biologica di Montreal (COP15)<sup>30</sup>. In linea con la preoccupazione della Comunità internazionale per la conservazione della diversità biologica, nel 1992 era già stata adottata la Convenzione sulla diversità biologica (CBD)<sup>31</sup>, tra i cui obiettivi vi è «la conservazione della biodiversità sotto la giurisdizione nazionale, l'uso sostenibile dei suoi componenti e la giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzazione delle risorse genetiche»<sup>32</sup>.

Quest'ultimo obiettivo è stato completato dall'adozione del Protocollo di Nagoya sull'accesso alle risorse genetiche e l'equa ripartizione dei benefici derivanti dall'uso di tali risorse nella Convenzione sulla diversità biologica (CBD)<sup>33</sup>: entrambi hanno il loro campo di applicazione in settori sotto la giurisdizione degli Stati; tuttavia, in alcuni casi eccezionali la CBD è applicabile anche al di fuori della giurisdizione nazionale<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> V. l'art. 28 «Obbligo di condurre una valutazione di impatto ambientale» del Trattato sull'alto mare, con particolare riferimento al co. 1 in base al quale le Parti dovranno assicurare che i potenziali impatti sull'ambiente marino delle attività pianificate sotto la loro giurisdizione o controllo che si svolgono in aree al di fuori della giurisdizione nazionale siano valutati come stabilito nella presente Parte prima di essere autorizzati. Il nuovo Trattato stabilisce in particolare che le valutazioni dell'impatto ambientale siano completate prima di qualsiasi nuovo sfruttamento delle risorse marine in aree al di fuori delle giurisdizioni nazionali (v. Trattato sull'alto mare, Parte IV «Valutazioni d'impatto ambientale»).

<sup>30</sup> Quadro mondiale Kunming-Montreal della diversità biologica. Progetto di decisione presentato dalla presidenza. Conferenza delle parti della Convenzione sulla diversità biologica. Quindicesima riunione – Parte II. CBD/COP/15/L.25 (18.12.2022).

<sup>31</sup> La Convenzione è stata sottoscritta a Rio de Janeiro il 5 giugno 1992, è entrata in vigore il 29 dicembre 1993 e ad oggi ha 196 parti contraenti. Il suo testo è disponibile su: [https://www.isprambiente.gov.it/files/biodiversita/Convenzione\\_diversita\\_biologica\\_05\\_06\\_92.pdf](https://www.isprambiente.gov.it/files/biodiversita/Convenzione_diversita_biologica_05_06_92.pdf). I suoi tre principali obiettivi sono: conservazione della biodiversità, uso sostenibile della biodiversità, giusta ed equa ripartizione dei benefici derivanti dall'utilizzo delle risorse genetiche.

<sup>32</sup> Convenzione sulla diversità biologica, art. 1 «Obiettivi».

<sup>33</sup> Il Protocollo è stato adottato dalla Conferenza delle Parti della CBD nel corso della sua X riunione, il 29 ottobre 2010 a Nagoya, in Giappone, è stato aperto alla firma il 2 febbraio 2011 e ad oggi ha 141 Parti contraenti. L'obiettivo del Protocollo consiste nella giusta ed equa condivisione dei benefici che derivano dall'utilizzazione delle risorse genetiche, ivi incluso l'appropriato accesso alle risorse genetiche e l'appropriato trasferimento delle relative tecnologie, tenendo in considerazione tutti i diritti riguardanti quelle risorse e quelle tecnologie e i fondi opportuni, contribuendo in tal modo alla conservazione della diversità biologica e all'uso sostenibile dei suoi componenti. Il Protocollo dovrà applicarsi alle risorse genetiche nell'ambito dei contenuti dell'art. 15 della Convenzione sulla Diversità Biologica e ai benefici derivanti dall'utilizzazione di tali risorse. Il Protocollo si applica anche alle conoscenze tradizionali associate alle risorse genetiche nell'ambito dei contenuti della Convenzione sulla Diversità Biologica e ai benefici che derivano da tali conoscenze (fonte: <https://www.mase.gov.it/pagina/protocollo-di-nagoya-abs>).

<sup>34</sup> L'art. 4 della CBD stabilisce difatti che «Le disposizioni della presente Convenzione si applicano in relazione a ciascuna Parte contraente: a) per i componenti della diversità biologica, nelle zone che

Si rammenta poi che nella COP della CBD di Giacarta venne adottata la decisione II/10 che richiedeva uno studio sul rapporto tra la UNCLOS e la CBD «nel rispetto della conservazione e dell'uso sostenibile delle risorse genetiche nei fondali marini profondi»<sup>35</sup>, affinché l'Ordine Sussidiario di Consulenza Scientifica, Tecnica e Tecnologica potesse occuparsi delle vicissitudini legate alla prospezione biologica degli stessi.

In questo contesto normativo, la dottrina ha identificato numerose lacune nella *governance* delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. In particolare, è stata sottolineata l'assenza di un quadro globale per la creazione di aree marine protette (AMP) in queste zone, nonché l'incertezza giuridica sulla natura e il regime delle risorse genetiche marine e la loro bioprospezione (il che presuppone l'accesso alle risorse genetiche marine di queste aree in base all'ordine di arrivo – *first-come, first served basis* – da parte di quegli Stati che dispongano della tecnologia necessaria)<sup>36</sup>. È stata inoltre criticata l'assenza di un regime globale per le valutazioni d'impatto ambientale e la regolamentazione limitata sulla creazione di capacità e il trasferimento di tecnologie marine<sup>37</sup>.

3. Nel 2012, alla Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile (c.d. Rio+20), era già stata menzionata la grande importanza della «conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina [delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale]» e si era espresso l'impegno «ad affrontare questa materia prima che si concludesse la 61<sup>a</sup> sessione dell'Assemblea generale», nonché ad «adottare una decisione sull'elaborazione di uno strumento internazionale nel quadro della [UNCLOS]»<sup>38</sup>. Il gruppo di lavoro aveva concluso i suoi lavori con una lettera al Presidente nel 2015, raccomandando l'istituzione di un comitato preparatorio<sup>39</sup> per

rientrano nei limiti della sua giurisdizione nazionale, e b) nel caso di procedimenti e attività svolti sotto la sua giurisdizione o controllo, e indipendentemente da dove si manifestino i loro effetti, all'interno o all'esterno delle zone soggette alla giurisdizione nazionale».

<sup>35</sup> Decisione II/10. Conservazione e uso sostenibile della diversità biologica marina e costiera UNEP/CBD/COP/2/19 (6-17.11.1995), par. 12.

<sup>36</sup> In questo senso, dieci Stati avevano più del 90% di brevetti depositati con geni marini, tre dei quali ne detenevano il 70%. S. Arnaud-Haond et al., *Marine Biodiversity and Gene Patents*, in *Science*, 2011, vol. 331, pp. 1521-1522.

<sup>37</sup> G. Wright et al., *The long and winding road continues: Towards a new agreement on high seas governance*, IDDRI Study, 2016, vol. 1/16, pp. 23-26.

<sup>38</sup> In un primo tempo, il progetto di risoluzione prevedeva che fosse espressamente riconosciuto «l'accordo per avviare al più presto la negoziazione dell'Accordo di applicazione [...]» Le discrepanze tra alcuni degli Stati presenti hanno invece portato ad adottare una formula più generica. V. il documento finale della Conferenza delle Nazioni Unite sullo sviluppo sostenibile «Il futuro che vogliamo», Rio de Janeiro, 20-22 giugno 2012, A/CONF.213/L.1, par. 162.

<sup>39</sup> Il comitato preparatorio ha tenuto quattro riunioni tra il 2016 e il 2017 e in quest'ultimo anno l'Assemblea generale ha adottato la risoluzione 72/24929, convocando una Conferenza intergovernativa per negoziare uno strumento internazionale vincolante nel quadro della UNCLOS sulla conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale.



l'elaborazione del Trattato sull'alto mare, successivamente istituito dall'Assemblea generale e «aperto a tutti gli Stati Membri delle Nazioni Unite, ai membri degli organismi specializzati e alle parti della Convenzione, oltre a quelli invitati in qualità di osservatori conformemente alla precedente prassi delle Nazioni Unite»<sup>40</sup> al fine di formulare suggerimenti per adottare il progetto di testo dell'Accordo. Al termine della sessione del 4 marzo 2023, la Presidentessa della Conferenza intergovernativa, Dr. Rena Lee, annunciava ai delegati presenti che era stato raggiunto un accordo sul primo testo internazionale vincolante sulla diversità biologica marina nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. Infine, il 19 giugno 2023, veniva approvato per consenso il Trattato sull'alto mare, in attesa di ratifica da parte degli Stati o delle organizzazioni regionali d'integrazione economica che lo desiderassero.

Il Trattato sull'alto mare segna quindi un momento storico, principalmente per due motivi. Il primo è che porta a compimento un negoziato durato circa 20 anni, durante il quale molteplici questioni di natura giuridica sono venute in rilievo. Nel corso di tutti i negoziati sono stati presentati come opposti due principi in riferimento alla zona economica esclusiva e alle sue risorse, quello della libertà e quello di patrimonio comune dell'umanità, poi riuniti nell'attuale formulazione dell'Accordo, il cui campo di applicazione comprende due settori con regimi molto diversi disciplinati da entrambi i succitati principi<sup>41</sup>. Mentre l'obiettivo del Trattato era quello di creare un nuovo – ed estremamente necessario – quadro giuridico per la biodiversità di queste aree, in pratica esso è diventato un piano di confronto tra le delegazioni del Nord del mondo e quello del Sud del mondo per stabilire un sistema di libero accesso alle risorse che vi si trovano o consacrare la loro appartenenza a tutta l'umanità<sup>42</sup>.

Il secondo è l'importanza del tema, dato che lo scopo è ridurre la perdita di biodiversità e garantire uno sviluppo sostenibile, con ciò ottemperando all'obiettivo 14 dell'Agenda 2030: «Conservare e utilizzare in modo sostenibile gli oceani, i mari e le risorse marine». Il Trattato è infatti volto a realizzare una rigorosa protezione degli oceani al di fuori delle aree sottoposte al controllo statale e contiene norme per l'uso sostenibile delle risorse marine, applicando un approccio precauzionale per utilizzarle in modo responsabile e garantire che gli ecosistemi oceanici non si esauriscano<sup>43</sup>. Si tratta di un Accordo molto importante perché, se fino ad ora l'alto mare veniva considerato “terra *nullius*”, in prospettiva diverrà un'area protetta dagli Stati che

<sup>40</sup> Risoluzione dell'Assemblea generale del 19 giugno 2015 per l'elaborazione di uno strumento internazionale giuridicamente vincolante nel quadro della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare relativa alla conservazione e all'uso sostenibile della diversità biologica, UN Doc. A/RES/69/292, par. 1, lett. (a).

<sup>41</sup> *Supra*, nota 15, p. 233.

<sup>42</sup> *Supra*, nota 15, p. 233.

<sup>43</sup> Fonte: [www.climatechampions.unfccc.int](http://www.climatechampions.unfccc.int).

ratificheranno la Convenzione<sup>44</sup>, nel riconoscere il valore delle acque internazionali come risorsa preziosa per il pianeta.

Ai fini di comprendere la portata innovativa del Trattato sull'alto mare occorre ricordare che la Convenzione di Montego Bay interveniva principalmente sulla disciplina dello sfruttamento delle risorse minerarie nei fondali marini, mentre il nuovo Trattato sull'alto mare tutela in maniera innovativa le risorse biologiche (incluse le fonti del pescato) nelle acque dell'alto mare<sup>45</sup>. In definitiva è possibile affermare che i principali Trattati in materia (le Convenzioni di Ginevra sul diritto del mare del 1958, la UNCLOS e, da ultimo, il Trattato sull'alto mare) hanno dato vita ad un processo dinamico, complesso e differenziato che ha inciso gradualmente sul diritto internazionale del mare. Rimane da verificare se la Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare possa adattarsi ai cambiamenti geopolitici, tecnologici e ambientali, pur mantenendo i suoi principi fondamentali.

Si rammenta a tale proposito che il Trattato sull'alto mare ha l'obiettivo di garantire la protezione e l'uso sostenibile della biodiversità marina<sup>46</sup> delle aree al di fuori della giurisdizione nazionale e pertanto con esso saranno vietate tutte le attività – come la

<sup>44</sup> Per comprendere perché il Trattato sull'alto mare costituisca un punto di svolta per l'oceano e il pianeta bisogna considerare che quasi due terzi della superficie del pianeta sono oceani e i mari costituiscono il 95% dell'*habitat* totale della Terra in volume. Tuttavia, finora solo l'1% dell'alto mare è stato sottoposto a un protocollo di protezione e solo il 39% degli oceani rientra nella giurisdizione nazionale dei singoli Paesi.

<sup>45</sup> Ai sensi dell'art. 2 del Trattato «Obiettivo generale»: «L'obiettivo del presente Accordo è garantire la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale, a breve e a lungo termine, attraverso l'effettiva attuazione delle pertinenti disposizioni della Convenzione e ulteriore cooperazione e coordinamento internazionale». Durante la CIG-5 bis era stato previsto di includere in questo obiettivo un riferimento alla partecipazione agli utili derivanti dalle risorse genetiche marine. Tuttavia, seguendo la proposta della Presidente della CIG, non si è optato per questa via, poiché era già stata consacrata altrove nell'Accordo (ISD, *Summary of the Resumed Fifth Session of the Intergovernmental Conference on an International Legally Binding Instrument under the UN Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction: 20 February-4 March 2023*, in *Earth Negotiations Bulletin*, 2023, vol. 25, n. 250, pp. 1-20).

<sup>46</sup> L'interesse per la biodiversità che abita in queste aree non è nuovo, ma è stato potenziato dai progressi della tecnologia e della scienza che hanno permesso un maggiore accesso alle risorse di queste aree per studiarle e sfruttarle. Accanto a una preoccupazione ambientale per la loro conservazione, si aggiungono interessi economici di industrie come la biotecnologia o la farmaceutica, nonché una maggiore consapevolezza della vulnerabilità a cui tali risorse sono esposte, a causa, tra l'altro, dei cambiamenti climatici, dell'acidificazione degli oceani, dell'inquinamento causato dalla plastica e della pesca sostenibile. L'uso sostenibile di queste risorse dovrebbe portare grandi benefici a queste industrie: il mercato delle biotecnologie marine nel 2022 ha raggiunto 5,9 trilioni di dollari, e si stima che raggiunga 11,7 trilioni di dollari nel 2032 (v. il *report scope* di Precedence Researcher sul mercato di biotecnologia marina disponibile su: <https://www.precedenceresch.com/marine-biotechnology-market>). Si consideri inoltre che alcuni dei primi studi del National Cancer Institute degli Stati Uniti (USA) stimano che l'1% dei campioni di animali marini analizzati in laboratorio rivela un potenziale antitumorale, contro lo 0,01% dei campioni di origine terrestre (v. F. De La Calle, *Marine Genetic Resources. A Source of New Drugs. The Experience of the Biotechnology Sector*, in *The International Journal of Marine and Coastal Law*, 2009, vol. 24, 2009, pp. 209-220).

pesca e l'esplorazione mineraria – che, se condotte in maniera impropria, potrebbero danneggiare il prezioso ecosistema marino<sup>47</sup>. Durante la CIG-5 bis è stato previsto di includere in questo obiettivo un riferimento alla partecipazione agli utili derivanti dalle risorse genetiche marine. Tuttavia, seguendo la proposta della Presidentessa della CIG, non si è optato per questa via, poiché era già stata consacrata altrove nell'Accordo. Mai fino ad ora i governi si erano presi la responsabilità della gestione sostenibile di una risorsa così preziosa per la vastità degli ecosistemi che ospita. Prima del Trattato sull'alto mare la protezione legale era difatti garantita solo per le regioni che ricadono nelle acque territoriali, cioè fino a 12 miglia dalla costa, o nelle zone economiche esclusive, cioè fino a 200 miglia dalla costa. Inoltre, solo poco più dell'1% delle acque d'alto mare e il 7,7% delle acque globali risultava protetto.

4. Secondo taluni autori<sup>48</sup> la conclusione della UNCLOS sarebbe stata solo l'inizio di un processo in corso di *law-building*: questa posizione sarebbe sostenuta da un quadro convincente, specifico sia del contesto, sia dei meccanismi basati sui Trattati sia della pratica interpretativa ai sensi della Convenzione. Secondo altri<sup>49</sup>, invece, sin da quando è stata descritta come una “Costituzione per gli oceani” al momento della sua adozione nel 1982, la UNCLOS si è evoluta per avere uno *status* speciale tra i Trattati multilaterali. E, al pari di una Costituzione – reale o percepita come tale –, essa ha fornito il quadro e i processi per un diritto del mare relativamente dinamico, che si è sviluppato per affrontare le nuove sfide ambientali, tecnologiche e geopolitiche nei quarant'anni dalla sua adozione<sup>50</sup>. Allo stesso tempo, tuttavia, non si era allineata agli sviluppi di natura incrementale delle questioni oggetto di una regolamentazione da parte del diritto del mare – che sarebbero anzi limitati dai parametri della UNCLOS come Costituzione<sup>51</sup>. Se la caratterizzazione della UNCLOS come “Costituzione per gli oceani” sarebbe una forzatura e impedirebbe la seria esplorazione di immaginari epistemologici alternativi del diritto del mare, bisognerebbe allora abbandonare questa caratterizzazione e le conseguenze effettive e percepite di tale denominazione e permettere l'aggiornamento del diritto del mare alle esigenze manifestatesi nei decenni successivi alla sua approvazione<sup>52</sup>.

<sup>47</sup> V. l'art. 11 del Trattato sull'alto mare «Attività riguardanti le risorse genetiche marine di aree esterne alla giurisdizione nazionale».

<sup>48</sup> V. ampiamente R.J. Roland Holst, *Change in the Law of the Sea: Context, Mechanisms and Practice*, Leiden 2022.

<sup>49</sup> Vedasi K.N. Scott, *The LOSC: 'A Constitution for the Oceans' in the Anthropocene?*, in *The Australian Yearbook of International Law*, 2023, p. 269 ss.

<sup>50</sup> Ivi, p. 270.

<sup>51</sup> *Ibidem*, ove si afferma che il vincolo esercitato dalla UNCLOS come Costituzione è chiaramente dimostrato, ad esempio, dai negoziati per il Trattato sull'alto mare e dal Codice minerario per lo sfruttamento dei minerali di acque profonde (fonte: [www.isa.org.jm/the-mining-code](http://www.isa.org.jm/the-mining-code)).

<sup>52</sup> *Supra*, nota 50, p. 271.

Significative conseguenze potrebbero dunque scaturire dal percorso per l'istituzione delle aree marine protette anche in alto mare permesso dal Trattato sull'alto mare, dal rafforzamento della gestione territoriale di attività come la pesca e il trasporto marittimo<sup>53</sup>, dall'estensione della percentuale di protezione e dallo stabilimento di nuovi requisiti per la gestione delle attività antropiche che hanno un impatto sulla vita marina. In conclusione, dunque, se la caratterizzazione della UNCLOS come "Costituzione per gli oceani" sarebbe una forzatura e impedirebbe la seria esplorazione di immaginari epistemologici alternativi del diritto del mare, bisognerebbe abbandonare questa caratterizzazione e le conseguenze effettive e percepite di tale denominazione e permettere l'aggiornamento del diritto del mare alle esigenze manifestatesi nei decenni successivi alla sua approvazione<sup>54</sup>. Nei prossimi mesi sarà dunque interessante valutare l'incidenza che i contenuti del Trattato avranno sulla sovranità statale nell'alto mare in conseguenza dei nuovi limiti per la pesca, l'estrazione mineraria e le rotte marittime scaturenti dalle aree protette – sottoposte a continui monitoraggi per garantire la conservazione della flora e della fauna marina – nelle quali verrà suddiviso l'alto mare stesso<sup>55</sup>.

Bisogna rilevare che, prima dell'ultima riunione intergovernativa, molteplici questioni fondamentali erano rimaste irrisolte. Ad esempio, se gli Stati membri condividessero i profitti derivanti da campioni biologici, dovrebbero beneficiare anche delle sequenze geniche di prodotti commerciali ispirati alla vita marina. Alla fine, i Paesi industrializzati che sostenevano solo la prima opzione – tra i quali il Regno Unito, gli Stati Uniti –, nonché l'Unione europea, sono venuti incontro alla posizione dei Paesi in via di sviluppo a favore della seconda<sup>56</sup>. Un ulteriore dibattito ha riguardato l'alto mare, in quanto da un lato un'alleanza di centoquaranta Paesi in via di sviluppo sosteneva che l'alto mare fosse "patrimonio comune dell'umanità", soggetto alla proprietà comune per interessi collettivi; i Paesi industrializzati, al contrario, favorivano il principio della "libertà dell'alto mare", che consentirebbe a ciascun Paese di rafforzare lo *status quo*. Un compromesso che includerebbe sia il "patrimonio comune" che i principi della "libertà d'alto mare" è stato infine respinto<sup>57</sup>. Quanto all'oggetto della protezione, si noti che durante i negoziati alcuni Paesi hanno sostenuto la tutela limitata all'uso sostenibile delle risorse marine, mentre per altri Paesi la protezione dovrebbe essere totale. Quello che sicuramente cambierà è l'interconnessione tra le zone tutelate, in cui sarà garantita la conservazione delle specie marine.

<sup>53</sup> Vedasi G. Restifo, *Come funziona il sistema di trasporti via mare e le rotte commerciali?*, su: [www.marinecue.it](http://www.marinecue.it), settembre 2022.

<sup>54</sup> *Supra*, nota 50, p. 271.

<sup>55</sup> Il riferimento alle aree protette è nella Parte III, intitolata «Misure basate su strumenti di gestione basati sulle aree, comprese le aree marine protette» del Trattato sull'alto mare.

<sup>56</sup> Le Parti chiamate a negoziare il testo dell'Accordo hanno inserito ben ventisette riferimenti ai dati genetici digitali nel testo della bozza.

<sup>57</sup> Fonte: [www.newyorker.com](http://www.newyorker.com).

Alla luce di tali considerazioni, vale la pena di ricordare che l'ONU ha sempre dichiarato l'importanza degli oceani per salvaguardare il pianeta e sostenuto l'istituzione di un quadro legale per la protezione del mare. Fornendo gli strumenti per creare e gestire le aree marine protette, il nuovo Trattato fornisce un contributo sostanziale per mettere in pratica il Quadro globale delle Nazioni Unite sulla Biodiversità<sup>58</sup>, concordato in occasione della 15<sup>a</sup> Conferenza delle Parti (COP15)<sup>59</sup> alla Convenzione sulla diversità biologica<sup>60</sup> che si è tenuta a Montreal dal 7 al 19 dicembre 2022. In particolar modo, in quella sede era stata stabilita la percentuale del 30% (nota come “30x30”) delle aree oceaniche, terrestri e costiere che i Paesi si erano contestualmente impegnati a proteggere entro il 2030 e dunque il Trattato sull'alto mare dovrebbe – auspicabilmente – aiutare i Paesi a rispettare gli impegni presi.

Bisogna poi ricordare che, essendo parte delle acque internazionali, l'alto mare è un'area marina al di fuori dalle giurisdizioni nazionali nella quale vige il noto principio della “libertà dei mari”. Allo stesso tempo, si consideri che negli anni tale principio ha subito un rovesciamento, in conseguenza della graduale espansione dei poteri e delle prerogative degli Stati costieri, che ha condotto alla delimitazione del mare territoriale, della piattaforma continentale e della zona economica esclusiva, nelle quali gli Stati costieri godono di libertà e poteri differenziati in relazione all'area marina in questione.

<sup>58</sup> Nel 2010 la decima sessione della Conferenza delle Parti della Convenzione per la diversità biologica ha approvato il Piano strategico mondiale per la biodiversità (*Global Strategic Plan*) per il periodo 2011-2020. Il Piano e i relativi obiettivi di conservazione della biodiversità, noti come *Aichi Biodiversity Targets*, hanno costituito fino ad oggi il quadro di riferimento per la definizione di traguardi nazionali, regionali e globali per promuovere e adottare misure urgenti ed efficaci per arrestare la perdita di biodiversità e garantire ecosistemi stabili entro il 2020. La quarta edizione del *Global Biodiversity Outlook* dell'ONU e numerosi studi indipendenti hanno evidenziato che gli sforzi internazionali per raggiungere gli *Aichi Biodiversity Targets* erano insufficienti e inefficaci e che il declino della integrità biologica del pianeta continuava il suo corso. Alla luce di questi segnali negativi, nel 2017 i delegati dell'organismo sussidiario di consulenza scientifica, tecnica e tecnologica (*Subsidiary Body for Scientific, Technical and Technological Advice*, in breve SBSTTA) della Convenzione per la diversità biologica adottarono una serie di raccomandazioni per stimolare i Paesi a rafforzare le azioni e le misure per il raggiungimento degli obiettivi di *Aichi* e per preparare il *Global Biodiversity Framework* post-2020: un Piano d'azione globale per il prossimo decennio, che fisserà *target* e impegni a medio termine (2030) e a lungo termine (fino al 2050), con l'obiettivo principale di arrestare e invertire il drammatico declino della biodiversità, favorire l'uso sostenibile della biodiversità e una ripartizione equa e giusta dei benefici che da essa derivano. A tale scopo è stato istituito l'*Open-Ended Working Group* (OEWG), formato dai rappresentanti degli Stati che aderiscono alla Convenzione, tra cui l'Italia, al fine di esaminare i successi e i fallimenti nel contesto dell'attuazione del Piano strategico per il periodo 2011-2020 e predisporre un testo di Accordo globale per arrestare e invertire il declino della biodiversità. Tale Accordo, dopo ampie consultazioni e numerosi rinvii a causa della pandemia, è stato adottato in occasione della COP15 (fonte: [www.mase.gov.it](http://www.mase.gov.it)).

<sup>59</sup> La Conferenza delle Parti (COP) è l'organo direttivo della Convenzione sulla diversità biologica e ha promosso l'attuazione della Convenzione attraverso le decisioni adottate nelle sue riunioni periodiche. Nel percorso che ha condotto all'adozione della Convenzione, la COP ha tenuto 14 riunioni ordinarie e una straordinaria: quest'ultima, la quindicesima (COP 15), si è svolta tra Kunming e Montreal e ha avuto come esito l'adozione del Protocollo sulla biosicurezza (fonte: [www.cbd.int](http://www.cbd.int)).

<sup>60</sup> *Supra*, nota 32.

Se questo *trend* ha consentito un'estensione del controllo dell'uno o dell'altro Stato costiero di aree marine sempre più ampie, ciò ha comportato dapprima un'inevitabile limitazione della sovranità degli altri Stati, innescando altresì un processo inverso che attualmente, nel porre al centro dell'interesse della Comunità internazionale la tutela dell'alto mare, di fatto pone il limite dell'impatto ambientale alla libertà degli Stati.

5. Successivamente all'adozione del Trattato, lo scorso 19 giugno 2023, si prevede che gli Stati e le organizzazioni regionali di integrazione economica che lo desiderano possano ratificarlo, approvarlo, accettarlo o aderirvi<sup>61</sup> e che lo stesso entrerà in vigore 120 giorni dopo la data del deposito del sessantesimo strumento di ratifica, approvazione, accettazione o adesione<sup>62</sup>. Tra le altre disposizioni generali si possono evidenziare tre questioni che hanno suscitato discussioni nel corso dei negoziati: la definizione di alcuni termini, la preoccupazione che l'Accordo non comprometta gli strumenti esistenti, e la selezione dei principi guida dell'Accordo stesso. In primo luogo, l'articolo 1 contiene le definizioni di alcuni dei termini chiave cui si fa riferimento nell'analisi del resto del testo dell'Accordo<sup>63</sup>. Tuttavia, più che le definizioni inserite, è interessante analizzare quelle che alla fine si è deciso di non inserire nel corpo del testo. In modo rappresentativo, la nozione di "accesso" inclusa dal progetto di testo del 2019 al nuovo progetto di testo aggiornato del 2022 è stata eliminata nella bozza definitiva. Nella prima versione questo concetto si riferiva rispettivamente alla «raccolta di risorse genetiche marine accessibili in loco, ex situ<sup>64</sup> [e in silico]»<sup>65</sup>, cioè nell'oceano, in collezioni che non si trovano più nell'oceano e nelle risorse esistenti come dati digitali che rappresentano le sequenze genetiche di interesse.

In definitiva, e come rilevato nel corso della presente analisi<sup>66</sup>, l'Accordo si basa principalmente su due grandi obiettivi: la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina presente nelle zone al di fuori della giurisdizione nazionale. L'equilibrio necessario per ottemperare a ciascuno di essi ha portato ad una certa ambiguità nel testo del Trattato che può rendere difficile la sua entrata in vigore: in questo senso, in questo strumento coesistono nozioni avvertite come contrastanti nel corso dei negoziati (come il dibattito tra il principio di patrimonio comune dell'umanità e quello di libertà dei mari), il che potrebbe portare a divergenze nell'interpretazione e nell'applicazione del Trattato stesso.

<sup>61</sup> Trattato sull'alto mare, cit., art. 66.

<sup>62</sup> Ivi, art. 68.

<sup>63</sup> Ivi, art. 1.

<sup>64</sup> Nel corso dei negoziati, questo concetto è stato suddiviso in due parti: "accesso ex situ", da un lato, e "raccolta in loco", dall'altro.

<sup>65</sup> L'uso delle parentesi quadre nei progetti di testo dell'Accordo indica: «(a) quando vi sono differenze di formulazione che non riflettono approcci concettuali diversi; e (b) quando un certo livello di sostegno è stato espresso per un'opzione di "non testo", sia all'interno di una disposizione che per una disposizione nel suo insieme» (Progetto di testo del 12 dicembre 2022 (A/CONF.232/2023/2), par. 7).

<sup>66</sup> *Infra*, § 2.

Allo stesso tempo sono stati eliminati numerosi termini e disposizioni altamente conflittuali, la cui pertinenza - o meno - sarà effettiva soltanto dopo l'entrata in vigore dell'Accordo.

Inoltre, la mancata individuazione di alcuni elementi, o piuttosto il necessario sviluppo di alcuni aspetti chiave come la quantificazione del finanziamento da parte degli Stati e, se del caso, degli enti privati che desiderano svolgere attività in queste zone (in particolare per quanto riguarda l'uso delle risorse genetiche marine), data l'incertezza che entrambi i fattori generano, potrebbe costituire per alcuni Stati un freno alla ratifica dell'Accordo. È indispensabile sottolineare, come rischio derivante da questa incertezza e dall'inclusione all'ultimo momento di elementi contro i quali i Paesi del Nord si erano già schierati, la possibilità che l'Accordo entri in vigore senza la partecipazione di alcuni o di tutti gli Stati che dispongono delle tecnologie per sfruttare la biodiversità delle zone al di fuori della giurisdizione nazionale; ciò soprattutto se si considera che l'entrata in vigore della UNCLOS ha richiesto l'emanazione di un apposito Accordo<sup>67</sup> sull'attuazione della sua Parte XI relativa a «L'Area»<sup>68</sup> per ottenerne l'entrata in vigore.

Quanto al meccanismo di finanziamento di cui all'art. 52 dell'Accordo<sup>69</sup>, questo è il risultato di lunghe discussioni e richiede uno sviluppo da parte della COP. Ciascuna parte è tenuta a fornire, conformemente alle proprie capacità, risorse per conseguire gli obiettivi del Trattato, mediante le quali saranno finanziate le istituzioni individuate. Il meccanismo comprende tre grandi fondi: (a) un fondo fiduciario di contributi volontari per facilitare la partecipazione dei rappresentanti degli Stati parte in via di sviluppo; (b) un fondo speciale finanziato dai contributi annuali degli Stati sviluppati ai sensi dell'art. 14, i futuri contributi mediante modalità di pagamento da definire dalla COP ai sensi dell'art. 15, e i contributi aggiuntivi delle parti e degli enti privati che lo desiderano; e (c) un fondo fiduciario del Fondo mondiale per l'ambiente<sup>70</sup>.

Questa oscillazione tra “libertà e restrizione” ha notevolmente rallentato il processo negoziale. Inoltre, una parte della letteratura ha sottolineato l'uso di questo dibattito, o addirittura la sua strumentalizzazione da parte di alcune delegazioni, come uno

<sup>67</sup> Accordo sull'attuazione della parte XI della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982, sottoscritto a New York il 28 luglio 1994, entrato in vigore a titolo provvisorio il 16 novembre 1994, conformemente all'articolo 7.1 e definitivamente il 28 luglio 1996, conformemente all'articolo 6.1. Il testo completo dell'Accordo, le cui Parti contraenti sono attualmente 152, è disponibile su: [treaties.un.org](http://treaties.un.org).

<sup>68</sup> L'art. 1 della UNCLOS definisce come “area”: il fondo marino, il fondo oceanico e il suo sottosuolo, oltre i limiti della giurisdizione nazionale (fonte: [www.un.org](http://www.un.org)).

<sup>69</sup> Parte VII «Risorse finanziarie e meccanismo di finanziamento» del Trattato sull'alto mare.

<sup>70</sup> L'accesso a questo finanziamento sarà aperto agli Stati parte in via di sviluppo secondo le loro esigenze.

«strumento e tecnica di negoziazione per sfidare le disuguaglianze profondamente radicate nell'ordine mondiale attuale»<sup>71</sup>.

Si evidenzia anche il silenzio sulla definizione delle informazioni numeriche sulle sequenze (meglio note come DSI, *Digital Sequence Information*), il cui eventuale inserimento o meno è stato ampiamente discusso nel corso dei negoziati. Diverse delegazioni hanno chiesto la sua presenza fin dall'inizio, motivo per cui si rilevano numerose allusioni ad esso nel testo di novembre 2019. Tuttavia, nei progetti di testo successivi, la sua comparsa diminuisce notevolmente fino alla bozza finale, in cui riappare in tutto il testo, ma non è definito. Questa è stata una decisione consapevole per mantenere la coerenza con la CBD, in quanto si prevede che, una volta adottata per la CBD, la nozione scelta sarà estesa al Trattato sull'alto mare<sup>72</sup>.

In conclusione, è possibile sostenere che se il Trattato è talvolta ambiguo<sup>73</sup> tuttavia la sua adozione è una pietra miliare storica che può costituire la base su cui costruire un nuovo regime per la conservazione e l'uso sostenibile della diversità biologica marina in zone al di fuori della giurisdizione nazionale, nonché una base normativa più che necessaria per regolamentare gran parte del maggior serbatoio di biodiversità del pianeta.

<sup>71</sup> B. Vadrot, A. Langlet, I. Tessnow-von Wysocki, *Who owns marine biodiversity? Contesting the world order through the 'common heritage of humankind' principle*, in *Environmental Politics*, 2022, vol. 2, p. 242.

<sup>72</sup> La decisione 14/20 contiene una raccomandazione sulla definizione della DSI nel contesto del quadro globale per la biodiversità dopo il 2020. A tal fine è stato istituito un gruppo tecnico di esperti ad hoc sulla DSI presso le risorse genetiche marine, che sta attualmente esaminando quattro gruppi alternativi di proposte per definire l'ambito della DSI. *Decision adopted by the Conference of the Parties to the Convention on Biological Diversity 14/20. Digital sequence information on genetic resources*. CBD/COP/DEC/14/20 (30.11.2018), par. 12; CBD. *Digital sequence information on genetic resources: concept, scope and current use*. CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3 (29.01.2020), par. 11.

<sup>73</sup> Ciò soprattutto in conseguenza del ravvicinamento delle posizioni delle delegazioni partecipanti, che presentavano interessi molto diversi in quello che si è configurato come un dibattito tra i Paesi del Nord e del Sud del mondo.



Gabriele Dell'Atti

SPUNTI DI RIFLESSIONE SULLA NATURA DEL PROTOCOLLO DI  
CONDUZIONE DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI E SUL  
RUOLO DELL'ESPERTO \*

ABSTRACT

Il contributo si propone di fornire alcuni spunti di riflessione sul ruolo dell'esperto in seno alla procedura di composizione negoziata della crisi, muovendo dalla fattispecie della stima della liquidazione dell'patrimonio e, dunque, dalle regole contenute nella sezione III, par. 13.1 del decreto dirigenziale del 21 marzo 2023

The contribution aims to provide some thoughts on the role of the expert within the negotiated composition procedure, starting from the case of the assessment of the liquidation of the assets estimate and thus from the rules contained in Section III, par. 13.1 of the Executive Order of March 21, 2023

PAROLE CHIAVE

Ruolo dell'Esperto – stima del patrimonio – best practices

The Expert's Role – asset estimation – best practices

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'uso normativo del protocollo, mezzo utile a valutare l'operato dell'esperto. – 3. La partecipazione alle trattative delle imprese del gruppo. – 4. Osservazioni finali.

1. Il decreto del Direttore generale del Dipartimento per gli affari di giustizia del 21 marzo 2023, in materia di composizione negoziata della crisi d'impresa, ha apportato alcune interessanti integrazioni all'originario decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 (emanato in relazione al D.L. n. 118/2021). Più precisamente, il decreto del 21 marzo 2023, nella sua opera di revisione, ha riformulato parzialmente le sezioni inerenti il «Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento» e la «Check list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza», ha altresì integrato taluni paragrafi nella sezione relativa al protocollo di conduzione della composizione

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

negoziata e in quella afferente la piattaforma utile allo svolgimento della procedura<sup>1</sup> e fruibile attraverso il sito istituzionale di ciascuna CCIAA e, in ultimo, ha inserito una nuova sezione, la VI, rubricata «Scheda sintetica sul profilo professionale dell'esperto»<sup>2</sup> corredata di un nuovo allegato («Scheda sintetica profilo professionale dell'esperto»)<sup>3</sup>.

Ebbene, in questa sede si intendono formulare alcune riflessioni circa il ruolo dell'esperto in seno alla procedura, partendo dalla fattispecie della stima della liquidazione dell'patrimonio e, dunque, dalla regola contenuta nella sezione III, par. 13.1 del suddetto decreto dirigenziale<sup>4</sup>, ove è disposto che «in qualunque momento

<sup>1</sup> Cfr. S. Pacchi, *Le segnalazioni per la anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 9 agosto 2022, reperibile su [ilcaso.it](http://ilcaso.it); S. Pettinato, *Dall'allerta alla Composizione negoziata. Il ruolo delle camere commercio*, in *Diritto della Crisi*, 21 febbraio 2022.

<sup>2</sup> Si v. il 5° comma dell'art 13 CCII. Come specificato dal decreto dirigenziale del 21 marzo 2023 - *Composizione negoziata della crisi d'impresa - Verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento - Recepimento dell'aggiornamento del documento predisposto nell'ambito dei lavori della Commissione di studio istituita con decreto del 22 aprile 2021* essa «ha la funzione di agevolare le commissioni regionali di nomina, o comunque i soggetti deputati alla nomina dell'esperto indipendente, nella ricerca dei profili professionali più idonei rispetto alle esigenze della singola impresa che accede alla composizione negoziata[...]La scheda contiene: nella parte iniziale, i dati personali e anagrafici del professionista, il suo codice fiscale e l'ordine di appartenenza, con precisazione della data di iscrizione; nella prima sezione l'indicazione delle precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa, come precisate nella circolare del Ministero della giustizia 29.12.2021. A tali esperienze vanno aggiunte quelle connesse agli incarichi ricevuti quale esperto nella composizione negoziata che, pur se non indicati nella circolare appena menzionata, sono da ritenere rilevanti ai fini della valutazione sul livello di professionalità e sulle capacità del singolo esperto; nella seconda sezione del modello sono inserite ulteriori informazioni volte a consentire alle commissioni regionali una più completa valutazione dell'importanza delle esperienze indicate nella prima sezione (si tratta di informazioni relative a: settore merceologico dell'impresa interessata dalla ristrutturazione, fatturato, debito complessivo ristrutturato, numero di dipendenti, numero di creditori coinvolti nella ristrutturazione); una nota descrittiva composta da massimo 2000 caratteri con la quale il professionista può fornire ulteriori informazioni che ritiene utili rispetto alle valutazioni demandate ai soggetti che nominano gli esperti quali, a mero titolo esemplificativo, peculiarità della singola ristrutturazione alla quale ha preso parte, particolare complessità di una o più negoziazioni seguite, la partecipazione a tavoli di negoziazione interbancari, etc.» consultabile online al seguente link: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg\\_1\\_8\\_1.page?facetNode\\_1=4\\_68&contentId=SDC421515&previousPage=mg\\_1\\_8#](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.page?facetNode_1=4_68&contentId=SDC421515&previousPage=mg_1_8#); per un approfondimento sulla nuova figura dell'esperto in materia di ristrutturazione si rimanda al contributo di S. Pacchi, *L'Esperto: un' "alta" professionalità dinanzi alle trattative e alla gestione dell'impresa*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 24 dicembre 2022, reperibile su [ilcaso.it](http://ilcaso.it); R. D'Alonzo, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, in *Diritto della Crisi*, 11 gennaio 2022; A. Guidotto, *Il ruolo dell'esperto nelle trattative con i soggetti rilevanti*, in *Diritto della Crisi*, 2 dicembre 2021; S. Bonfatti, R. Guidotti, M. Tarabusi, *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, 2° ed., Giappichelli, Torino, 2022.

<sup>3</sup> Cfr. G. Buffelli, G. P. Rota, *Composizione negoziata della crisi di impresa: il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 si aggiorna al Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Diritto della crisi*, 5 aprile 2023.

<sup>4</sup> Si v. paragrafo rubricato *Stima della liquidazione dell'intero patrimonio*, contenuto all'interno della sezione che disciplina il *Protocollo di conduzione della composizione negoziata* contenuto nel Decreto dirigenziale del 21 marzo 2023 rubricato *Composizione negoziata della crisi d'impresa - Verifica della*

risultati utile per le trattative, è opportuno che l'esperto proceda alla stima delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio o di parti di esso» e, laddove siano richieste competenze diverse dalle proprie, all'esperto è demandato proporre alle parti «la nomina congiunta di un soggetto di fiducia di tutte, che proceda alle valutazioni necessarie». Nel provvedimento si precisa come lo scopo della stima sia anche quello di consentire alle parti di valutare le utilità che deriverebbero dalla liquidazione, nel rispetto delle cause legittime di prelazione e sulla base dell'elenco dei creditori depositato; inoltre, qualora il tribunale richieda il parere dell'esperto *ex art 25-sexies*, comma 3, CCII, lo stesso sarà chiamato a pronunciarsi sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti.

2. Dalla lettura dei paragrafi sopra richiamati, il primo tema che si pone è senz'altro quello correlato alla necessità, ovvero mera facoltà, in capo all'esperto di stimare il patrimonio<sup>5</sup>, mentre al secondo paragrafo viene fatto espresso riferimento all'opportunità che l'esperto si pronunci sui presumibili risultati della liquidazione, procedendo così alla stima del patrimonio, nell'ipotesi specifica di concordato semplificato, di cui agli artt. 25-*sexies* e ss. CCII. Da ciò emergono ulteriori elementi significativi, laddove in prima istanza, anche ai fini della valutazione della diligenza dell'esperto, è necessario capire quando questi debba procedere alla stima e se si tratti di un dovere assoluto, ovvero di una facoltà.

Al fine di valutare questo aspetto, sebbene il paragrafo 13.1 faccia riferimento ad una valutazione di opportunità, tale precetto va letto, a mio avviso, in una prospettiva correlata alla diligenza professionale cui è tenuto l'esperto, sicché questi è tenuto ad una valutazione tecnica che potrebbe inevitabilmente portare alla stima; di conseguenza, la valutazione del patrimonio si configura come uno strumento cruciale, specie al fine di orientare le trattative<sup>6</sup>.

Inoltre, le negoziazioni con i creditori, sempre secondo i precetti del decreto, devono essere orientate attraverso il cd. «protocollo di conduzione della composizione negoziata» (di cui alla sezione III del novellato citato decreto dirigenziale)<sup>7</sup>.

*ragionevole perseguibilità del risanamento - Recepimento dell'aggiornamento del documento predisposto nell'ambito dei lavori della Commissione di studio istituita con decreto del 22 aprile 2021.*

<sup>5</sup> Cfr. F. Carnevali, M. Tarabusi, *Composizione negoziata della crisi: la stima della liquidazione del patrimonio*, in *Diritto della Crisi*, 2021; si legga altresì, A. Danovi, *La stima della liquidazione del patrimonio*, contributo presente all'interno dell'opera collettanea *Composizione negoziata quale soluzione alla crisi d'impresa* (a cura di G. Rocca), quad. n. 90, dicembre 2022, pp. 202 ss.

<sup>6</sup> Cfr. L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 4 ss. secondo il quale il decreto dirigenziale meglio articola i doveri dell'esperto e dell'imprenditore a proposito delle trattative.

<sup>7</sup> Sul protocollo si veda, *ex plurimis*, R. Ranalli, *Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte*, in *Diritto della crisi*, 26 novembre 2021.

Innanzitutto, a parere di chi scrive, è possibile definire il protocollo in parola come uno strumento di *soft law*, quale insieme di *best practices*; a sostegno di ciò si richiama proprio l'*incipit* della sezione III, ove è precisato che «Il presente protocollo reca la declinazione operativa delle prescrizioni normative relative alla composizione negoziata; esso, inoltre, recepisce le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi, da intendersi, pertanto, come buone prassi e non come precetti assoluti». Pertanto, se è vero che dalla stessa lettera del decreto si comprende bene che non siamo di fronte a precetti assoluti, è altrettanto vero che l'art. 13 CCII fa espresso riferimento proprio al protocollo.

Ebbene, l'aver inserito uno specifico richiamo a tale regime di *best practices* all'interno di una norma di rango primario, induce a riflettere circa la natura giuridica del complesso di regole contenuto all'interno del decreto dirigenziale e, dunque, in merito all'obbligo o meno in capo all'esperto di seguire l'iter procedimentale del protocollo.

A ben vedere, il complesso dei precetti inseriti all'interno del decreto, per come tipizzati, pare essere una fonte di uso normativo; ed infatti, le prescrizioni presenti nella sezione sul protocollo non sono semplici declinazioni a supporto dell'esperto, ma valgono ad indirizzarlo ad un comportamento funzionale a rendere, di regola, il campo della composizione del tutto informato, sicché hanno inevitabilmente una valenza ulteriore.

Come è noto, gli usi normativi costituiscono regole non scritte, ossia "fonti-fatto" del diritto, produttive di norme giuridiche applicabili autonomamente ed oggettivamente, che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1 ed 8 delle disposizioni preliminari al codice civile, sono efficaci ed operanti nelle materie regolate dalla legge o dai regolamenti al ricorrere di un dato oggettivo (nel senso che deve trattarsi di usi qualificabili come comportamenti ripetutamente e volontariamente adottati dagli operatori commerciali) e di un requisito soggettivo (la consapevolezza di prestare osservanza ad una regola che, sebbene di carattere subordinato, sia generalmente applicabile alle parti in quanto riconosciuta come obbligatoria), e solo se richiamati all'interno delle medesime norme di legge o regolamentari (e sempre che la materia non sia coperta da riserva di legge)<sup>8</sup>.

Nel caso che ci occupa, a distanza di oltre due anni dall'introduzione della normativa sulla composizione negoziata della crisi, si è denotata una costante applicazione da parte degli esperti nominati del protocollo, di talché appare quanto mai evidente che quelle regole rappresentano degli usi pacificamente applicabili, il

<sup>8</sup> In materia di usi, oltre che sulla nozione ed operatività degli usi normativi e degli usi negoziali, si v., tra i tanti, T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale, Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962; A. Asquini, *Usi legali e usi negoziali*, *Rivista del diritto commerciale*, 1944, I, p. 72 e ss; A. Mazzoni, *Le fonti del diritto commerciale tra memorie storiche e scenari futuri*, in *Riv. soc.*, 2001, p. 855 e ss.; A. Pizzorusso – S. Ferreri, *Le fonti del diritto italiano. I. – Le fonti scritte*, in *Trattato civile* diretto da Sacco, Torino, 1998.

che senz'altro ha un significativo impatto in termini di valutazione della diligenza professionale cui è inevitabilmente tenuto l'esperto nell'ambito dell'esercizio della propria attività.

Ciò posto ed in ragione della “forza normativa” del protocollo, comprendere quali siano i momenti in cui l'esperto debba stimare il patrimonio diviene molto importante, poiché ciò potrebbe rappresentare una fattispecie di organizzazione del procedimento *ex art. 3*, in una prospettiva fisiologica, ovvero una fattispecie di valutazione della diligenza dell'esperto, in una prospettiva patologica.

A fronte della generale disposizione di cui all'art. 13, che richiama la possibilità di stimare il patrimonio del debitore in qualunque momento utile, potrebbero esservi più momenti in cui l'esperto è chiamato a procedere alla stima del patrimonio; nel mentre la discrezionalità tecnica dell'esperto dovrà condurlo, a seconda delle fattispecie, a valutare la necessità o meno di una stima, certamente questi sarà tenuto a richiedere la stima nell'ipotesi prevista dall'art. 12.4 (oltre che dal successivo art. 13.2) del decreto dirigenziale relativa al momento in cui l'esperto è chiamato ad esprimersi sulle modalità per l'individuazione dell'acquirente nell'ambito di una cessione d'azienda (o ramo di essa) e, in particolare, sulla congruità del prezzo<sup>9</sup>, al cui fine dovrà poi procedere ad una stima dell'azienda o del ramo e, quindi, del patrimonio<sup>10</sup>.

3. Ritornando sull'iniziale riferimento alla prospettiva della stima, sarebbe interessante indagare ulteriori casi ed ipotesi in cui la stessa possa rivelarsi utile, al fine di dare una stura all'analisi delle diverse fattispecie concrete che potrebbero emergere nell'esercizio dell'attività degli esperti, dato che, come già detto, il decreto, sin dalla prima stesura, puntava a delineare una figura professionale del tutto nuova, richiedendo loro un livello avanzato e specifico di formazione. Al riguardo, si pensi all'art. 25, comma 6, CCII, a mente del quale «le imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 2, comma 1, possono, anche su invito dell'esperto, partecipare alle trattative» (norma presente anche all'art. 3.5 del protocollo, ove si specifica, quale esempio, l'ipotesi, invero molto frequente, in cui un'impresa del gruppo abbia concesso garanzie nell'interesse del debitore ovvero abbia un comune interesse al generale risanamento del gruppo); da ciò si evince la discrezionalità tecnica dell'esperto, il quale è anche chiamato ad avere la sensibilità di coinvolgere nell'ambito delle trattative anche altre imprese che, magari, siano parte (non formale, ma) “di fatto” di un medesimo gruppo di cui l'imprenditore in crisi fa

<sup>9</sup> Cfr. R. Ranalli, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Fall.*, 2021, p. 1513 ss.; R. D'Alonzo, *I compiti*, cit., p. 19 ss.

<sup>10</sup> Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 settembre 2021, p. 6; G. Bozza, *Il “concordato semplificato” introdotto dal D.L. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche, dalla L. n. 147 del 2021*, in [www.fallimentiesocieta.it](http://www.fallimentiesocieta.it), p. 31; A. Rossi, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in *Fall.*, 2022, p. 745.

parte<sup>11</sup>. In tal senso, è ben nota - tanto in dottrina<sup>12</sup>, quanto in giurisprudenza<sup>13</sup> - la fattispecie della cd. *holding* occulta di fatto<sup>14</sup>.

Pertanto, qualora l'esperto, nell'ambito dell'analisi della documentazione messa a sua disposizione da parte dell'impresa in crisi che abbia fatto accesso ad una composizione negoziata, dovesse rendersi conto di una eterodirezione occulta ed illecita, dovrebbe percorrere due strade (non necessariamente alternative, anzi spesso consequenziali l'una all'altra): (i) per un verso, potrebbe azionare l'art. 25, comma 6, CCII, che prescrive la possibilità di far partecipare alle trattative anche altri soggetti facenti variamente parte del gruppo; (ii) per altro verso, potrebbe far stimare il patrimonio non solo del debitore, ma anche dei protagonisti dell'eterodirezione, i quali potrebbero essere chiamati a rispondere per responsabilità da direzione e coordinamento *ex art. 2497 cc.*; detto danno potrebbe, a sua volta, costituire il *quantum* per l'emersione della situazione di crisi anche nelle altre società facenti parte del gruppo (solo apparentemente *in bonis*). L'esperto, dunque, potrebbe compulsare i soci (o le società) che esercitano l'illecita eterodirezione a partecipare (non solo in termini di mera presenza, ma anche finanziariamente) alle trattative, in

<sup>11</sup> Cfr. S. Pacchi, *L'Esperto*, cit., nota 115, p. 49, in cui l'A. osserva come «La disciplina della Composizione negoziata di gruppo era contenuta originariamente nell'art. 13 del d.l. 118/2021 che, nel momento della sua trasfusione nel Codice della crisi ad opera del d.lgs. 83/2022 (Recante modifiche al CCII in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1023) ha operato alcuni ritocchi al testo originario dell'articolo citato. In particolare, si segnalano l'eliminazione della definizione di gruppo recata dall'art. 13, c. 1, D.L. n. 118/2021 perché contenuta nell'art. 2, lett. h) CCII, e la sostituzione del COMI (centro degli interessi principali del debitore) con la sede legale delle imprese».

<sup>12</sup> Cfr. E. Ricciardiello, *Il fallimento della holding di fatto occulta tra abuso dell'attività di direzione e coordinamento e fallimento in estensione*, in *Dir. fall.*, 2017, p. 1248, cui si rimanda per ulteriori approfondimenti.

<sup>13</sup> Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15346; Trib. Padova, sez. I, 24 novembre 2016.

<sup>14</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. I, 26 febbraio 1990, n. 1439; Cass. civ., sez. I, 16 gennaio 1999, n. 405; Cass. civ., sez. I, 13 marzo 2003, n. 3724; Cass. civ., Sez. Un., 29 novembre 2006, n. 25275; Trib. Padova 2 novembre 2001; Trib. Vicenza 23 novembre 2006; Trib. Napoli 8 gennaio 2007; App. Milano 17 giugno 2008; Trib. Milano 7 aprile 2011; Trib. Roma, 8 novembre 2011. Ad ogni modo, le perplessità inizialmente avanzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza relativamente alla necessità ai fini del riconoscimento della società di fatto *holding* del presupposto della spendita del nome della società medesima nei rapporti esterni sono state superate dalla nota sentenza della Cass. civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15346, che in modo persuasivo ha statuito che la società di fatto *holding* «esiste come impresa commerciale per il solo fatto di essere stata costituita tra i soci col fine della direzione unitaria delle società commerciali figlie, vale a dire per l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e controllo oggi esplicitamente considerata dall'art. 2497 e seg. Cod. civ.»; in tal senso, la Cassazione ha affrontato la questione in modo compiuto, individuando tutta una serie di indici volti a tipizzare l'esistenza di una eterodirezione illecita da parte di una *holding* di fatto, quali: - la detenzione da parte dei soci della *holding* di fatto di quote societarie delle società cosiddette "figlie"; - l'esercizio da parte dei medesimi soggetti di ruoli preponderanti nell'amministrazione della *holding* di fatto; - la coincidenza tra le attività e l'organizzazione delle società di capitali controllate; - lo svolgimento dell'attività di impresa in locali anche parzialmente coincidenti; - l'esistenza di ricavi derivanti soprattutto da fatturati *intercompany*; il tutto, spesso, con costi del gruppo sopportati per la maggior parte dalla società destinata a divenire una *bad company*.

una prospettiva negoziale, anticipatoria di un'eventuale responsabilità e tesa ad evitarne la piena emersione; per coloro che hanno esercitato un'attività di illecita eterodirezione, dunque, potrebbe convenire – prima di arrivare ad una soluzione concordataria (che potrebbe comunque deflagrare nell'ipotesi di emersione di un illecito) – partecipare alla negoziazione e, proprio all'esperto, spetterà il compito di agevolare un simile *iter*.

4. In conclusione, da un lato, l'esperto rappresenta una figura nuova e poliedrica (non solo competente nel settore del diritto concorsuale, ma altresì dotato di specifiche competenze<sup>15</sup> tali da poter condurre le trattative sulla base di un *know how* consolidato<sup>16</sup>), dall'altro, la composizione negoziata appare un campo (negoziale e, quindi, degiurisdizionalizzato<sup>17</sup>) maggiormente libero entro il quale le parti (il debitore ed i suoi creditori, oltre che i soggetti comunque collegati al primo ed interessati in qualche modo all'andamento delle trattative), sotto la direzione tecnica dell'esperto, hanno la possibilità di vagliare, in maniera trasparente e consapevole, i valori in capo e le potenziali conseguenze derivanti dal deflagrare della crisi<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Cfr. G. Buffelli, G. P. Rota, *Composizione negoziata*, cit., p. 2, in cui gli autori specificano che « Il 4° comma dell'art. 13 indica inoltre che l'iscrizione all'albo degli esperti sia subordinata al possesso di una specifica formazione, prevista dallo stesso Ministero della Giustizia»; L. Calcagno, *La figura dell'esperto*, in *Diritto della crisi*, 25 gennaio 2022; M. Arlenghi, *La figura dell'esperto indipendente della composizione negoziale per la soluzione della crisi di impresa, requisiti e percorso formativo*, in *Riv. dott. comm.*, 2022, p. 107 ss.

<sup>16</sup> Cfr. L. A. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il fallimentarista*, 2021, p. 13; M. Greggio, *Il Giano bifronte della composizione negoziata della crisi*, in *Diritto della crisi*, 2022, p. 7. Sul ruolo dell'esperto cfr. P. Riva, *Ruoli e funzioni dell'esperto facilitatore*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 2021.

<sup>17</sup> Sulla natura giuridica di “procedura – non – concorsuale” della composizione negoziata si v. S. Bonfatti, R. Guidotti, M. Tarabusi, *Il ruolo dell'esperto*, cit., p. 5 ss.; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 8 settembre 2021, p. 1 ss., ivi a p. 14; in argomento si consulti anche R. Russo, *Il giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 1247 ss.; ancora, si v. S. Rossetti, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa*, in *Diritto della crisi*, 3 aprile 2023, il quale afferma che «La composizione negoziata, come noto, non è una procedura concorsuale, ma un “percorso” stragiudiziale volto a ristabilire un equilibrio patrimoniale ed economico-finanziario di un'impresa in crisi o in precrisi»; L. Panzani, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Diritto della crisi*, 4 febbraio 2022, p. 1, afferma che «La composizione negoziata, introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 118/2021, non è certamente una procedura concorsuale. Può probabilmente essere considerata una “misura”, e quindi un segmento di un quadro di ristrutturazione..., ma non una procedura concorsuale».

<sup>18</sup> Quanto ai doveri di comportamento delle parti, si v. L. Panzani, *I doveri delle parti*, in *Diritto della crisi*, 14 settembre 2022, p. 4, in cui si legge che «L'obbligo di buona fede e correttezza sancito nel primo comma dell'art. 4 è un obbligo di carattere generale (e dunque valevole anche per il ceto creditorio)...i doveri dei creditori, (sono) definiti dall'art. 4... (essi) hanno il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e amministrativa e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite. Si aggiunge poi, con riguardo

alla composizione negoziata, quanto previsto dall'articolo 16, commi 5 e 6»; interessanti risultano altresì talune osservazioni in materia di interessi protetti fatte da D. Lenzi, *I doveri dei creditori nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Crisi e insolvenza*, 18 agosto 2020, p. 13 ss., reperibile *online* su *ilcaso.it*, in cui l'A evidenzia che «Assodato che una volta che il debitore si rivolge ai suoi creditori scatta in capo a costoro un dovere di adottare un atteggiamento collaborativo, resta da accertare quale sia il fine di questa (doverosa) collaborazione...Se non è il legislatore a stabilire gli obiettivi della collaborazione, la definizione degli stessi sembra dover essere rimessa ai creditori come complessivamente considerati. Con la crisi o l'insolvenza, infatti, il rapporto debitore-creditore perde la sua struttura di rapporto bilaterale, acquisendo inevitabilmente una prospettiva collettiva, nel senso che la realizzazione dell'interesse di ciascuno dei creditori impatta sulla realizzazione dell'interesse degli altri...Certamente, il rispetto del dovere di collaborare lealmente incontra il limite secondo cui nessun creditore può essere tenuto a operare in proprio danno. Al di fuori di questa ipotesi limite, invece, il tema si sposta su quale sia il parametro di riferimento, lo scenario alternativo, che legittima un sacrificio dell'autonomia negoziale del singolo in ragione di un miglior soddisfacimento dei creditori come complessivamente considerati» come affermato dall'A. «La difficoltà sta dunque nell'individuare il punto di equilibrio (o, più realisticamente, i punti di equilibrio) tra l'autonomia negoziale del singolo creditore e l'interesse collettivo a non distruggere imprese ancora dotate di valore».



Rosa Maria Geraci

## IL RICORSO STRAORDINARIO PER ESEGUIRE LE SENTENZE DELLA CORTE EDU\*

### ABSTRACT

A distanza di più di vent'anni dalla Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio 2000 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, il d. lgsl. n. 150/2022 ha finalmente introdotto un nuovo, autonomo ricorso straordinario per l'esecuzione del giudicato di Strasburgo. Si chiude così la lunga parentesi di supplenza pretoria culminata con l'intervento additivo di cui alla sentenza costituzionale n. 113/2011 e l'introduzione della c.d. "revisione europea". Ne risulta riaffermato con forza il principio di legalità processuale; al tempo stesso, però, si aprono prospettive inedite circa il ruolo e le tendenze evolutive del sindacato de legitimitate.

After more than twenty years from the Recommendation R (2000) 2 of 19 January 2000 of the Committee of Ministers of the Council of Europe, Legislative Decree No. 150/2022 finally introduced a new extraordinary appeal for the enforcement of the Strasbourg judgements. This marks the end of the replacement work of case law, which culminated in Constitutional Court ruling no. 113/2011 and the introduction of the so-called "European revision". As a result, the principle of procedural legality has been strongly reaffirmed; at the same time, however, unprecedented prospects are opening up regarding the role and the evolutionary trends of the "de legitimitate" appeal.

### PAROLE CHIAVE

Corte europea dei diritti dell'uomo – Ricorso straordinario – Corte di cassazione

European Court of Human Rights - Extraordinary Appeal – Supreme Court

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La scelta sistematica. – 3. Le cadenze procedurali. – 4. Il vaglio della Corte di legittimità. – 5. Gli epiloghi decisori. – 6. La modulazione dei rapporti tra rimedi *post iudicatum*. – 7. Conclusioni.

\* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*. Destinato al volume "La giustizia penale dopo la cd. Riforma Cartabia", a cura di R.M. Geraci, Giappichelli, Torino

1. Allo scopo di porre finalmente termine ad una *lacuna legis* protrattasi per oltre vent'anni<sup>1</sup>, la l. 27 settembre 2021, n. 134<sup>2</sup>, con la direttiva di cui all'art. 1, comma 13, lett. o), aveva delegato l'Esecutivo ad introdurre un mezzo di impugnazione straordinario, distinto e autonomo rispetto a quelli esistenti, specificamente deputato a dare esecuzione alle sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'Uomo<sup>3</sup>.

Con il nuovo art. 628-*bis* c.p.p., introdotto nel codice di rito dall'art. 36 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150<sup>4</sup>, il Governo ha attuato la menzionata previsione di delega,

<sup>1</sup> Risale infatti all'anno 2000 la Raccomandazione R (2000) 2 del 19 gennaio con cui è stato rivolto un invito agli Stati contraenti «ad esaminare i rispettivi ordinamenti nazionali allo scopo di assicurare che esistano adeguate possibilità di riesame di un caso, ivi compresa la riapertura di procedimenti, laddove la Corte [edu] ha riscontrato una violazione della Convenzione e in particolare allorché [...] la sentenza della Corte induce alla conclusione che: a) la decisione interna impugnata è nel merito contraria alla Convenzione; b) la violazione riscontrata è costituita da *errores* o da altre mancanze di tale gravità da far sorgere seri dubbi sull'esito del procedimento nazionale considerato». La *res iudicata* in tali eventualità deve, dunque, cedere alla tutela dei diritti dell'individuo, sempre che però la vittima «continu[i] a soffrire delle conseguenze negative molto gravi in seguito alla decisione nazionale, conseguenze che non possono essere compensate dall'equa soddisfazione e che non possono essere rimosse se non attraverso il riesame o la riapertura» del caso (per il testo tradotto in italiano della Raccomandazione, v. *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 391 ss.; per il testo in inglese, v. S. Buzzelli, O. Mazza, *Codice di procedura penale europea*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2005, pp. 953-954. In argomento, v. G. Uberris, *La Corte di Strasburgo quale garante del giusto processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, pp. 372-373).

<sup>2</sup> La legge, contenente la «delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari», è pubblicata in *G.U.*, Serie gen., 4 ottobre 2021, n. 237, p. 1. Per i primi commenti, v. A. Marandola, *“Riforma Cartabia” e rito penale. La legge delega tra impegni europei e scelte valoriali*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano-Padova, 2022; nonché, volendo R.M. Geraci, A. Scalfati (a cura di), *Analisi della c.d. Riforma Cartabia*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2022.

<sup>3</sup> La direttiva recepiva fedelmente le indicazioni al riguardo fornite dalla “Commissione Lattanzi” (*Commissione di studio per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale, nonché in materia di prescrizione del reato, attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435, recante Delega al Governo per l'efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d'appello*, nominata con d.m. 16 marzo 2021 dal Ministro della Giustizia Marta Cartabia e presieduta dal Presidente emerito della Corte costituzionale Giorgio Lattanzi). L'art. 7, comma 1, lett. *h-nonies* del d.d.l. AC 2435, come riformulato dalla suddetta Commissione, statuiva infatti così: «introdurre un mezzo di impugnazione straordinario davanti alla Corte di Cassazione al fine di dare esecuzione alla sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo, proponibile dal soggetto che abbia presentato il ricorso, entro un termine perentorio; attribuire alla Corte di cassazione il potere di adottare i provvedimenti necessari e disciplinare l'eventuale procedimento successivo; coordinare il rimedio di cui alla presente lettera con quello della rescissione del giudicato, individuando per quest'ultimo una coerente collocazione sistematica, e con l'incidente di esecuzione di cui all'art. 670 del codice di procedura penale».

<sup>4</sup> Pubblicato in *G.U.*, Serie gen., 17 ottobre 2022, n. 243, suppl. ord. n. 38/L, p. 108. Per i primi commenti alla riforma, v. M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia (profili processuali)*, in *Sist. pen.*, 2 novembre 2022; G. Spangher (a cura di), *La riforma*

forgiando un rimedio *ad hoc* in grado di garantire l'assolvimento, da parte del nostro Paese, dell'obbligo di conformazione sancito dall'art. 46 Cedu<sup>5</sup>.

Più esattamente, nel tentativo di fugare le precedenti incertezze emerse nella prassi applicativa, si è delineato uno strumento revocatorio *unico ad epilogo differenziato*<sup>6</sup>, affidato alla competenza della Corte di legittimità, idoneo a consentire tanto la neutralizzazione o rivalutazione del giudicato non equo che la riapertura del procedimento<sup>7</sup>.

L'intervento, al netto di qualche criticità che pur sembra permanere, appare sicuramente apprezzabile, denotando una meritevole sensibilità per i diritti umani e riaffermando con vigore il principio di legalità processuale, in passato messo a repentaglio da una supplenza pretoria che, in ragione di esigenze di giustizia sostanziale, aveva talvolta veicolato una applicazione di istituti e categorie processuali eccedente i limiti consentiti dalla disciplina codicistica e dai principi generali<sup>8</sup>.

*Cartabia. Codice penale – Codice di procedura penale – Giustizia riparativa*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022; A. Bassi, C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150 (c.d. Riforma Cartabia), in attuazione della legge delega 27 settembre 2021, n. 134*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2022; D. Castronovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023.

<sup>5</sup> Ai sensi di tale norma «le Alte Parti contraenti si impegnano a conformarsi alle sentenze definitive della Corte nelle controversie nelle quali sono parti». Per un approfondimento sull'obbligo in questione, v. R.E. Kostoris, *Le fonti*, in ID. (a cura di), *Manuale di procedura penale europea*, IV ed., Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2019, p. 64 ss.

<sup>6</sup> Di «rimedio impugnatorio di natura polivalente e a carattere unitario» parla G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, in *Giustizia insieme*, 20 febbraio 2023, in quanto «da un lato, consente di individuare una pluralità di soluzioni da adattare con criteri flessibili alle peculiarità del caso di specie, dall'altro affida sempre ed unicamente alla Corte di cassazione un vaglio preliminare sul vizio accertato nelle decisioni della Corte di Strasburgo». In senso diverso, M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 119, secondo cui invece quelli introdotti dal nuovo art. 628-bis c.p.p. sarebbero dei «rimedi (al plurale)».

<sup>7</sup> È questa, come si vedrà (*infra*, par. 2), una conseguenza diretta dell'attivabilità dell'istituto per qualsiasi tipo di violazione accertata dalla Corte europea, sia di natura sostanziale che procedurale.

<sup>8</sup> Come è noto, infatti, nella persistente inerzia legislativa, il diritto vivente aveva cercato di supplire in via interpretativa al vuoto normativo, individuando soluzioni diversificate in grado di consentire il superamento del giudicato censurato dalla Corte di Strasburgo: “neutralizzazione” degli effetti della sentenza iniqua, “rimaneggiamento” del contenuto della stessa, reintegra mediante rinnovati poteri di gravame. Vari gli istituti a tal fine utilizzati: procedimento di esecuzione (art. 670 c.p.p.) per ottenere l'ineseguitabilità del giudicato (Cass. pen., Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, in *Guida dir.*, 9, 2007, p. 74), ricorso straordinario per cassazione *ex art. 625-bis c.p.p.* (nelle ipotesi di violazione perpetrata nel giudizio di legittimità: Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1457; Cass. pen., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507, in *Guida dir.*, 24, 2010, p. 79), restituzione nel termine per impugnare per l'imputato contumace ai sensi dell'art. 175, commi 2 e 2-bis c.p.p. (Cass. pen., Sez. V, 15 novembre 2006, n. 4395, in *Cass. pen.*, 2007, p. 1459; Cass. pen., Sez. I, 12 luglio 2006, n. 32678, *ivi*, 2007, p. 1002). Si trattava di soluzioni che, se da un lato apparivano il frutto di uno sforzo apprezzabile, denotando una grande attenzione verso i diritti umani, ritenuti prevalenti rispetto alla stessa esigenza di stabilità della *res iudicata*, dall'altro propiziavano un uso “disinvolto” e non privo di forzature di istituti e categorie processuali: “congelamento” *sine die* del giudicato, lasciato permanere in una sorta di “limbo” di inefficacia (Cass. pen., Sez. I, 1° dicembre 2006, n. 2800, cit.), interpretazione analogica di un mezzo di impugnazione straordinario (Cass. pen., Sez. V, 11 febbraio 2010, n. 16507,

Nel complesso, inoltre, pregevole appare il recupero di coerenza sistematica, sia in ragione dell'organicità della disciplina di nuovo conio – applicabile in tutte le eventualità in cui si ponga un problema di ottemperanza al giudicato della Corte Edu – che del recupero di congruenza dell'istituto *ex art. 629 ss. c.p.p.*: questo, infatti, snaturato nella sua più autentica fisionomia strutturale dall'intervento additivo di cui alla sentenza costituzionale n. 113 del 2011, che aveva introdotto l'istituto della c.d. "revisione europea", non sarà più in futuro utilizzabile per garantire la riapertura dei processi giudicati *unfair* dal Giudice di Strasburgo<sup>9</sup>.

2. Sviluppando fedelmente le indicazioni del delegante, la "riforma Cartabia" ha introdotto un nuovo autonomo rimedio *post iudicatum*, topograficamente e semanticamente distinto dalla revisione.

Onde evitare fraintendimenti concettuali ed il perpetuarsi di incertezze applicative, il nuovo istituto è stato infatti collocato in un titolo a parte del Libro IX del codice di rito, il III-bis (intitolato "*Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*") ed è stato denominato "*Richiesta per l'eliminazione degli effetti pregiudizievoli delle decisioni adottate in violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali o dei Protocolli aggiuntivi*"<sup>10</sup>.

La scelta, apprezzabile laddove rimarca la specificità del mezzo di impugnazione di recente conio, non va tuttavia esente da taluni profili di problematicità.

Dal punto di vista della collocazione sistematica, sarebbe stata invero preferibile l'introduzione in un titolo indipendente posto a conclusione del sistema dei rimedi impugnatori: per quanto attribuita alla competenza della Corte di legittimità, trattasi infatti di impugnazione diversa dal ricorso per cassazione ordinario, la cui esperibilità è peraltro successiva all'esaurimento dei rimedi interni che ha consentito appunto di adire il Giudice europeo. Conseguentemente, dedicato un ulteriore titolo indipendente alla rescissione del giudicato (come del resto auspicato dalla stessa Commissione

cit.; Cass. pen., Sez. VI, 12 novembre 2008, n. 45807, cit.), violazione del principio di tassatività delle impugnazioni. In ogni caso, poi, erano soluzioni in grado solo di infrangere il *dictum* definitivo interno giudicato non equo, ma incapaci di garantire, in ossequio ai dettami europei, un'effettiva riapertura del processo. Per un approfondimento su tali profili, volendo, v. R.M. Geraci, *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale. I. Dall'autarchia giudiziaria al rimedio straordinario*, Dike, Roma, 2012, p. 95 ss., nonché B. Lavarini, *Il sistema dei rimedi post-iudicatum in adeguamento alle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Università degli Studi di Torino, Torino, 2019, p. 37 ss.

<sup>9</sup> Con tale pronuncia, pubblicata in *Giur. cost.*, 2011, p. 1523 ss., il Giudice delle leggi aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 630 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo quando ciò fosse necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, Cedu, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo. In argomento, sia consentito rinviare a R.M. Geraci, *Sentenze della Corte E.D.U. e revisione del processo penale*, cit., p. 148 ss.; Ead., *L'impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo: le ipotesi, le procedure, gli effetti*, in P. Corvi (a cura di), *Le impugnazioni straordinarie nel processo penale*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 69-70.

<sup>10</sup> Il nuovo Titolo III-bis contiene il solo art. 628-bis c.p.p.

Lattanzi e dalla delega in commento)<sup>11</sup>, avrebbe potuto introdursi in seno al libro IX un nuovo Titolo IV-ter, che avrebbe avuto il pregio di evidenziare già a livello sistematico i diversi piani di operatività del ricorso straordinario in esame e degli altri rimedi impugnatori previsti nel codice: susseguente ad un controllo esterno e sovranazionale il primo, calati nell'iter procedurale interno i secondi.

Quanto poi alla denominazione, la prescelta, se ha il merito di abbandonare definitivamente la dicitura "revisione" – conferendo così distinzione concettuale agli istituti in questione e scongiurando sovrapposizioni di sorta – appare tuttavia piuttosto farraginoso e, per certi versi, deficitario sul piano tecnico. Sarebbe stato, invero, preferibile un *nomen* più sintetico ed in cui in luogo dell'atecnica espressione "richiesta" figurasse quella di "ricorso straordinario", comportando lo strumento *de quo* una eccezionale ipotesi di superamento del giudicato nazionale.

In ogni caso, il nuovo istituto si configura come un rimedio revocatorio tipico a vocazione tendenzialmente omnicomprensiva, essendo attivabile a seguito dell'accertata lesione di qualsivoglia garanzia consacrata nella Cedu, tanto di carattere procedurale che sostanziale. E ciò in perfetta sintonia con il testo della delega che, non operando al riguardo distinzione alcuna, non condiziona l'attivabilità del nuovo mezzo alla natura del vizio rilevato a Strasburgo<sup>12</sup>.

In linea, inoltre, con le scelte effettuate da altri Paesi europei – come Francia, Belgio e Germania – la competenza per il giudizio viene affidata alla Corte di cassazione che, quale organo di nomofilachia, appare il più idoneo a coniugare l'esigenza di effettività della tutela del singolo con l'uniformità delle procedure interne volte a rimettere in discussione il giudicato nazionale iniquo, tendenzialmente scongiurando così incertezze e difformità applicative sul piano nazionale<sup>13</sup>.

Piuttosto, il testo del nuovo art. 628-bis c.p.p. non specifica che il procedimento debba essere assegnato e trattato da una sezione diversa rispetto a quella che eventualmente dovesse avere in precedenza definito, come organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, i ricorsi interni: la Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo attuativo della delega chiarisce al riguardo che tale precisazione non è stata ritenuta necessaria «trattandosi di riparto interno alla Corte che, in quanto tale,

<sup>11</sup> L'art. 1, comma 13, lett. o), l. n. 134/2021 aveva esortato il legislatore delegato ad individuare «una coerente collocazione sistematica» per l'istituto previsto all'art. 629-bis c.p.p., che la l. 23 giugno 2017, n. 103 (c.d. "riforma Orlando") aveva inserito nel contesto della normativa in tema di revisione, abrogando contestualmente l'art. 625-ter c.p.p.

<sup>12</sup> Scelta, questa, che si allinea a quella fatta propria dalla maggioranza degli altri ordinamenti europei. Al riguardo, v. S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2023, p. 231 ss., nonché M. Gialuz, *Il riesame del processo a seguito di sentenza di condanna della Corte di Strasburgo: modelli europei e prospettive italiane*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1844 ss.

<sup>13</sup> Avverte dei rischi di tale scelta «sul versante di un ulteriore aggravio del carico giudiziario» del giudice di legittimità, A. Mangiaracina, *Le impugnazioni straordinarie. Qualche "ritocco" all'esistente e un nuovo rimedio: basterà?*, in D. Castronovo, M. Donini, E.M. Mancuso, G. Varraso (a cura di), *Riforma Cartabia. La nuova giustizia penale*, cit., p. 943.

potrà essere disciplinato in sede tabellare»<sup>14</sup>. Peraltro, non è nemmeno da escludere l'ipotesi di una possibile investitura diretta delle Sezioni Unite, tanto nei casi di speciale rilevanza delle questioni in discussione che in quelli in cui vengano in rilievo profili di regolazione dell'assetto inter-giurisdizionale<sup>15</sup>.

3. La disciplina delle concrete scadenze procedurali del nuovo ricorso straordinario sembra essere il frutto di una lettura al tempo stesso restrittiva ed estensiva dei criteri di delega da parte del legislatore delegato.

La prima predomina in tema di legittimazione alla proposizione del rimedio. Sebbene la Commissione Lattanzi e la delega l'avessero opportunamente riconosciuta al «soggetto che abbia presentato il ricorso» innanzi al Giudice europeo, l'art. 628-bis, comma 1 c.p.p. l'ha invece limitata al «condannato»<sup>16</sup> e alla «persona sottoposta a misura di sicurezza»<sup>17</sup>, escludendo così non solo i terzi non impugnanti che avrebbero potuto vantare la medesima violazione (c.d. «fratelli minori» o «cugini» del ricorrente)<sup>18</sup>, ma anche la persona offesa dal reato.

Epperò, invero, quest'ultima ben potrebbe adire la Corte di Strasburgo – rivestendo, dunque, il ruolo di *soggetto che abbia presentato il ricorso* – e in tale sede vedersi riconosciuta la lesione di uno dei diritti consacrati nella Cedu, profilandosi quindi in seguito all'occorrenza il suo interesse alla proposizione del ricorso finalizzato all'esecuzione della decisione sovranazionale. Si consideri, ad esempio, il caso della lesione del diritto di accesso a un tribunale, verificabile ove un soggetto che si ritenesse diffamato da dichiarazioni rese da un parlamentare e impossibilitato a far valere utilmente le sue ragioni innanzi all'autorità giudiziaria nazionale per l'insindacabilità

<sup>14</sup> *Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134 recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, p. 174. In ogni caso, come osserva A. Nappi, *Guida on line al codice di procedura penale*, in [www.guidanappi.it](http://www.guidanappi.it), § 77.3.2, opera la causa di incompatibilità prevista dall'art. 34, comma 1 c.p.p. per i magistrati componenti il collegio.

<sup>15</sup> Così G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova "revisione europea"*, cit.

<sup>16</sup> Quale che sia la sanzione inflittagli – detentiva, pecuniaria o sostitutiva – eventualmente anche a seguito di «patteggiamento», dato il generico riferimento contenuto nell'art. 628-bis c.p.p. alla «sentenza penale», nonché pure nei casi di pena interamente eseguita o estinta, come si evince dalla legittimazione riconosciuta al «congiunto» in caso di morte dell'interessato [in questo senso, cfr. P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea e rescissione del giudicato*, in *Commenti alla legge n. 134 del 2021 e ai decreti delegati*, vol. III, M. Bargis, H. Belluta (a cura di), *L'ennesima riforma delle impugnazioni tra aspettative deluse e profili controversi*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 213]. Sembrerebbe, invece, esclusa la legittimazione dell'imputato prosciolto con formula non pienamente liberatoria (ad esempio, per tenuità del fatto, perdono giudiziale o estinzione del reato).

<sup>17</sup> Esula dalla riconosciuta area di legittimazione il sottoposto a misure di prevenzione, sebbene – come sottolineato – il contenzioso in materia di prevenzione stia registrando un *trend* crescente negli ultimi anni, ragion per cui, onde evitare incertezze applicative e conseguenti supplenze pretorie, sarebbe stato opportuno estendere il rimedio in commento anche alle fattispecie in questione (P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea e rescissione del giudicato*, cit., pp. 214-215).

<sup>18</sup> Scelta motivata in base alla constatazione che «l'espresso riferimento contenuto nella delega al solo «soggetto che abbia presentato il ricorso» non consentisse un ampliamento in favore di soggetti diversi» (*Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo*, cit., p. 174).

ex art. 68, comma 1 Cost., ricorresse alla Corte europea, che accertasse la violazione del diritto di cui all'art. 6, par. 1 della Convenzione<sup>19</sup>; o ancora, l'ipotesi in cui fosse riscontrata una lesione dell'art. 2 Cedu nel suo *volet procédural* di tutela, conseguente alla circostanza che in seguito alla lesione del bene "vita" le autorità inquirenti non si siano attivate compiendo indagini effettive ed efficaci, determinando così un esito proscioglitivo per insufficienza del materiale probatorio addotto in giudizio dalla pubblica accusa<sup>20</sup>.

La scelta del Governo, quindi, reitera sotto lo specifico profilo considerato, le inadeguatezze e incongruenze di taluni progetti riformatori del passato<sup>21</sup> che,

<sup>19</sup> È il caso sotteso a Corte eur. dir. uomo, 6 aprile 2010, *C.G.I.L. e Cofferati c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 20 aprile 2006, *Patrono e Cascini c. Italia*; Corte eur. dir. uomo, 6 dicembre 2005, *Ielo c. Italia*; con riferimento all'analoga insindacabilità prevista per i componenti del CSM, Corte eur. dir. uomo, 5 aprile 2007, *Esposito c. Italia*.

<sup>20</sup> Come è noto, il diritto alla vita è un valore fondamentale, rientrando nel novero dei c.d. *Inviolable core rights*, ossia quel "nucleo duro" di diritti che nel sistema di tutela convenzionale non ammette alcuna deroga, nemmeno «in caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione» (art. 15, comma 2, Cedu). Tale diritto è connotato – secondo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Strasburgo – da un duplice versante positivo di tutela, "sostanziale" (*volet matériel*) e "procedurale" (*volet procédural*): sotto il primo profilo rileva l'obbligo dello Stato di tutelare il bene protetto, punendo le lesioni dello stesso (cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 17 gennaio 2012, *Choreftaki c. Grecia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*); sotto il secondo, ormai verificatasi la violazione, viene in considerazione il dovere delle autorità di polizia e giudiziarie di avviare e condurre indagini "effettive" ed "efficaci", onde pervenire all'identificazione dei responsabili e alla loro punizione (cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 29 maggio 2012, *Damayev c. Russia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 24 aprile 2012, *Crănieceanu e Frumușano c. Romania*; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 marzo 2012, *Inderbiyeva c. Russia e Kadikova e altri c. Russia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 novembre 2011, *Paçaci e altri c. Turchia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2011, *Vajić, Beksultanova c. Russia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 19 luglio 2011, *Khashuyeva c. Russia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 26 aprile 2011, *Enukidze e Givliani c. Georgia*; Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 29 marzo 2011, *Alikaj e altri c. Italia*, cit.).

<sup>21</sup> Si allude, ad esempio, al disegno di legge S-1797 del 2007 d'iniziativa governativa presentato nel corso della XV legislatura ("*Disposizioni in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*", consultabile in R.E. Kostoris, A. Balsamo, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 573, e su cui v. F. Callari, *La revisione. Giustizia penale tra forma e sostanza*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 302 ss.) e alla proposta di legge d'iniziativa del deputato Ottobre presentata il 2 aprile 2015 durante la XVII legislatura ("*Modifiche al codice di procedura penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del medesimo codice, di cui al decreto legislativo 28 luglio 1989, n. 271, in materia di revisione del processo a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*"). Si noti peraltro come – a differenza della norma in commento, che non contempla una legittimazione alla richiesta dell'organo dell'accusa – tali progetti di legge prevedevano che il procuratore generale presso la Corte di cassazione potesse attivare il rimedio volto all'esecuzione del giudicato europeo, coerentemente con la configurazione di questo quale "revisione". Proprio a tal fine si introduceva tra le norme di attuazione una nuova disposizione – l'art. 201-bis, rubricato "*Adempimenti in caso di sentenza di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo*", che statuiva che, allorché fosse stata ricevuta una sentenza di condanna della Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6, par. 3 della Cedu, la Presidenza del Consiglio dei ministri dovesse trasmettere copia della decisione al Ministero della giustizia, il quale a sua volta, ricevuta la sentenza, ne avrebbe dovuto disporre la traduzione in lingua italiana, inoltrandola quindi al P.G. presso la Corte di cassazione. L'opzione fatta propria dall'art. 628-bis c.p.p. pare comunque in linea con il consolidato orientamento degli organi europei, inclini a considerare legittimo il condizionamento della riapertura a

escludendo dalla legittimazione all'instaurazione del rimedio revocatorio la vittima del reato, determinavano un evidente vuoto di tutela.

Per scongiurare questo, invero, la legittimazione primaria alla proposizione del ricorso *ex art. 628-bis c.p.p.*, coerentemente con le indicazioni della delega e della Commissione Lattanzi, avrebbe dovuto essere attribuita al *ricorrente vittorioso a Strasburgo*, ossia alla *vittima della violazione convenzionale* come tale riconosciuta in sede europea, che non necessariamente è il condannato o il destinatario di una misura di sicurezza, ma ben può essere anche la persona offesa dal reato.

Sotto tale aspetto, quindi, non pare potersi escludere una censura di illegittimità *in parte qua* del primo comma della disposizione di recente introduzione per mancato allineamento alla delega.

Peraltro, si noti come l'abbandono delle forme e cadenze tipiche della revisione appaia funzionale anche a superare quelle criticità in punto di impugnabilità oggettiva e possibile esito sfavorevole che la proponibilità del rimedio da parte della vittima del reato determinava con riferimento all'istituto introdotto dalla sentenza della Corte costituzionale n. 113 del 2011: la fisionomia del nuovo strumento attivabile innanzi alla Corte di legittimità non crea problemi quanto ad impugnabilità di una sentenza di proscioglimento, inoperatività del divieto di *reformatio in peius* ed epilogo *in malam partem*, come invece accadeva con riferimento all'istituto della revisione europea<sup>22</sup>.

Anche dal punto di vista dell'impugnabilità oggettiva, dunque, il testo dell'art. 628-*bis c.p.p.* sembra esporsi a rilievi di incostituzionalità per non corrispondenza alla delega laddove consente la proposizione del ricorso solo avverso provvedimenti di segno negativo che abbiano attribuito al soggetto lo *status* di «condannato» o di «persona sottoposta a misura di sicurezza»<sup>23</sup>.

La lettura estensiva delle indicazioni contenute nella l. n. 134/2021 emerge, invece, con riferimento ai profili inerenti i casi di attivazione del rimedio straordinario.

In proposito, infatti, il delegato ha equiparato le sentenze definitive con cui il Giudice di Strasburgo abbia accertato una violazione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo alle ipotesi in cui abbia disposto la cancellazione del ricorso dal ruolo ai sensi dell'art. 37 della Convenzione stessa, a seguito del riconoscimento unilaterale della violazione da parte dello Stato convenuto.

Opzione, questa, che oltre ad apparire del tutto legittima e ragionevole, non

una domanda in tal senso di colui che abbia attivato il sindacato della Corte Edu (si v. la Risoluzione del Comitato dei Ministri nel caso *Luca c. Italia* n. 86/2005, adottata il 12 ottobre 2005, nonché Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, sent. 1° marzo 2006, *Sejdovic c. Italia*, § 126, secondo cui la ripetizione del processo è subordinata alla richiesta dell'interessato). Per altro verso, nemmeno può sottovalutarsi l'interesse del ricorrente vittorioso a Strasburgo alla non riapertura del processo interno, in considerazione dei negativi riflessi di carattere economico e/o morale che potrebbero derivarne (cfr. S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, cit., p. 311).

<sup>22</sup> Per un approfondimento sul punto, sia consentito rinviare a R.M. Geraci, *L'impugnativa straordinaria per la violazione della Cedu accertata a Strasburgo*, cit., p. 77 s.

<sup>23</sup> Cfr. F. Galluzzo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in G. Spangher (a cura di), *Riforma Cartabia*, cit., p. 661.



contenendo al riguardo l'art. 1, comma 13, lett. o) della l. n. 134/2021 vincoli preclusivi, lascia trasparire l'eco di taluni recenti approdi della Corte di legittimità, secondo cui la declaratoria di cessazione della materia del contendere ex artt. 37 Cedu e 62A del Regolamento Cedu del 2 aprile 2012, con la conseguente cancellazione della causa dal ruolo, ha una «oggettiva valenza ricognitiva» dell'avvenuta violazione convenzionale<sup>24</sup>. Essa, infatti, pur non costituendo l'esito di un giudizio che affronti nel merito la doglianza sollevata dal ricorrente, rifugge da qualsivoglia automatismo di adeguamento alla posizione del Governo, non costituendo un «mero recepimento acritico» della stessa, ma implicando al contrario una «ponderata valutazione» ad opera della Corte Edu, che conduce in proposito uno scrutinio a discrezionalità vincolata, alla luce della propria consolidata giurisprudenza, sull'affidabilità circa il rispetto dei diritti umani e sulle concrete ed effettive possibilità dello Stato in questione di osservare gli impegni assunti [art 37, par. 1, lett. c) e art. 62, comma 1, lett. b)]<sup>25</sup>. Ne consegue la vincolatività della decisione in questione per lo Stato stesso, che deve al riguardo esercitare il suo potere di adeguamento agli obblighi assunti con la dichiarazione unilaterale secondo gli strumenti processuali interni, pena – in caso di inottemperanza – la reinscrizione della causa a ruolo per l'accertamento nel merito della violazione dedotta (art. 37, par. 2)<sup>26</sup>.

Quanto ai profili più strettamente procedurali, sul ricorrente gravano una serie di oneri, previsti a pena di inammissibilità: la richiesta, contenente «l'indicazione specifica delle ragioni che la giustificano»<sup>27</sup>, deve essere «presentata personalmente dall'interessato<sup>28</sup> o, in caso di morte, da un suo congiunto, a mezzo di difensore munito di procura speciale»; formulata con ricorso depositato presso la cancelleria del giudice che ha emesso il provvedimento impugnato<sup>29</sup> nelle forme previste dall'art. 582 c.p.p.,

<sup>24</sup> Il riferimento è a Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 16226, in *CED Cass.*, n. 283395, in tema di violazione dell'art. 6, par. 1, Cedu per omessa trattazione in pubblica udienza del procedimento di prevenzione.

<sup>25</sup> Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 16226, cit. Per un elenco di criteri (non esaustivi) alla luce dei quali valutare la possibilità di cancellazione della causa dal ruolo in seguito a dichiarazione unilaterale da parte del Governo, si v. Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 6 maggio 2003, *Tashin Acar c. Turchia*. Recenti esempi di rigetto di richieste di cancellazione della causa dal ruolo a seguito di dichiarazione unilaterale dello Stato parte sono Corte eur. dir. uomo, 14 maggio 2020, *Romic e altri c. Croazia* e Corte eur. dir. uomo, 19 gennaio 2021, *Keskin c. Olanda*.

<sup>26</sup> Cass. pen., Sez. V, 4 febbraio 2022, n. 16226, cit.

<sup>27</sup> Il ricorrente dovrà, dunque, a pena di inammissibilità della domanda, indicare puntualmente le violazioni riscontrate dal giudice europeo, le ragioni della loro incidenza sull'esito del processo, nonché la misura riparatoria eventualmente individuata in linea di principio come appropriata dalla Corte Edu.

<sup>28</sup> Se si tratta di soggetto detenuto, si osserveranno le forme di cui all'art. 123 c.p.p.

<sup>29</sup> In senso critico, v. P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea*, cit., p. 219, secondo cui, in linea con le altre impugnazioni straordinarie, sarebbe stato più coerente il deposito presso il giudice *ad quem*, in considerazione non solo dell'accelerazione che ne sarebbe derivata, ma anche della circostanza che è lo stesso ricorrente ad allegare il materiale utile per la decisione (v. *infra* nel testo) – non essendo, peraltro, la sentenza della Corte di Strasburgo nella disponibilità del giudice *a quo* – e potendo, comunque, la Corte di legittimità richiedere gli atti del procedimento ad integrazione del materiale inviato.

essa deve esser presentata a pena di decadenza nel termine di novanta giorni decorrente dalla data in cui è diventata definitiva la decisione della Corte di Strasburgo che ha accertato la violazione ovvero è stata disposta la cancellazione del ricorso dal ruolo<sup>30</sup>.

Per quanto la previsione di un termine perentorio per la presentazione del ricorso sembri stridere con la natura straordinaria dello stesso<sup>31</sup>, essa appare giustificata alla luce dell'esigenza di garantire certezza e stabilità alle situazioni giuridiche, oltre che in ragione della finalità di rimediare il più tempestivamente possibile ad un pregiudizio che si presume grave ed attuale<sup>32</sup>. L'impostazione, peraltro, appare in linea anche con la contrazione dello *spatium temporis* entro cui è consentito proporre il ricorso innanzi al Giudice europeo realizzata dal Protocollo n. 15 (da sei mesi a quattro mesi), recentemente ratificato dal nostro Paese.

Sono inoltre previsti – non, però, a pena di inammissibilità – taluni oneri di allegazione: unitamente alla richiesta vanno depositati la sentenza o il decreto penale di condanna inficiati da iniquità convenzionale, la decisione emessa dalla Corte Edu, nonché gli eventuali ulteriori atti e documenti che supportano l'istanza. In caso di allegazione deficitaria, il proponente, dunque, potrà integrare tale documentazione in un momento successivo.

In ordine, poi, alle concrete cadenze del ricorso in esame, queste sembrano evocare un regime non immune da talune contaminazioni: se le modalità di trattazione sono quelle camerali dettate dall'art. 611 c.p.p. per il ricorso di legittimità (non escludendosi, peraltro, la possibilità di trattazione in pubblica udienza, su richiesta di parte o d'ufficio nelle ipotesi espressamente previste dal comma 1-bis della disposizione citata)<sup>33</sup>, si richiama tuttavia integralmente la previsione di cui all'art. 635 c.p.p., valida per il

<sup>30</sup> L'art. 91 del d.lgs. n. 150/2022 detta la disciplina transitoria, in base alla quale se la definitività della decisione della Corte di Strasburgo o la cancellazione della causa dal ruolo sono avvenute in data anteriore all'entrata in vigore della riforma – quindi, sino al 29 dicembre 2022 – il termine di novanta giorni per la proposizione del nuovo rimedio decorre dal giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto, ossia dal 31 dicembre 2022.

<sup>31</sup> Per tale ragione P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea*, cit., p. 207, riconduce l'istituto *de quo* alla categoria degli "strumenti straordinari ibridi", come il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 625 bis c.p.p.* e la rescissione del giudicato: al pari di questi, infatti, «è proponibile entro un termine perentorio ma avverso una sentenza passata in giudicato».

<sup>32</sup> L'opzione è in linea con le scelte effettuate dalla maggior parte degli altri Paesi membri del Consiglio d'Europa, che contemplano un termine di decadenza (variamente quantificato) entro cui avanzare l'istanza di attivazione del rimedio volto a ottemperare al giudicato di Strasburgo. Un termine analogo a quello italiano è, ad esempio, previsto dalla legislazione svizzera: ai sensi dell'art. 124, comma 1, lett. c) della legge sul Tribunale Federale (LTF), la domanda di revisione deve essere depositata «per violazione della CEDU, entro 90 giorni da quello in cui la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo diviene definitiva ai sensi dell'articolo 44 CEDU». Per una panoramica delle soluzioni adottate dagli altri Stati parte, v. S. Lonati, *Richiesta per l'esecuzione delle sentenze di condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo: il nuovo art. 628-bis c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 27 aprile 2023, p. 18.

<sup>33</sup> G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova "revisione europea"*, cit.; *contra* A. Nappi, *Guida on line al codice di procedura penale*, cit., § 77.3.2, secondo cui, richiamando l'art. 628-bis, comma 7 c.p.p. l'art. 128 c.p.p., inerente il deposito dei provvedimenti camerali, la decisione *de qua* non potrebbe essere resa in udienza pubblica.

giudizio di revisione, in tema di sospensione della pena o della misura di sicurezza<sup>34</sup>. Rinvio, quest'ultimo, sicuramente opportuno, consentendo di «neutralizzare *in limine*» gli effetti pregiudizievoli del giudicato sanzionato dalla Corte di Strasburgo<sup>35</sup>.

4. Nelle intenzioni del legislatore della riforma l'obiettivo perseguito è chiaro: superare l'attuale pluralità di percorsi di ottemperanza al giudicato Cedu quale risultante dagli arresti del Giudice delle leggi e delle Sezioni unite della Corte di legittimità (revisione europea, incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, ricorso straordinario per errore di fatto), introducendo un *rimedio unitario*<sup>36</sup> affidato alla competenza funzionale della Corte di cassazione<sup>37</sup>.

Questa, più esattamente, giudicata positivamente l'ammissibilità del ricorso – risultando rispettati i requisiti prescritti in tema di legittimazione, forme, contenuto e termini di presentazione della richiesta – è chiamata innanzitutto ad effettuare un «vaglio preventivo» sulla statuizione sovranazionale, valutando se la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, abbia avuto o meno una «incidenza effettiva» sull'esito decisorio interno («*sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente*»).

Tale vaglio, condotto caso per caso, alla luce della lesione riscontrata e delle

<sup>34</sup> In tal senso emblematica appare la collocazione sistematica del nuovo titolo III *bis*, a cavallo tra il titolo III ed il titolo IV del Libro IX del codice, rispettivamente dedicati alla disciplina del ricorso per cassazione e della revisione.

<sup>35</sup> Così G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova "revisione europea"*, cit., il quale osserva anche come il rinvio in questione paia «limitato alla possibilità di attivazione del solo meccanismo sospensivo dell'esecuzione, non essendo previsto dinanzi alla Corte di cassazione un sub-procedimento cautelare volto all'applicazione di una delle misure coercitive (ex artt. 281, 282, 283 e 284 cod. proc. pen.) che la Corte d'appello può invece disporre in qualunque momento del giudizio di revisione, quando sospende l'esecuzione della pena o della misura di sicurezza. Nel ricorrere dei presupposti di legge, le misure coercitive previste dall'art. 635, comma 1, cit., potranno essere applicate nel corso della eventuale, successiva, fase rescissoria del procedimento previsto dall'art. 628-*bis*, comma 5, cit., qualora la Corte di cassazione decida nel senso della riapertura del processo dinanzi ai giudici di merito». In senso analogo A. Nappi, *Guida on line al codice di procedura penale*, cit., § 77.3.2; *contra* E. Calvanese, *I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in A. Bassi, C. Parodi (a cura di), *La riforma del sistema penale*, cit., p. 328; F. Galluzzo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 666.

<sup>36</sup> Come sottolinea R. Casiraghi, *Uno specifico rimedio per l'esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in *Dir. pen. proc.*, 2023, pp. 195-196, l'unicità del mezzo sgrava il ricorrente vittorioso a Strasburgo dell'impegnativo onere di individuare il corretto strumento da attivare nella fattispecie concreta per ottenere una adeguata *restitutio in integrum*. L'Autrice sottolinea l'emblematicità in tal senso della vicenda Contrada, in cui la Corte di legittimità prima di ravvisare la percorribilità della strada dell'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, ha vagliato ed escluso l'idoneità della revisione europea e dell'*abrogatio criminis ex art. 673 c.p.p.*, e dichiarato l'inammissibilità del ricorso straordinario ai sensi dell'art. 625-*bis c.p.p.*

<sup>37</sup> È questo un elemento di novità rispetto alle proposte riformatrici del passato, talune delle quali attribuivano alla Corte di legittimità il solo sindacato sull'ammissibilità dell'impugnazione, qualificata comunque come ipotesi specifica e autonoma di revisione («*Revisione a seguito di sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*»), affidata alla competenza della Corte di appello (cfr. il d.d.l. S-1797 del 2007, cit. e la proposta di legge d'iniziativa del deputato Ottobre presentata il 2 aprile 2015, cit.).

indicazioni contenute nella sentenza del Giudice europeo, assume un valore cruciale: l'espresso tenore testuale del comma 5 dell'art. 628-bis c.p.p. vi condiziona, infatti, la possibilità stessa di “*accoglimento*” del ricorso straordinario.

Il punto, com'è facilmente intuibile, appare di estrema delicatezza ed è bene soffermarvisi anche per le implicazioni problematiche di cui potrebbe essere foriero.

In passato, taluni progetti di riforma<sup>38</sup> e la stessa proposta di delega elaborata dalla “Commissione Riccio” avevano contemplato espressamente un potere del giudice nazionale «di valutare la congruità della violazione rispetto all'effettiva incidenza della stessa sull'esito del giudizio»<sup>39</sup>; potere – si noti – funzionale a quell'accertamento sulla persistenza di conseguenze lesive *non rimediabili con l'equa riparazione* cui la Raccomandazione R(2) del 2000 subordina la possibilità di una *riapertura* del processo<sup>40</sup>. Esito questo tuttavia – come è noto – tutt'altro che obbligato, costituendo soltanto *una* delle possibili modalità riparative attuabili a livello interno<sup>41</sup>.

Tanto il testo elaborato dalla Commissione Lattanzi che la l. delega n. 134/2021 – coerentemente con la fisionomia di un rimedio unitario dagli epiloghi eterogenei, non limitati alla sola riapertura – non contengono invece un esplicito riferimento ad un potere dello Stato convenuto e già condannato in sede europea di apprezzare autonomamente, per il tramite delle proprie autorità giurisdizionali, la sussistenza del nesso di causalità tra violazioni accertate ed epilogo del processo<sup>42</sup>. La relazione illustrativa all'elaborato predisposto dalla citata Commissione si limita solo a precisare che si affida al giudice della nomofilachia «un vaglio preventivo sulla sentenza europea»: la Cassazione, cioè, ai fini della trasposizione del *dictum* sovranazionale nell'ordinamento interno, è «chiamata a *interpretare* la sentenza della Corte europea,

<sup>38</sup> V. ancora il disegno di legge S-1797 del 2007, cit., e la proposta di legge d'iniziativa del deputato Ottobre presentata il 2 aprile 2015, cit., su cui sia consentito rinviare a R.M. Geraci, *Sentenze della Corte e.d.u. e revisione del processo penale*, cit., p. 89 s.,

<sup>39</sup> Art. 2, punto 104.8 della *Bozza di delega legislativa al Governo per l'emanazione del nuovo codice di procedura penale elaborata dalla Commissione ministeriale presieduta dal prof. G. Riccio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 506.

<sup>40</sup> Tale Raccomandazione, come detto (cfr. *retro*, nt. 1), subordina la *riapertura* del processo ad una grave violazione della Cedu che incide sul risultato dello stesso e alla permanenza per il condannato di gravi conseguenze lesive che non possono essere compensate dall'equo indennizzo (ad esempio, il trovarsi o dover essere posto in stato di detenzione o l'essere soggetto all'esecuzione di una misura alternativa alla detenzione diversa dalla pena pecuniaria). Come ricorda S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, cit., p. 247, infatti, il criterio della sussistenza di un nesso di causalità tra la violazione riscontrata e l'esito del giudizio nazionale coperto dal giudicato «all'interno del sistema convenzionale è richiesto esclusivamente in relazione alle violazioni di carattere procedurale», risultando – come sottolinea L. Parlato, *Verso la revisione europea 2.0.*, in A. Marandola, “*Riforma Cartabia*” e *rito penale*, cit., p. 265 – «un filtro immancabile rispetto alla riapertura del processo».

<sup>41</sup> Per la sottolineatura del riferimento della Raccomandazione del 2000 e del controllo ivi previsto «alla sola misura restitutiva della riapertura del processo, epilogo che è invece uno dei possibili ma non il solo del nuovo rimedio», v. E. Calvanese, *I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 329.

<sup>42</sup> Cfr. *retro*, nt. 3.

dandole esecuzione»<sup>43</sup> secondo la modalità procedimentale più adeguata al caso considerato: annullamento senza rinvio, annullamento con rinvio, incidente di costituzionalità<sup>44</sup>.

Se ne era dedotto quindi che, ai sensi dell’emananda disciplina attuativa, alla Corte di legittimità – ferma l’incontestabilità della sussistenza della lesione convenzionale accertata a Strasburgo – sarebbe spettato unicamente il compito, nei limiti consentiti dal margine di apprezzamento nazionale, di valutare il *decisum* europeo in chiave strumentale alla sua attuazione nell’ordinamento interno: interpretando, cioè, le statuizioni del Giudice sovranazionale circa la natura della lesione sanzionata, il nesso eziologico della stessa con l’esito decisivo e l’attualità delle conseguenze dannose prodotte, essa avrebbe dovuto individuare il *quomodo* attraverso cui realizzare la *restitutio in integrum*, ponendo il ricorrente nella condizione in cui si sarebbe trovato se la violazione convenzionale non si fosse verificata<sup>45</sup>.

Il testo definitivo dell’art. 628-*bis* c.p.p. però – probabilmente risentendo di quell’atteggiamento critico che negli ultimi anni si è progressivamente affermato nei confronti della Corte Edu<sup>46</sup> e mosso pure dall’intento di scongiurare un sovraccarico dell’organo di legittimità<sup>47</sup> – sembra andare oltre tale esegesi: superando le indicazioni

<sup>43</sup> Il corsivo è nostro.

<sup>44</sup> *Relazione finale e proposta di emendamenti al d.d.l. A.C. 2435*, del 24 maggio 2021, in *Sist. pen.*, 25 maggio 2021, pp. 40-41.

<sup>45</sup> Cfr. R.M. Geraci, *Un’attesa lunga vent’anni: il ricorso straordinario per l’esecuzione delle sentenze della Corte di Strasburgo*, in Ead., A. Scalfati (a cura di), *Analisi della c.d. Riforma Cartabia*, cit., pp. 195-196.

<sup>46</sup> Emblematico in tal senso l’allarme lanciato dal giudice P. Pinto de Albuquerque nella sua *Opinione separata* allegata alla sentenza della Corte Edu, Grande Camera, 28 giugno 2019, *GIEM e altri c. Italia* (reperibile in [www.giustizia.it](http://www.giustizia.it)), in cui ricorda come sovente in anni recenti la Corte di Strasburgo si sia trovata «in preda a forti venti contrari» (Parte IV, Sez. A, lett. i): partiti estremisti e movimenti populistici hanno dato sfogo a un «fiume senza precedenti di sproloquio bellicoso contro la Corte», alimentando un risentimento che «ha raggiunto un livello allarmante, che attizza una rabbia settaria contro il sistema della Convenzione stesso» (§ 58). Tutto ciò ha dato adito a proclami volti a promuovere un recesso dal sistema convenzionale di tutela dei diritti umani ovvero a ricalibrare lo stesso in chiave nazionalista. Per un approfondimento al riguardo, v. G. Repetto, *Tra procedura e legittimazione politica. Il (fragile) momento costituzionale della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in F. Buffa, M.G. Civinini, *La Corte di Strasburgo, Gli Speciali di Questione e Giustizia*, Milano, 2019, pp. 9 s. e 14, che sottolinea come tali resistenze si siano tradotte «principalmente in una crescente e inarrestabile inadempienza rispetto alle sentenze di condanna, ovvero nelle critiche nei confronti dell’attivismo interpretativo della Corte europea». Per ciò che concerne più specificamente il nostro Paese, gli appunti si sono intensificati a seguito di taluni pronunciamenti particolarmente rilevanti del Giudice europeo, quali la sentenza 25 ottobre 2018, *Provenzano e altri c. Italia*, che ha condannato l’Italia per violazione dell’art. 3 Cedu nei confronti del noto capo mafia Bernardo Provenzano o la sentenza 13 giugno 2019, *Viola ed altri c. Italia*, sul c.d. “ergastolo ostativo”.

<sup>47</sup> Rileva L. Parlato, *Verso la revisione europea 2.0.*, cit., p. 264, che la scelta della competenza funzionale della Corte di legittimità «può risultare incoerente rispetto ad altre operate con fermezza in precedenza, soprattutto con la c.d. riforma Orlando: si tratta di un’inversione di rotta, dal momento che in altri ambiti eterogenei (ad esempio, con riguardo alla rescissione del giudicato e all’impugnazione della sentenza di non luogo a procedere), l’intento legislativo è stato opposto e ha realizzato un esodo verso la Corte di appello, per sgravare la Corte di legittimità».

testuali del delegante, il comma 5 di tale disposizione prevede infatti espressamente che «fuori dei casi di inammissibilità, la corte accoglie la richiesta quando la violazione accertata dalla Corte europea, per natura e gravità, ha avuto una incidenza effettiva sulla sentenza o sul decreto penale di condanna pronunciati nei confronti del richiedente». Solo qualora la richiesta del ricorrente, dunque, superi tale controllo preliminare la Cassazione può passare al successivo vaglio, inerente la scelta dello strumento processuale più appropriato per rimuovere gli effetti pregiudizievoli del giudicato iniquo (che, come detto, può essere anche diverso dalla riapertura), altrimenti – si noti bene – deve rigettare il ricorso<sup>48</sup>.

Il legislatore della riforma quindi – come osservato – attribuisce al Giudice di legittimità un potere di «sindacato autonomo», ispirato ad una «logica di sussidiarietà», in virtù della quale «l'accertamento sull'incidenza effettiva del vizio processuale viene affidato (anche) al giudice interno»<sup>49</sup>. E si tratta di un accertamento – è bene rimarcarlo – che segue immancabilmente al superamento del controllo di ammissibilità della richiesta avanzata dal ricorrente vittorioso a Strasburgo che invoca l'ottemperanza al giudicato sovranazionale, ma che ne condiziona l'accoglimento, potendo eventualmente precludere un seguito a livello interno alla condanna intervenuta in sede europea. In tal modo, dunque, si va ben al di là della tradizionale configurazione del c.d. “margine di apprezzamento nazionale”, che riconosce allo Stato parte un “ambito di manovra” limitato al solo bilanciamento delle «istanze di tutela di ciascun diritto fondamentale con i legittimi controinteressi previsti da ciascuna disposizione convenzionale», o al più, relativo alla determinazione delle concrete modalità attraverso cui l'ordinamento interno è tenuto ad adeguarsi ai *dicta* definitivi di Strasburgo<sup>50</sup>, ma che certo non può estendersi fino al punto di consentire di sottrarsi all'esecuzione degli stessi<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Analogamente, G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, cit.: «sussistendo il presupposto dell'effettiva incidenza sul provvedimento adottato nei confronti dell'istante, la Corte di cassazione accoglie la richiesta, altrimenti la rigetta». Solo «se accoglie la richiesta, si apre la fase rescissoria» (su cui, si v. *infra*, § 5).

<sup>49</sup> M. Gialuz, *Per un processo penale più efficiente e giusto*, cit., p. 121.

<sup>50</sup> F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”*, in *Dir. pen. cont.*, 14 luglio 2014, pp. 19 e 20.

<sup>51</sup> Come è noto, il c.d. *marge de appréciation* – criterio invero non privo di ambiguità, tanto da essere paragonato in dottrina a una “anguilla sfuggente” (A. Lester, *Universality vs. Subsidiarity: A reply*, in *Europ. Hum. Rights Law Rev.*, 1998, p. 73 ss.) – è stato espressamente codificato nel Protocollo n. 15, che ne ha ratificato la sua originaria genesi giurisprudenziale. Alla luce di tale canone, «spetta in primo luogo alle Alte Parti contraenti, conformemente al principio di sussidiarietà, garantire il rispetto dei diritti e delle libertà definiti nella [...] Convenzione e nei Protocolli e [...], nel fare ciò, esse godono di un margine di apprezzamento, sotto il controllo della Corte europea dei diritti dell'uomo». Quando, però, tale organo accerta una violazione convenzionale, «lo Stato soccombente non ha più alcun margine di apprezzamento da far valere agli occhi della Corte, se non forse sulle concrete modalità con le quali eseguire la sentenza medesima, ed in particolare le misure individuali e/o generali che la Corte abbia espressamente imposto allo Stato, o che si debbano implicitamente dedurre dalle sentenze di accertamento della violazione secondo l'apprezzamento del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa competente alla supervisione delle sentenze della Corte in forza dell'art. 46 Cedu» (F. Viganò,

Non poche, dunque, all'evidenza le criticità che dal delineato assetto paiono scaturire<sup>52</sup>.

A parte la palese esistenza di ipotesi in cui non sembrano esservi margini per un'autonoma valutazione da parte della Cassazione (si pensi al caso in cui la Corte di Strasburgo abbia disposto la rinnovazione del processo per l'accertata violazione del diritto dell'imputato a partecipare personalmente al procedimento), la soluzione adottata pare poco consona pure ai limiti connotanti la cognizione della Corte di legittimità, cui sono precluse indagini sul fatto<sup>53</sup>. La vaghezza, poi, dei parametri individuati per il sindacato *de quo* suscita il timore di un'eccessiva discrezionalità del giudicante, idonea a compromettere l'auspicata uniformità valutativa, con conseguenti disparità di trattamento da caso a caso<sup>54</sup>.

L'impostazione fatta propria dalla Riforma Cartabia comporta, inoltre, a ben vedere un duplice rischio: da un lato, quello di un possibile "conflitto tra Corti" – interna e sovranazionale –<sup>55</sup> dovuto anche all'eterogeneità di valutazioni del Giudice europeo e dell'organo di legittimità, essendo quella del primo imperniata su una considerazione complessiva dell'equità processuale che tiene conto delle ripercussioni della lesione convenzionale sul processo nel suo insieme e sul suo esito; dall'altro, in caso di difformità di giudizi, il pericolo di una possibile "sterilizzazione" del sindacato

*Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., pp. 19-20). Se ne ricava l'impossibilità di invocare la dottrina del margine di apprezzamento per rifiutare di conformarsi a una sentenza definitiva della Corte Edu (F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., p. 20; P. Pinto de Albuquerque, *Opinione separata*, cit., Parte I, C, i, § 42). La Corte di Strasburgo è «il giudice ultimo dei diritti fondamentali» nello spazio giuridico europeo e il sistema convenzionale le attribuisce «il potere di dire l'ultima parola in materia di diritti umani» «e di farlo *con effetto vincolante* per gli Stati parte» (F. Viganò, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e resistenze nazionalistiche*, cit., pp. 21 e 7).

<sup>52</sup> Non è un caso, infatti, che in molte legislazioni straniere il descritto vaglio autonomo del giudice nazionale non sia previsto, affidandosi la valutazione *de qua* alla sola Corte europea (sul punto, v. S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, cit., p. 319).

<sup>53</sup> L'organo di legittimità infatti «sarà costretto a calarsi nel caso concreto per verificare prima le possibili interferenze fra la censura intervenuta a livello europeo e la "qualità" dell'accertamento penale; poi, per accertare in che misura la violazione delle garanzie fondamentali abbia inquinato il giudizio interno» (S. Lonati, *Processo penale e rimedi alle violazioni delle garanzie europee*, cit., p. 323).

<sup>54</sup> Come nota efficacemente P. Maggio, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, Giappichelli, Torino, 2023, pp. 523-524, «preoccupa l'attribuzione di una delega interpretativa esclusiva (in chiave nomofilattica) per evidenti esigenze di uniformità di lettura sul vaglio preventivo della sentenza europea. Essa, attraverso la formula vaga dell'"incidenza effettiva", potrebbe tradursi in un filtro esegetico, funzionale a sminuire in "salsa nazionalistica" il *dictum* CEDU».

<sup>55</sup> La descritta "doppia valutazione" implica, invero, il pericolo di una sovrapposizione della decisione della Cassazione a quella della Corte Edu da eseguire nel nostro Paese (analogamente, G. De Amicis, *Giudicato interno e sentenze definitive della Corte europea dei diritti dell'uomo: un nuovo strumento di governo della cedevolezza del giudicato nazionale*, in *Sist. pen.*, 3 maggio 2023, p. 17). Di qui, la conclusione secondo cui il quinto comma dell'art. 628-bis c.p.p. vada letto «nel senso che la Corte di cassazione debba soltanto effettuare una "ricognizione" della portata della decisione europea», senza che ad essa spetti invece «una valutazione che la Raccomandazione affida "a monte" alla sentenza da eseguire» (E. Calvanese, *I rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 329).

di Strasburgo, le cui pronunce possono essere di fatto “eluse”<sup>56</sup>, in palese violazione dell’art. 46 Cedu che, come è noto, vincola gli Stati membri a conformarsi alle decisioni definitive dell’organo sovranazionale, oltre che degli artt. 1 e 13 Cedu, postulanti rispettivamente l’obbligo generale gravante sui Paesi parte del Consiglio d’Europa di rispettare i diritti convenzionalmente garantiti e di predisporre nei rispettivi ordinamenti *ricorsi effettivi* in caso di loro violazione<sup>57</sup>.

Ne potrebbe risultare, insomma, il “cortocircuito” dello stesso sistema europeo di protezione dei diritti umani, la cui credibilità ed effettività esige la sua “cogenza”, e dunque, il pieno rispetto da parte degli Stati membri delle sentenze definitive emesse dalla Corte europea nelle controversie che li riguardano<sup>58</sup>. Nessun dubbio circa l’ampia libertà a questi concessa in ordine alla scelta dei mezzi per farlo<sup>59</sup> – concreta manifestazione del principio di sussidiarietà nella fase esecutiva<sup>60</sup> – ma, come ribadito dalla Dichiarazione di Copenaghen del 2018, tale principio non è volto a limitare o indebolire la protezione dei diritti umani, bensì a sottolineare, in un’ottica di *shared responsibility*, l’impegno delle autorità nazionali di garantire i diritti e le libertà sanciti nella Cedu<sup>61</sup>.

<sup>56</sup> Come afferma P. Pinto de Albuquerque, *Opinione separata*, cit., Parte II, B, ii, § 86, «le corti supreme e costituzionali non dovrebbero fungere da organo di appello per il governo convenuto contro le sentenze emesse a Strasburgo a favore del ricorrente. Le corti supreme e costituzionali non dovrebbero dare al governo una seconda o addirittura una terza possibilità di ridiscutere una causa dopo aver perso a Strasburgo. Si tratterebbe di una distorsione astrusa del sistema della Convenzione. Come Lord Rodger ha così brillantemente affermato, *Argentoratum locutum, iudicium finitum*: “Strasburgo ha parlato, la causa è chiusa”».

<sup>57</sup> Analogamente, in senso critico v. pure G. Esposito, *Verso un celere riconoscimento del dictum della Corte EDU*, in *Arch. pen.*, 3, 2022, p. 27, secondo cui «il vaglio di valutazione lasciato alla Corte conferma una silente resistenza a riconoscere vincolatività ed effettività alle pronunce di Corti internazionali ed europee, ovvero a sacrificare la sovranità nazionale che si esplica nel potere giudiziario. Invero, valutare nuovamente l’incidenza effettiva della violazione sulla condanna vuol dire mettere in discussione quanto constatato dalla Corte Edu, la cui sentenza ha carattere di definitività. [...] Laddove la Suprema Corte ritenga che non vi sia un’effettiva incidenza e non accolga la richiesta, la sentenza della Corte Edu non produrrà alcun effetto ed il diritto del ricorrente non sarà né riconosciuto né tutelato».

<sup>58</sup> Come ricorda P. Maggio, *Giudicato penale e diritti fondamentali*, cit., p. 523, «quel che si chiede al giudice interno è l’ottemperanza agli impulsi provenienti dalla Corte europea dei diritti umani in un quadro di “massima affermazione” delle garanzie, ovvero sia di riequilibrio della situazione processuale seguita alla censura europea, guardando alla esaltazione del *favor rei* nel contesto di garanzia penalistico».

<sup>59</sup> Cfr. F. Callari, *La firmitas del giudicato penale: essenza e limiti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 334.

<sup>60</sup> Peraltro, tale discrezionalità non è assoluta, dovendo le misure scelte dimostrarsi efficaci e conformi alle conclusioni della pronuncia del Giudice europeo ed alla sua giurisprudenza in materia. Profili su cui vigila il Comitato dei ministri del Consiglio d’Europa.

<sup>61</sup> La Dichiarazione di Copenaghen del 2018 (reperibile in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it)) definisce l’esecuzione degli arresti del giudice europeo «a key obligation» gravante sugli Stati parte, il cui impegno in tal senso deve essere «full, effective and prompt», pena le gravi ripercussioni negative sul sistema convenzionale nel suo complesso [«The failure to execute judgments in a timely manner can negatively affect the applicant(s), create additional workload for the Court and the Committee of Ministers, and undermine the authority and credibility of the Convention system»] (§§ 20 e 21).



E vale la pena ricordare come l'ottemperanza al giudicato europeo sia un "obbligo internazionale specifico" che si aggiunge a quello "generico", scaturito dal principio *pacta sunt servanda*, di assicurare, con opportune misure legislative e con precisi comportamenti, i diritti e le libertà consacrati nel testo convenzionale<sup>62</sup>. Diversamente, se l'ordinamento di uno Stato contraente potesse permettersi che «una decisione giudiziaria definitiva e obbligatoria restasse inefficace a detrimento di una parte», ne risulterebbe minata la configurazione stessa della Convenzione europea quale «meccanismo unico di protezione» dei diritti dell'uomo, che contribuisce in «maniera determinante» al mantenimento della «sicurezza democratica» e al rispetto del diritto nell'insieme dell'Europa. Peraltro, lo stesso concetto di *fair trial* assumerebbe una consistenza evanescente, riducendosi a un qualcosa di meramente «illusorio»<sup>63</sup>.

Di qui, l'esigenza di considerare l'esecuzione stessa di una decisione del Giudice di Strasburgo come «parte integrante del processo ai sensi dell'art. 6 Conv. eur.»<sup>64</sup>, senza, tuttavia, che naturalmente ciò implichi uno sfioramento da parte di detto Giudice dei limiti invalicabili spettanti alla giurisdizione nazionale, con cui anzi deve "virtuosamente" coordinarsi. Coerentemente, del resto, con un contesto di tutela giurisdizionale ormai divenuto multilivello, che ha reso il processo penale permeabile agli apporti di fonti e Corti sovranazionali, facendogli dismettere il suo tradizionale connotato di "autarchia normativa ed interpretativa"<sup>65</sup>.

5. Le forme attraverso cui l'ottemperanza al giudicato europeo può essere realizzata sono poliedriche e corrispondono a distinte alternative decisorie successive al preventivo vaglio effettuato dalla Corte di legittimità.

Nell'eventualità in cui non siano necessari ulteriori accertamenti di fatto, o comunque, risulti superfluo un annullamento con rinvio, la Corte può assumere direttamente i provvedimenti necessari idonei a rimuovere gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, disponendo eventualmente la revoca del provvedimento impugnato. È quanto può accadere nei casi di violazioni convenzionali sostanziali determinanti solo un "effetto cassatorio negativo", comportando l'adeguamento ai principi Cedu unicamente una modifica del trattamento sanzionatorio ovvero l'assoluzione totale o parziale del ricorrente vittorioso a Strasburgo. Si pensi all'ipotesi in cui sia stata riscontrata l'illegittimità convenzionale della pena per violazione dell'art. 7 Cedu e la Cassazione provveda a rideterminarla *ex art. 620*, comma 1, lett. *l*), c.p.p.

<sup>62</sup> M. De Salvia, M. Remus, *Ricorrere a Strasburgo. Presupposti e procedura*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 76.

<sup>63</sup> S. Lonati, *Il diritto dell'accusato a «interrogare o fare interrogare» le fonti di prova a carico*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 80.

<sup>64</sup> Corte eur. dir. uomo, 19 febbraio 1997, *Hornsby c. Regno Unito*, § 40.

<sup>65</sup> R.E. Kostoris, *Verso un processo penale non più statocentrico*, in A. Balsamo, R.E. Kostoris, *Giurisprudenza europea e processo penale italiano*, cit., p. 7.

sulla base delle statuizioni del giudice di merito<sup>66</sup>, ovvero ancora, al caso di accertata lesione del canone *ex art. 10 Cedu* a fronte di una condanna nell'ordinamento interno per diffamazione.

Diversamente, ove non possa provvedere essa stessa – stando al dato normativo dell'art. 628-*bis* c.p.p. – la Cassazione può, a seconda delle circostanze, trasmettere gli atti al giudice dell'esecuzione o disporre la riapertura del processo innanzi all'organo della cognizione<sup>67</sup>.

Quest'ultima eventualità, per lo più connessa a lesioni di carattere procedurale, comporterà la regressione al grado e alla fase in cui il procedimento si trovava nel momento in cui si è verificata la violazione, risolvendosi così una delle problematiche più rilevanti poste dalla revisione europea: l'attribuzione del riaperto giudizio di merito sempre e comunque alla Corte di appello, laddove invece una piena ed effettiva *restitutio in integrum* del soggetto leso postula una regressione del procedimento al momento in cui la lesione è stata perpetrata, ossia, all'occorrenza anche al giudizio di primo grado.

La riapertura, inoltre, non necessariamente implicherà una rinnovazione automatica di tutto il processo (come accade nel caso della revisione ordinaria) o di suoi interi segmenti, potendosi anche, a seconda dei casi, procedere alla rinnovazione dei soli atti cui si riferiscono le violazioni accertate, alla riassunzione delle sole prove inficiate o alla loro mera rivalutazione.

L'orizzonte cognitivo del nuovo giudizio di merito resterà in ogni caso segnato dal contenuto e dalla portata del giudizio rescindente della Cassazione, che stabilirà altresì se e in quale parte gli atti compiuti nel processo svoltosi in precedenza conservano efficacia.

Si tratta dunque – come messo in rilievo – di «una sorta di annullamento con rinvio, o meglio di un rinvio “atipico”, poiché non viene richiamato il giudizio previsto dall'art. 627 cod. proc. pen. e la sequenza procedimentale, depurata degli atti nulli o inutilizzabili, e dunque “ricfigurata” dalla Corte, viene riaperta, per dare luogo ad una nuova progressione orientata alla rimozione della lesione convenzionale secondo le indicazioni, vincolanti, di volta in volta dettate dal giudice di legittimità»<sup>68</sup>.

Conseguenza della riapertura del processo è la “riassunzione” della qualità di

<sup>66</sup> G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, cit.

<sup>67</sup> Nonostante il dato testuale del comma 5 dell'art. 628-*bis* c.p.p. riconnetta l'eventuale revoca del provvedimento iniquo alla sola ipotesi in cui sia il Giudice di legittimità ad assumere direttamente i provvedimenti necessari a garantire l'obbligo di conformazione al giudicato Cedu, in dottrina si è messo in evidenza come la revoca – se del caso anche parziale – vada sempre disposta, perché si impugna una pronuncia definitiva per la cui modifica occorre una fase rescindente (A. Nappi, *Guida on line al codice di procedura penale*, cit., § 77.3.2; P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea*, cit., p. 225).

<sup>68</sup> G. De Amicis, *Gli approfondimenti della riforma Cartabia – 8. Prime riflessioni sulla nuova “revisione europea”*, cit.

imputato, che viene disciplinata dalla modifica all'uopo apportata all'art. 60, comma 3 c.p.p. dall'art. 5, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 150/2022<sup>69</sup>.

Ulteriori conseguenze riguardano le possibili interazioni con gli istituti della prescrizione e dell'improcedibilità dell'azione penale. Se, infatti, la Cassazione dispone il rinvio al giudice di primo grado, i termini di prescrizione ricominciano a decorrere dal momento della pronuncia della Corte (art. 628-*bis*, comma 6, c.p.p.); se, invece, è disposto il rinvio al giudice di *seconde cure*, si rende operativo l'istituto dell'improcedibilità: «fermo restando quanto previsto dall'art. 624» (ossia, l'eventuale formazione del giudicato parziale), «si osservano le disposizioni di cui ai commi 1, 4, 5, 6 e 7 dell'art. 344-*bis* e il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'art. 128», ovverosia dello *spatium temporis* di cinque giorni previsto per il deposito del provvedimento (art. 628-*bis*, comma 7, c.p.p.)<sup>70</sup>.

Infine, non è da escludere un ulteriore epilogo decisorio, oltre a quelli fin qui descritti: come ipotizzato dalla Commissione Lattanzi, la Corte di legittimità potrebbe infatti orientarsi nel senso di investire direttamente la Consulta, formulando una questione di legittimità costituzionale della norma interna interessata dalla pronuncia di Strasburgo, come potrebbe accadere, ad esempio, quando la Corte Edu abbia riscontrato un problema di portata generale dell'ordinamento nazionale. L'eventuale declaratoria di incostituzionalità presenterebbe, peraltro, il pregio di risolvere “a monte” l'annosa questione dei c.d. “fratelli minori”<sup>71</sup>, come detto, non legittimati alla proposizione del nuovo ricorso: essi, infatti, potrebbero successivamente rivolgersi *ex art. 673 c.p.p.* al giudice dell'esecuzione per ottenere la revoca della pronuncia di condanna che li riguarda. Soluzione, questa, che – per quanto limitata alle sole ipotesi in cui la declaratoria di incostituzionalità concerna una norma incriminatrice –<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Analogamente a quanto accade nei casi di revoca della sentenza di non luogo a procedere, di revisione del processo o di riapertura dello stesso per rescissione del giudicato.

<sup>70</sup> Quanto alla prescrizione, la pronuncia di riapertura del processo viene, quindi, assimilata sostanzialmente all'annullamento rilevante agli effetti di cui all'art. 161-*bis* c.p.p.; quanto all'improcedibilità, per l'ipotesi di riapertura del processo innanzi alla corte di appello, si detta una disposizione perfettamente corrispondente a quella prevista dall'art. 344-*bis*, comma 8, c.p.p., con la sola differenza che il termine di durata massima del processo decorre dal novantesimo giorno successivo alla scadenza del termine di cui all'art. 128 c.p.p. [*Relazione dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*, n. 68/22 del 7 novembre 2022, “*Disciplina transitoria e prime questioni di diritto intertemporale del decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150 (Attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l'efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari – c.d. Riforma Cartabia)*, come modificato dall'art. 6 del decreto-legge 31 ottobre 2022, n. 162”, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it)].

<sup>71</sup> Per un quadro delle soluzioni affermatesi a livello pretorio per tutelare, in presenza di determinate condizioni, la posizione di tali soggetti, v. P. Maggio, *La saga irrisolta dei fratelli minori di Contrada*, in G. De Marzo (a cura di), *Questioni attuali di diritto e procedura penale*, La Tribuna, Piacenza, 2022, p. 131 ss.

<sup>72</sup> Ovvero anche una disposizione penale diversa, ma tuttavia incidente sulla commisurazione del trattamento sanzionatorio, potendosi addivenire in tal caso a una rimodulazione dello stesso in sede

presenta il pregio di una maggiore economicità rispetto agli assetti finora vigenti: di regola, infatti, prima della riforma, la decisione del giudice dell'esecuzione cui si erano rivolti i "fratelli minori" veniva impugnata innanzi alla Corte di cassazione, la quale, quindi, spesso era chiamata a definire la portata della sentenza di Strasburgo<sup>73</sup>, riconoscendole per lo più una valenza "estensiva" nei soli casi di c.d. "sentenza pilota", come tipizzata nel contenuto e nella procedura dall'art. 61 del Regolamento della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>74</sup>. Con la soluzione delineata dalla riforma si eviterebbe tale doppio ipotetico passaggio, potendo l'organo di legittimità, riscontrato un problema strutturale dell'ordinamento nazionale, investire direttamente il Giudice delle leggi, fornendo così, in caso di esito positivo dello scrutinio di costituzionalità, uno strumento immediatamente utilizzabile dai c.d. "fratelli minori"<sup>75</sup>.

6. La parte finale della delega di cui all'art. 1, comma 13, lett. o), l. n. 134/2021 gravava il Governo del non agevole compito di districare i nodi dei rapporti tra rimedi straordinari, "coordinando" l'impugnazione di nuovo conio con la rescissione del giudicato di cui all'art. 629-bis c.p.p. (istituto per cui si invocava pure l'individuazione di una «coerente collocazione sistematica») e con l'incidente di esecuzione ex art. 670 c.p.p.

La direttiva – invero alquanto generica e "aperta", addossante *in toto* ai decreti di attuazione la definizione dei rapporti e l'individuazione dei confini tra gli istituti in questione – non ha avuto un'attuazione soddisfacente<sup>76</sup>.

Coerentemente con l'*intentio* legislativa di introdurre un rimedio "unitario" specificamente deputato all'esecuzione del giudicato Cedu, superando la pregressa praticabilità dei diversi percorsi di ottemperanza individuati dal diritto vivente, l'art. 628-bis, comma 8 c.p.p. prevede che il nuovo ricorso straordinario possa essere attivato «anche quando la violazione accertata dalla Corte europea riguarda il diritto dell'imputato di partecipare al processo»; e, di rimando, l'*incipit* del riformato art. 629-bis

esecutiva, ove non ancora interamente eseguito (Cass. pen., Sez. Un., 29 maggio 2014, n. 42858, in *Guida dir.*, 45, 2014, p. 58). Come osserva A. Mangiaracina, *La portata della sentenza Maestri v. Italia: la parola passa (per ora) alle Sezioni Unite*, in *Pen. dir. e proc.*, 7 febbraio 2022, «rimangono nell'ombra le questioni relative alla posizione dei non ricorrenti a Strasburgo che siano vittime di violazioni procedurali analoghe a quelle già riscontrate dalla Corte europea, i quali sembrano lasciati sprovvisti di tutela».

<sup>73</sup> *Relazione finale*, cit., p. 41.

<sup>74</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. Un., 24 ottobre 2019, n. 8544, in *CED Cass.*, n. 278054, nonché, di recente, Cass. pen., Sez. I, ord. 21 settembre 2021, n. 45179, in [www.giurisprudenzapenale.it](http://www.giurisprudenzapenale.it).

<sup>75</sup> Secondo la *Relazione finale*, cit., p. 41, tale soluzione non dovrebbe far «temere un aggravio eccessivo della Suprema Corte, dato il numero decisamente limitato di casi rilevanti».

<sup>76</sup> Per talune considerazioni critiche, v. il *Parere del C.S.M. n. 47/22*, p. 34, in cui si afferma che «sarebbe auspicabile un intervento normativo chiarificatore, soprattutto per ciò che concerne una più precisa delimitazione dei confini tra i numerosi e diversificati rimedi successivi, *ante e post iudicatum*. La molteplicità dei relativi presupposti applicativi e il diverso onere probatorio che grava sull'imputato ai fini della loro concreta applicazione possono infatti condurre, nella pratica, a soluzioni interpretative difformi quanto all'esatta qualificazione del rimedio e alla sua operatività, con la conseguenza di produrre l'effetto paradossale di allungare i tempi di definizione del processo e non di ridurli».

c.p.p., con espressa clausola di salvezza, limita la praticabilità della rescissione del giudicato alla circostanza che ci si trovi «fuori dei casi disciplinati dall'art. 628 bis».

Se ne ricava che questo secondo strumento, coerentemente con la sua natura di rimedio restitutorio finale interno, si vede attribuito un margine applicativo circoscritto alle sole lesioni partecipative accertate nel corso dell'*iter* procedurale nazionale, mentre il primo troverà applicazione allorché, esauriti gli strumenti di controllo interni e adita la Corte Edu, questa accerti la lesione delle garanzie partecipative *ex art. 6 Cedu*, potendo quindi il ricorrente vittorioso a Strasburgo rivolgersi alla Corte di legittimità per ottenere la conformazione al giudicato europeo.

Per altro verso, inevasa è invece rimasta la delega legislativa nella parte in cui sollecitava una più coerente collocazione sistematica per l'istituto della rescissione del giudicato: lungi dall'inserirne la disciplina in un autonomo Titolo IV-*bis* del Libro IX del codice, come auspicato dalla Commissione Lattanzi, l'istituto è rimasto regolato all'art. 629-*bis* c.p.p., che continua ad interrompere «in modo bizzarro la sequenza degli artt. 629 e 630 c.p.p.», pur avendo lo strumento in questione in comune con la revisione solo l'organo funzionalmente competente (la Corte d'appello) ed un paio di previsioni (gli artt. 635 e 640 c.p.p.)<sup>77</sup>.

Quanto, infine, all'incidente di esecuzione *ex art. 670 c.p.p.*, la Riforma Cartabia sembra invero eroderne i margini di applicabilità ai fini dell'esecuzione delle pronunce del Giudice di Strasburgo. Superato, ormai, l'orientamento pretorio postulante l'ineseguibilità del giudicato *unfair*<sup>78</sup>, in caso di lesione convenzionale sostanziale avente ripercussioni sull'*an* della condanna o sul trattamento sanzionatorio, la Corte di legittimità potrà infatti annullare senza rinvio la decisione inficiata, emettendo una nuova pronuncia; ove si ponga, invece, un problema di possibile estensione del giudicato CEDU anche ai c.d. «fratelli minori», costoro – come detto – in caso di esperimento positivo dell'incidente di costituzionalità della norma interna causa di un problema strutturale dell'ordinamento nazionale, potrebbero rivolgersi al giudice dell'esecuzione ai sensi dell'art. 673 c.p.p.

7. L'introduzione del rimedio in esame va indubbiamente salutata con favore, riaffermando con forza il principio di legalità processuale e ponendo un argine a quell'opera di «interpretazione creatrice» del diritto vivente dagli sbocchi futuri quanto mai incerti e rischiosi<sup>79</sup>.

Al contempo, si confermano quelle prospettive evolutive del sindacato di legittimità già prefigurate sulla base del tenore della delega legislativa<sup>80</sup> e di cui, a ben vedere, il *nomen* dell'istituto di nuovo conio – «*richiesta*», e non «*ricorso*» – pare

<sup>77</sup> M. Bargis, *Nuovi orizzonti per le impugnazioni penali nello schema di legge delega proposto dalla commissione ministeriale*, in *Legisl. pen.*, 2021, p. 20.

<sup>78</sup> P. Spagnolo, *Rimedi per l'esecuzione delle decisioni della Corte europea*, cit., p. 235.

<sup>79</sup> Su tali profili, volendo, v. R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni*, cit., p. 197.

<sup>80</sup> Cfr. ancora R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni*, cit., pp. 197 ss.

essere una significativa spia semantica.

È prevedibile, infatti, un progressivo mutamento sostanziale del ruolo dell'organo di vertice della giurisdizione nazionale, con tutta probabilità sempre più incline in avvenire a sforamenti nel merito, a giudizi casistici attenti alle istanze equitativo-riparatorie della fattispecie concreta. Uno smottamento sul terreno del fatto che verosimilmente ageverà una tendenza ad attingere direttamente alla sostanza dei diritti fondamentali in gioco nel processo, avvalendosi di tecniche di ragionamento e argomentazione giuridica che si avvicineranno a quelle tipiche della Corte Edu, promuovendo la formulazione di principi validi per il caso singolo, e non – come proprio dell'organo di nomofilachia – dotati di valenza generale, risultato dell'astrazione rispetto alle varie questioni giuridiche affrontate. Con l'evidente rischio di non agevolare l'uniformità interpretativa, ma al contrario alimentare l'incertezza e il disorientamento.

Considerazioni, queste, che evocano gli interrogativi a suo tempo autorevolmente formulati circa il persistente senso, in un sistema giuridico ormai multilivello, di un giudizio di cassazione strutturato in termini di controllo di mera legittimità, e che sottolineano l'esigenza di ripensare la tradizionale "dicotomia legittimità-merito", già da tempo usurata, essendo la Corte europea un giudice ferocemente attaccato al merito<sup>81</sup>.

E ciò tanto più che in avvenire plausibilmente, in virtù della futura ratifica del Protocollo n. 16 alla Cedu, le competenze dell'organo di legittimità in "materia europea" potrebbero accrescersi<sup>82</sup>, non limitandosi alla sola fase di esecuzione dei *dicta* di Strasburgo, ma estendendosi anche, in via preventiva e in chiave di sfoltimento del contenzioso pendente a Strasburgo, alla determinazione della "portata" degli stessi, attraverso la formulazione di richieste di "pareri consultivi" che, in un'ottica ispirata al principio di sussidiarietà, intensificheranno e sposteranno *ex ante* le interazioni tra autorità nazionale e Giudice europeo, contribuendo significativamente al consolidamento di un sistema di tutela dei diritti fondamentali autenticamente "integrato"<sup>83</sup>.

Sistema la cui credibilità, dunque, sempre più si baserà su una *shared responsibility* tra Corte Edu e Stati parte nella *mise en place* della Convenzione e che, in caso di violazione dei principi in tale testo consacrati, sempre più postulerà un processo esecutivo che dia un seguito *effettivo* alle criticità rilevate dal giudice europeo, attraverso sviluppi tangibili.

Obiettivo, questo, invero allo stato non ancora pienamente raggiunto e in ordine al

<sup>81</sup> F.M. Iacoviello, *Il quarto grado di giurisdizione: la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 809, il quale (p. 795) si chiede «come potrebbe prevenire le difformità a Strasburgo una Cassazione che non considera il fatto?».

<sup>82</sup> Sul punto, sia consentito rinviare a R.M. Geraci, *Un'attesa lunga vent'anni*, cit., pp. 198-199.

<sup>83</sup> In argomento, v. L. Parlato, *Verso la revisione europea 2.0*, cit., p. 267 ss.; P. Maggio, *Giudicato penale e diritti fondamentali in area Cedu*, cit., p. 68 ss.

quale l'istituto italiano di recente conio suscita le riserve di cui si è detto. Significativo, da tale punto di vista, il 16<sup>th</sup> *Annual Report* del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa (*Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights 2022*), in cui si evidenzia il «*persistent problem in a number of States of insufficient capacity to take measures to ensure the prompt, full and effective executions of the European Court's judgments*»<sup>84</sup>, sollecitando i Paesi membri ad un approccio maggiormente “proattivo” nell'adeguamento agli arresti della Corte europea, onde garantire la corretta applicazione delle garanzie convenzionali e tramite essa, in definitiva, lo Stato di diritto<sup>85</sup>.

Monito, questo, particolarmente significativo anche per il nostro Paese.

<sup>84</sup> Il Rapporto è pubblicato sul sito [www.unionedirittiumani.it](http://www.unionedirittiumani.it). I dati in esso forniti evidenziano come alla fine del 2022, ci sia stato un nuovo record di 2.257 casi (il numero più alto dal 2011) per i quali le informazioni sul pagamento della *just satisfaction* non sono state presentate dagli Stati convenuti al Comitato dei Ministri. Inoltre, sempre nel 2022 si è assistito a un aumento del ritardo nella presentazione da parte dei Paesi membri dei c.d. “piani d'azione” e delle informazioni entro le scadenze richieste. Il Dipartimento per l'esecuzione delle sentenze della Corte Edu (*DEJ*) ha inviato 92 “lettere di sollecito” a 17 Stati (nel 2021 invece erano state inviate 84 “lettere di sollecito” a 16 Stati). Inoltre, il Comitato dei Ministri ha deciso di trasferire 11 casi relativi a 7 Paesi dalla supervisione *standard* a quella c.d. “rafforzata” (nel 2021 i “*trigger up*” avevano invece riguardato solo due casi relativi a due Stati). Sulle problematiche relative ai tempi lunghi del processo esecutivo, si v. il *Report of the High-Level Reflection Group of the Council of Europe*, dell'ottobre 2022 (in [www.coe.int](http://www.coe.int)), in cui si sottolinea che «the length of the execution process, often taking more than five years (and sometimes more than 10 years), reveals the existence of obstacles to the speedy and full execution of some judgements and that the mandatory nature of the obligation for states parties to abide by the judgment, as set out in the Convention, albeit fundamental, is not per se sufficient to speedily trigger the adoption of the measures required» (§ 19).

<sup>85</sup> Nella recente Dichiarazione di Reykjavik “*Uniti attorno ai nostri valori*”, adottata all'esito del vertice del Consiglio d'Europa tenutosi il 16 e 17 maggio 2023 nella capitale islandese (pubblicata in [www.coe.int](http://www.coe.int)), i capi di Stato e di Governo dei 46 Stati membri (ricordiamo che dal 16 marzo 2022 la Federazione Russa non è più membro del Consiglio d'Europa e non è più Stato parte alla Cedu) hanno ribadito l'impegno a favore della Cedu e dell'obbligo incondizionato di adeguamento alle pronunce della Corte di Strasburgo: «We will continue supporting the Court's efficient and timely response to pending applications and redouble our efforts for the full, effective and rapid execution of judgments, including through developing a more co-operative, inclusive and political approach based on dialogue» (§ 22); «also recalling that executive, national and local authorities, national courts and national parliaments bear responsibility for implementing the Convention and complying with the judgments of the Court; Underlining the fundamental importance of the execution of the Court's judgments and the effective supervision of that process to ensure the long-term sustainability, integrity and credibility of the Convention system» (§§ 7 e 8, Appendice IV, “*Recommitting to the Convention System as the cornerstone of the Council of Europe's protection of human rights*”).

Maria Luisa Lo Giacco

LIBERTÀ RELIGIOSA, MATRIMONIO OMOSESSUALE  
E AFFIDO DI MINORI.  
LA DECISIONE DELLA CORTE SUPREMA U.S.A.  
*FULTON V. CITY OF PHILADELPHIA* \*

ABSTRACT

Negli ultimi anni la giurisprudenza degli Stati Uniti si è più volte trovata a valutare richieste di esenzione per motivi religiosi provenienti da chi, condividendo la visione religiosa del matrimonio come unione tra un uomo e una donna, non intende prestare la propria opera professionale a favore di coppie unite da un matrimonio omosessuale. In *Fulton* la Corte Suprema si è pronunciata sul caso di un ente cattolico che gestiva per conto della città di Philadelphia le procedure di affido familiare, e aveva chiesto di essere autorizzato a rifiutare gli incarichi da parte di coppie omosessuali. L'amministrazione pubblica aveva revocato all'ente l'autorizzazione all'ente, sostenendo che la richiesta violasse il principio di non discriminazione.

In recent years, United States jurisprudence has repeatedly had to evaluate requests for religious exemptions from those who, sharing the religious idea of the marriage as a union between a man and a woman, do not intend to work in favor of couples united in a same-sex marriage. In *Fulton* the Supreme Court ruled on the case of a Catholic organization that managed family foster care procedures on behalf of the city of Philadelphia. The organization had asked to be authorized to refuse assignments from homosexual couples. The public administration had revoked the organisation's authorization, claiming that the request violated the principle of non-discrimination.

PAROLE CHIAVE

Libertà religiosa – matrimonio omosessuale – affido familiare

Religious Freedom – Same-sex marriage – Foster care

SOMMARIO: 1. La sentenza *Fulton*. – 2. Libertà religiosa e *religious exemptions*: superare *Smith*? – 3. I *best interests* dei bambini.

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



1. Con la sentenza *Fulton v. City of Philadelphia* del 17 giugno 2021<sup>1</sup> la Corte Suprema degli Stati Uniti si è pronunciata su un caso che tocca un nervo scoperto del rapporto fra diritto e religione, ovvero sul conflitto che può determinarsi fra la necessaria affermazione del principio di non discriminazione e le pretese di tutela dell'identità religiosa, attraverso la richiesta di una *religious exemption*, o di una *religious exception*, qualora una legge possa essere considerata contrastante con valori e obblighi religiosi, e dunque avvertita come lesiva del diritto individuale di libertà religiosa. Si tratta di un episodio che si colloca in un più ampio contesto, definito nei termini di una vera e propria guerra fra culture (*the culture wars*)<sup>2</sup> o fra coscienze<sup>3</sup> (*the conscience wars*), che vede impegnati come arbitri la Corte Suprema U.S.A. e, di qua dall'oceano, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo<sup>4</sup>.

La tensione si manifesta in particolare nei casi che coinvolgono la concezione del matrimonio e delle relazioni interpersonali, le dinamiche familiari, il rapporto genitori-figli, la tutela della salute e le questioni bioetiche. Si tratta degli ambiti che negli ultimi anni hanno registrato, anche in Italia, un aumento delle richieste di riconoscimento delle opzioni di coscienza, a fronte di un ampliamento dei diritti, determinato dall'applicazione del principio di non discriminazione.

È questo il quadro in cui si colloca la sentenza *Fulton*. La vicenda ha tratto origine dalla decisione della città di Philadelphia di non rinnovare il contratto a un'agenzia cattolica, denominata *Catholic Social Service* (C.S.S.), che fino ad allora si era occupata di reperire e certificare, per conto dell'amministrazione pubblica, famiglie affidatarie presso cui collocare i bambini in difficoltà. Nel 2018 la stampa locale aveva pubblicato un'intervista al portavoce dell'arcidiocesi di Philadelphia, che aveva dichiarato che il C.S.S. non intendeva accettare incarichi da parte di famiglie composte da *partners* dello stesso sesso. Ne era nata un'indagine da parte dell'amministrazione cittadina, in seguito alla quale il dipartimento dei servizi sociali aveva convocato i responsabili dell'ente cattolico e aveva comunicato loro la decisione di interrompere la collaborazione. Secondo l'amministrazione pubblica, il contratto sottoscritto dal C.S.S. con la città lo impegnava al rispetto del principio di non discriminazione nello svolgimento del servizio di certificazione delle coppie, e il rifiuto di accettare incarichi da parte di coppie omosessuali costituiva una violazione di tale impegno.

La Corte Suprema ha innanzitutto sinteticamente descritto l'attività svolta dal C.S.S., collocandola nel quadro della regolamentazione delle procedure di affido dei

<sup>1</sup> U.S.S.C., *Fulton v. City of Philadelphia*, 593 U.S. \_\_ (2021).

<sup>2</sup> Cfr. D. Laycock, *Religious Liberty and the Culture Wars*, in *University of Illinois Law Review*, 2014, pp. 839-880.

<sup>3</sup> Secondo il titolo del volume di S. Mancini, M. Rosenfeld (eds.), *The Conscience Wars. Rethinking the Balance between Religion, Identity and Equality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

<sup>4</sup> Sul ruolo delle due Corti cfr. A. Madera, *Nuove forme di obiezione di coscienza fra oneri a carico della libertà religiosa e third-party burdens. Un'analisi comparativa della giurisprudenza della Corte Suprema U.S.A. e della Corte di Strasburgo*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statoeChiese.it](http://www.statoeChiese.it)), n. 16/2017, pp. 33-40.

bambini fuori dalla famiglia di origine, così come disciplinate nello stato della Pennsylvania. Ha ricostruito brevemente la storia dell'ente, che è stato fondato nel 1798 con lo scopo di aiutare i bambini rimasti orfani a causa di un'epidemia di febbre gialla, e che nel XIX secolo ha ampliato la sua attività a favore dei piccoli in difficoltà, creando istituti per l'accoglienza dei bambini abbandonati. Con la successiva chiusura degli orfanotrofi e la trasformazione del sistema di protezione dell'infanzia, il C.S.S. ha modificato la sua missione adeguandola al nuovo quadro normativo, e ha iniziato ad occuparsi di reperire e certificare coppie e persone disposte ad accogliere, attraverso l'istituto dell'affido, i bambini che secondo i servizi sociali non possono rimanere nelle famiglie di origine.

La legge dello stato della Pennsylvania attribuisce infatti ad enti privati il compito di certificare l'idoneità di coloro che intendono diventare genitori affidatari; gli enti devono condurre un'indagine domiciliare che consenta di verificare il possesso, da parte degli aspiranti affidatari, di alcuni requisiti come la capacità di prendersi cura di un bambino, l'esistenza di solide relazioni familiari, la disponibilità a rapportarsi e a collaborare con i servizi sociali e con lo stesso ente, che durante tutto il periodo di durata dell'affido deve supportare la famiglia accogliente. Quando i servizi sociali devono trovare una famiglia affidataria si rivolgono perciò a uno degli enti con i quali l'amministrazione cittadina ha stipulato un contratto; l'ente, dopo una valutazione delle caratteristiche del bambino e delle sue necessità, individua la coppia maggiormente idonea ad accoglierlo, e solo in seguito a tale accertamento il dipartimento dei servizi sociali dispone il collocamento del minore presso la famiglia selezionata dall'ente.

Questo tipo di regolamentazione delle procedure di affido, che lascia a soggetti privati il compito di selezionare le coppie e le famiglie, e di certificarne l'idoneità ad accogliere un bambino, è comune a tutte le leggi statali che negli Stati Uniti disciplinano l'affido e l'adozione. Un gran numero di questi enti, come il C.S.S., sono di ispirazione religiosa e non accettano di affidare bambini alle famiglie formate da *partners* dello stesso sesso, anche se le leggi statunitensi equiparano le unioni omosessuali a quelle eterosessuali anche ai fini dell'affido e dell'adozione. In realtà, alcuni stati prevedono la possibilità per gli enti di invocare un'eccezione per motivi religiosi, e ciò consente loro di rifiutare l'incarico proveniente da una coppia omosessuale senza incorrere in una violazione del principio di non discriminazione<sup>5</sup>.

Nessuna esenzione per motivi religiosi prevede il codice della Pennsylvania che al titolo 55, capitolo 3700<sup>6</sup>, disciplina l'affido, indicando i requisiti che devono essere posseduti dalle famiglie e i controlli che devono essere effettuati dagli enti. Gli aspiranti affidatari devono avere almeno 21 anni di età e superare una visita medica che stabilisca

<sup>5</sup> Cfr. M.L. Lo Giacco, *Enti di adozione e obiezione di coscienza. Osservazioni su alcuni recenti provvedimenti legislativi statunitensi*, in *Diritto e Religioni*, 2017, 1, pp. 189-194.

<sup>6</sup> Il codice si può consultare al seguente link:

<http://www.pacodeandbulletin.gov/Display/pacode?file=/secure/pacode/data/055/chapter3700/chap3700toc.html&d=>

che sono in grado di occuparsi di un bambino e che non sono affetti da malattie infettive. La legge contiene poi alcune indicazioni sulle caratteristiche delle abitazioni nelle quali i bambini andranno ad abitare, e una serie di prescrizioni relative all'educazione, alla cura personale e all'assistenza medica che dovrà essere garantita da parte delle famiglie affidatarie. Gli enti che curano i procedimenti di affido, con i quali le famiglie affidatarie sono obbligate a collaborare, partecipando anche ad incontri formativi per almeno sei ore all'anno, sono tenuti a vigilare sull'inserimento del bambino nella famiglia e sull'adempimento da parte di quest'ultima degli obblighi previsti dalla legge. È dunque indispensabile che tra enti e famiglie si crei un rapporto di collaborazione e fiducia reciproca.

Oltre a questa norma generale, devono essere richiamate le *Professional Services Contract General Provisions for General Consultant Services*<sup>7</sup>, cioè le regole che nella municipalità di Philadelphia disciplinano i contratti stipulati tra l'amministrazione pubblica e gli enti che svolgono attività sociale. L'art. 14.1 di questo regolamento stabilisce un generale principio di non discriminazione, al quale devono uniformarsi tutte le persone giuridiche che sottoscrivono un contratto di servizi con la città per svolgere compiti di natura sociale. In particolare, gli enti incaricati di curare le pratiche di affido non possono rifiutarsi di prendere in carico un bambino o una famiglia sulla base del luogo in cui si trova la residenza familiare o delle sue condizioni, sulla base delle caratteristiche ambientali o sociali, o per ogni altro motivo, se il profilo di quel bambino o di quella famiglia è coerente con gli scopi dell'ente e con i requisiti previsti dal contratto con l'amministrazione. A questo generale principio di non discriminazione è previsto che possa derogare soltanto la stessa pubblica amministrazione, senza necessità di particolari giustificazioni. Come vedremo, è proprio quest'aspetto che verrà sottolineato dalla Corte Suprema nella motivazione della sentenza *Fulton*, e che sarà determinante nella decisione.

Nel sistema descritto, il C.S.S. ha operato per decenni come ente cattolico, ispirando la propria azione ai principi religiosi, secondo i quali il matrimonio è un vincolo sacro che unisce un uomo e una donna<sup>8</sup>: per questo i responsabili dell'organizzazione hanno chiesto di essere autorizzati a rifiutare eventuali richieste di idoneità all'accoglienza provenienti da coppie che non siano sposate (indipendentemente dal loro orientamento sessuale), o che siano unite in un matrimonio omosessuale, indirizzandole verso le altre agenzie cittadine che si occupano di affido e che non sono enti di tendenza religiosa. La posizione del C.S.S. non è legata, secondo i ricorrenti, a un'intenzione discriminatoria nei confronti delle tendenze sessuali degli aspiranti genitori affidatari, quanto piuttosto alla volontà di difendere la visione cattolica dell'unione matrimoniale; infatti, lo stesso ente ha dichiarato di non avere alcuna difficoltà nell'accettare incarichi da parte di persone omosessuali, purché single.

<sup>7</sup> In <https://philaenergy.org/wp-content/uploads/2018/01/Appendix-A-General-Provisions.pdf>

<sup>8</sup> Così si legge nel testo della sentenza, p. 2.

Tuttavia la richiesta è stata considerata discriminatoria dall'amministrazione cittadina, che ha interrotto la sua collaborazione con il C.S.S.

La Corte Distrettuale e poi la Corte d'Appello, davanti alle quali l'ente cattolico ha fatto ricorso avverso la decisione della prima, hanno condiviso le ragioni della città di Philadelphia: la clausola di non discriminazione contenuta nella legislazione è una clausola neutrale e generale e perciò non lesiva del diritto di libertà religiosa dell'ente, secondo il criterio stabilito dalla Corte Suprema nel caso *Employment Division, Department of Human Resources of Oregon v. Smith*<sup>9</sup>.

2. Il C.S.S. ha impugnato la decisione della Corte d'Appello davanti alla Corte Suprema. Il ragionamento che è alla base della decisione della Corte si è snodato a partire dall'affermazione secondo la quale “è pacifico che le azioni della città hanno pesato sull'esercizio della libertà religiosa della C.S.S., mettendola di fronte alla scelta se limitare la sua missione o approvare rapporti incoerenti con le sue convinzioni”<sup>10</sup>. Secondo l'amministrazione di Philadelphia, la certificazione ha esclusivamente lo scopo di attestare che l'aspirante coppia affidataria posseda i requisiti previsti dalla normativa, e non costituisce una forma di approvazione dell'unione coniugale da parte dell'ente che deve curare la procedura di affido; secondo l'ente, il fatto di certificare una coppia equivarrebbe ad approvarla, apprezzandone lo stile di vita. La Corte Suprema ha dovuto stabilire se il limite posto dalla città di Philadelphia all'esercizio del diritto di libertà religiosa del C.S.S. fosse costituzionalmente legittimo, ricordando che secondo il principio affermato nel caso *Smith*, “le leggi che incidentalmente limitano la libertà religiosa non sono soggette al test di controllo rigoroso secondo la *Free Exercise Clause* solo se sono neutrali e generalmente applicabili”<sup>11</sup>.

La città di Philadelphia aveva accusato il C.S.S. di non aver adempiuto a un compito pubblico rifiutandosi di certificare le coppie omosessuali, e di essere perciò venuto meno all'obbligo di neutralità che grava su tutti coloro che svolgono una funzione pubblica. La Corte Suprema, però, ha respinto questa argomentazione, affermando che la certificazione, che avviene al termine di una serie di incontri, colloqui, visita dell'abitazione e del contesto familiare degli aspiranti genitori, controlli ed esami medici, test psicologici e psichiatrici della coppia, non può essere considerata un'attività pubblica<sup>12</sup>. Inoltre, visto che il divieto di discriminazione, così come stabilito nella legislazione locale, non è neutrale e generalmente applicabile, poiché è prevista la possibilità che l'amministrazione pubblica deroghi ad esso, e l'attività svolta dall'ente non è qualificabile come attività pubblica, la Corte ha voluto verificare se il

<sup>9</sup> 494 U. S. 872 (1990). In generale, sulla giurisprudenza U.S.A. e sulla novità introdotta dal caso *Smith* cfr. G. D'Angelo, *Libertà religiosa e diritto giurisprudenziale. L'esperienza statunitense*, Giappichelli, Torino, 2015, in part. pp. 78-98.

<sup>10</sup> *Opinion of the Court*, p. 5.

<sup>11</sup> *Opinion of the Court*, p. 5.

<sup>12</sup> *Opinion of the Court*, pp. 12-13.

rifiuto di prevedere un'eccezione a favore del C.S.S. possa superare lo *strict scrutiny test*, cioè ha provato a individuare l'interesse pubblico urgente (*compelling state interest*) che avrebbe potuto giustificare la violazione della libertà religiosa. Secondo la Corte è evidente che la città di Philadelphia abbia un interesse a che gli aspiranti genitori affidatari e i bambini in attesa di affido non subiscano discriminazioni per via del loro orientamento sessuale; tuttavia, la normativa cittadina ha previsto la possibilità che l'amministrazione consenta di derogare al principio di non discriminazione, in via assolutamente discrezionale. La città non ha offerto una motivazione valida al fatto che abbia deciso di negare al C.S.S. una deroga che invece è possibile per altri. Il C.S.S. aveva chiesto, infatti, di poter continuare a operare in favore dell'infanzia in difficoltà, senza per questo dover essere costretto a venir meno alle proprie convinzioni religiose, e senza avere la pretesa di imporle ad altri.

I provvedimenti adottati dalla città di Philadelphia non hanno superato perciò lo *strict scrutiny test*: il mancato riconoscimento di un'esenzione per motivi religiosi ha determinato la violazione del I emendamento del *Bill of Rights*<sup>13</sup>. La Corte Suprema ha revocato la decisione della corte distrettuale e tuttavia, pur affermando che il diniego di riconoscere una *religious exemption* al generale divieto di discriminazione per motivi legati all'orientamento sessuale delle coppie affidatarie abbia determinato un vulnus alla libertà religiosa, non ha ritenuto di dichiarare superata la sentenza *Smith*.

Proprio su quest'aspetto si sono concentrate le osservazioni di alcuni membri del collegio giudicante che, pur aderendo nella sostanza alla decisione, hanno espresso nelle loro opinioni il proprio dissenso rispetto a quella che ritengono una mancanza di coraggio da parte della maggioranza. Il giudice Barrett, a cui si sono uniti i giudici Kavanaugh e Breyer, ha scritto senza mezzi termini che "esistono gravi argomenti che inducono a ritenere che *Smith* dovrebbe essere superato"<sup>14</sup>. I gravi argomenti sono stati illustrati dal giudice Alito, con le cui posizioni concordano Thomas e Gorsuch, in una lunga opinione concorrente. Secondo Alito, l'applicazione di quanto previsto in *Smith* potrebbe avere "conseguenze sorprendenti" e portare a effetti imprevisi: per esempio impedire la macellazione rituale se una legge dovesse proibire in maniera assoluta la macellazione senza previo stordimento dell'animale, oppure vietare a un avvocato di indossare il velo nelle aule del tribunale, se una legge dovesse stabilire un divieto generale di partecipazione alle udienze con il capo coperto. Si tratta di esempi che, come lo stesso giudice ha ricordato, gli sono stati ispirati a quanto è accaduto in alcuni paesi europei<sup>15</sup>. Secondo la sua opinione, la città di Philadelphia ha posto il C.S.S. di fronte alla scelta se continuare ad operare, accettando comportamenti che sono contrari alla visione cattolica del matrimonio, oppure abbandonare la propria missione a favore dell'infanzia abbandonata, missione che è propria della chiesa cattolica sin dalle sue origini. Alito ha aggiunto che molte persone credono di avere un obbligo religioso di

<sup>13</sup> *Opinion of the Court*, pp. 14-15.

<sup>14</sup> Barrett, *concurring*, p. 1.

<sup>15</sup> Alito, *concurring in judgment*, pp. 1-2.

cura a favore dei bambini soli, e che storicamente gli orfanotrofi sono stati fondati proprio da religiosi e religiose. Questa lunga storia di assistenza agli orfani continua con le organizzazioni cattoliche che negli Stati Uniti si occupano di adozione e affidamento, e tra queste il C.S.S. che a Philadelphia si preoccupa di trovare una famiglia affidataria per i bambini abbandonati. Se al C.S.S. si rivolge una coppia omosessuale, questa viene indirizzata verso un'altra delle ventisette associazioni che operano in città: in nessun modo il rifiuto dell'ente cattolico può impedire alla coppia di divenire genitori affidatari, mentre impedire al C.S.S. di lavorare comporta per i bambini abbandonati una maggiore difficoltà nel trovare una famiglia accogliente<sup>16</sup>. Nota il giudice Alito che i responsabili dell'ente hanno avuto la chiara sensazione che il vero obiettivo dell'amministrazione pubblica fosse proprio quello di costringerli a cambiare la propria visione del matrimonio, impressione che era stata confermata da un colloquio avvenuto con un dipendente della città, che aveva deriso la posizione del vescovo di Philadelphia, invitandolo a sintonizzarsi con il magistero di papa Francesco, a suo giudizio più aperto nei confronti della morale contemporanea<sup>17</sup>.

In realtà, secondo l'estensore di questa opinione, il vero nodo che la Corte avrebbe dovuto affrontare, e che purtroppo non ha sciolto, è quello del superamento della sentenza *Smith*. Alito osserva che la soluzione del caso *Fulton* si è basata sulla circostanza che il divieto di discriminazione contenuto nella disposizione cittadina consentiva di concedere un'esenzione, e dunque non possedeva il carattere della generalità richiesto da *Smith*. Se però in futuro la città di Philadelphia dovesse decidere di eliminare la possibilità di ottenere un'esenzione, il divieto diventerebbe assoluto e il C.S.S. non potrebbe più sottrarsi per motivi religiosi, tornando di nuovo a essere costretto a scegliere tra il tradimento dei propri valori religiosi e la fine della propria missione a favore dei bambini. Alito ha ricordato, a supporto della sua opinione, che tra il 2006 e il 2011 gli enti caritativi di Boston, San Francisco, Washington D.C. e Illinois sono stati costretti a cessare le proprie attività proprio perché le legislazioni dei rispettivi stati imponevano loro di operare anche a favore delle coppie dello stesso sesso. Per questo, il giudice Alito ritiene che sia urgente "riconsiderare *Smith*, senza ulteriori ritardi. La corretta interpretazione della *Free Exercise Clause* è questione di grande importanza e l'interpretazione di *Smith* è difficilmente difendibile"<sup>18</sup>. Superando il criterio contenuto nella sentenza *Smith*, una legge potrebbe limitare la libertà religiosa soltanto se ciò apparisse necessario per affermare un rilevante interesse statale, nel caso *Fulton* il principio di non discriminazione, in base al quale anche le

<sup>16</sup> Alito, *concurring in judgment*, pp. 3-6.

<sup>17</sup> Alito, *concurring in judgment*, p. 7. In realtà la dottrina cattolica non è mai cambiata, né in materia di matrimonio, né in materia di unioni omosessuali. Anche il recente documento "*Fiducia supplicans*" del dicastero per la Dottrina della Fede (18 dicembre 2023, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va)) non contiene una legittimazione delle coppie irregolari o omosessuali. Per un primo commento al documento cfr. L.M. Guzzo, *La Chiesa ammette la possibilità di benedire le coppie omosessuali. Vino nuovo in otri vecchi?*, in <https://www.rivistadirittoereligioni.com/news/> (gennaio 2024).

<sup>18</sup> Alito, *concurring in judgment*, p. 10.

coppie omosessuali devono poter accogliere un bambino in affidamento o in adozione. Tuttavia, il rifiuto del C.S.S. di certificare tali coppie non ha impedito loro di rivolgersi ad altre associazioni, ha esclusivamente avuto l'effetto di affermare la concezione cristiana dell'ente, secondo la quale il matrimonio è l'unione tra un uomo e una donna. Si tratta dell'affermazione di un'idea che, sebbene possa sembrare a qualcuno arretrata, o offensiva, o sgradita, rientra nella tutela costituzionale prevista per la libertà di opinione e di espressione<sup>19</sup>. Conclude Alito affermando nuovamente che l'esclusione del C.S.S. dagli enti che possono occuparsi di affidamento e adozione a causa della sua posizione sulle coppie omosessuali ha determinato una violazione della *Free Exercise Clause*<sup>20</sup>.

Il tesoro dell'ultima opinione concorrente, quella del giudice Gorsuch, si apre con una presa di posizione molto netta nei confronti della sentenza *Smith*: “nella pratica ha dimostrato di essere inapplicabile”. Tuttavia, aggiunge l'estensore, i suoi colleghi del collegio, pur decidendo che nel caso *Fulton* il diniego di un'esenzione per motivi religiosi ha causato una violazione della *Free Exercise Clause*, hanno voluto eludere la questione della validità di *Smith*: “hanno sostenuto che non c'è necessità o motivo per risolvere adesso l'errore”<sup>21</sup>. Riprende l'esempio fatto dal giudice Alito per dimostrare la “pericolosità” del criterio previsto da *Smith*: se la città di Philadelphia in futuro dovesse eliminare dalla propria legislazione in materia di adozione e affidamento la possibilità di prevedere delle esenzioni, potrebbe nuovamente negare al C.S.S. l'autorizzazione a lavorare. Secondo Gorsuch appare evidente come l'amministrazione municipale sia determinata a porre l'ente cattolico davanti alla scelta tra rinunciare ai propri convincimenti religiosi oppure rinunciare al proprio servizio a favore dei bambini in difficoltà e delle famiglie. La città di Philadelphia, di fronte al rifiuto di lavorare con le coppie omosessuali ha preferito che l'organizzazione smettesse di occuparsi di affidi, e la medesima scelta potrebbe compiere in futuro, perpetuando così un conflitto che rischia di andare avanti, togliendo tempo e risorse che potrebbero essere utilizzati meglio a servizio dei bambini<sup>22</sup>.

3. In realtà i grandi assenti, nella sentenza *Fulton*, sono paradossalmente proprio i bambini e il loro interesse superiore. La decisione e le opinioni concorrenti dei giudici del collegio citano i veri destinatari delle norme di cui discutono soltanto per inciso e in rare occasioni, in un argomento che si preoccupa di dirimere una questione che sembra legata esclusivamente al bilanciamento dei contrastanti interessi degli adulti,

<sup>19</sup> Alito, *concurring in judgment*, pp. 73-74.

<sup>20</sup> Alito, *concurring in judgment*, p. 77.

<sup>21</sup> Gorsuch, *concurring in judgment*, p. 1.

<sup>22</sup> Gorsuch, *concurring in judgment*, p. 8. Un esame delle diverse argomentazioni dei giudici della Corte in I.C. Lupu, R.W. Tuttle, *The Radical Uncertainty of Free Exercise Principles: A Comment on Fulton v. City of Philadelphia*, in *American Constitution Society Supreme Court Review 2020-2021*, 2021, pp. 221-256.

da un lato la libertà religiosa dell'ente, dall'altro il principio di non discriminazione difeso dalle autorità cittadine.

Il caso *Fulton* si colloca in un contesto giuridico nel quale all'affermazione di nuovi diritti, in particolare del diritto delle persone dello stesso sesso di contrarre matrimonio, si contrappone la richiesta di alcuni di essere esentati dal compimento di atti che possano comportare la condivisione di un modello familiare ritenuto contrastante con i propri convincimenti religiosi. Si chiede in questi casi, una *religious exemption* che consenta di sottrarsi per motivi religiosi a un obbligo previsto da una legge generale, senza tuttavia commettere una violazione del principio di non discriminazione. In *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*<sup>23</sup>, la Corte Suprema ha dovuto pronunciarsi sul caso di un noto pasticciere che si era rifiutato di preparare una torta che due clienti avevano ordinato per festeggiare il loro matrimonio omosessuale. I futuri sposi si erano rivolti alla Commissione per i diritti civili del Colorado che aveva ritenuto discriminatorio il comportamento del pasticciere, il quale invece si era difeso sostenendo che le sue creazioni non erano semplici dolci ma vere e proprie opere di arte pasticceria, e che per prepararle era necessario un suo coinvolgimento emotivo. Poiché per motivi di coscienza egli era convinto che l'unico vero matrimonio fosse quello tra un uomo e una donna, non intendeva creare una torta per un connubio contrario ai suoi principi religiosi. La Corte Suprema ha ritenuto che la Commissione per i diritti civili avesse avuto un atteggiamento assolutamente ostile nei confronti delle motivazioni religiose del pasticciere, venendo dunque meno all'obbligo di disciplinare in maniera imparziale le questioni che riguardano la religione<sup>24</sup>.

Più di recente, in *303 Creative LLC v. Elenis*<sup>25</sup>, una *web designer* che intendeva ampliare la sua attività professionale ha chiesto di essere autorizzata a rifiutare incarichi professionali da parte di coppie omosessuali, senza per questo incorrere in una violazione della legge antidiscriminatoria. Anche in questo caso la richiesta si è fondata su motivazioni religiose. La Corte Suprema ha ritenuto che andasse tutelata la libertà di espressione (in questo caso religiosamente ispirata) della professionista che, convinta che il matrimonio possa essere esclusivamente l'unione tra un uomo e una donna, non può essere costretta a creare un sito web nel quale celebrare un tipo di nozze che non condivide<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> U.S.S.C., *Masterpiece Cakeshop v. Colorado Civil Rights Commission*, June 4, 2018, 584 U.S. \_\_\_ (2018).

<sup>24</sup> Per un commento alla sentenza cfr. A. Licastro, "The icing on the cake". *Alla ricerca del giusto equilibrio tra libertà del pasticciere e divieto di discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica ([www.statochiese.it](http://www.statochiese.it)), 2022, n. 13, pp. 95-140.

<sup>25</sup> U.S.S.C., *303 Creative LLC v. Elenis*, June 30, 2023, 600 U.S. \_\_\_ (2023).

<sup>26</sup> Cfr. A. Lauro, *Discriminazione, libertà di coscienza o libertà delle arti? Dalla "gay cake saga" al caso 303 Creative LLC v. Elenis della Corte Suprema*, in *Rivista di Diritti Comparati*, 2023, n. 3 (in corso di pubblicazione).



Ma i bambini e le bambine non sono torte, e non sono entità virtuali come un sito web<sup>27</sup>. Se nei casi precedenti i diritti in contrasto erano in effetti solo quelli degli adulti, dei professionisti che hanno chiesto una *religious exemption* e delle coppie omosessuali che pretendevano l'applicazione del principio di non discriminazione, nel caso *Fulton* il diritto in gioco è quello dei minori privi di cure a essere accuditi in un ambiente familiare. L'affido è un istituto giuridico che ha come fine la protezione dell'infanzia, e le discussioni intorno a quest'istituto perdono di significato se i bambini e le bambine diventano delle semplici comparse, poiché il ruolo di protagonisti viene prepotentemente occupato dagli adulti. Nella sentenza manca qualsiasi riferimento al superiore interesse dei minori; nessuno, né le parti, né il collegio giudicante, si interroga sulle ricadute che il rifiuto del C.S.S. di lavorare con le coppie omosessuali può avere sul destino dei bambini. Altrimenti, piuttosto che valutare quale tra i due diritti invocati – libertà religiosa e principio di non discriminazione – deve nel caso concreto prevalere, la sentenza avrebbe dovuto stabilire se i minori hanno diritto a trovare accoglienza in una famiglia affidataria indipendentemente dall'orientamento sessuale dei suoi componenti, poiché esso non può avere alcuna influenza sul benessere e sull'educazione dei bambini affidati, oppure se, al contrario, il tipo di famiglia accogliente debba possedere tra i suoi requisiti anche quello dell'eterosessualità, per consentire un miglior inserimento e una più serena crescita dei minori. Nel primo caso avrebbe avuto ragione l'amministrazione cittadina nell'impedire al C.S.S. di operare, nel secondo dovrebbe essere riconosciuto all'ente il diritto di non lavorare.

Si tratta di una valutazione per la quale non sono sufficienti le categorie giuridiche, poiché necessita del contributo di studi psicologici, pedagogici e sociologici, ma che tuttavia avrebbe dovuto costituire la base del ragionamento del legislatore, prima, e della giurisprudenza poi<sup>28</sup>. Il vero centro della questione non è infatti il diritto delle coppie omosessuali ad essere genitori affidatari, o il diritto di libertà religiosa dell'agenzia che cura gli affidi, o il dovere della città di Philadelphia di difendere in ogni caso il principio di non discriminazione. Il diritto che deve essere primariamente tutelato è quello dei bambini e delle bambine che non possono più vivere nella famiglia di origine e che necessitano di trovare una casa e una famiglia che li accolga per un periodo di tempo più o meno lungo, in vista del loro rientro con i genitori biologici: «*Foster care is not a public accommodation offered to potential foster and adoptive*

<sup>27</sup> Riprendo qui in parte il titolo del saggio di D.M. Smolin, *Kids are Not Cakes: A Children's Rights Perspective on Fulton v. City of Philadelphia*, in *Cumberland Law Review*, 52 (2022), pp. 79-161. L'A. osserva che nella "guerra culturale" fra fautori della libertà religiosa e difensori del principio di non discriminazione i bambini, proprio come accade nelle guerre vere, rischiano di essere vittime del fuoco incrociato (p. 81).

<sup>28</sup> La questione dell'omogenitorialità è stata oggetto di attenzione anche da parte della Corte Europea dei diritti dell'uomo; cfr. A.M. Lecis Cocco Ortu, *L'omogenitorialità davanti alla Corte di Strasburgo: il lento ma progressivo riconoscimento delle famiglie con due padri o due madri*, in *GenIUS*, I, n. 2 (2014), pp. 96-108.

*parents. Foster care is not for foster parents. It is a public accommodation for foster children and - less obviously, but as importantly - their parents»<sup>29</sup>.*

L'art. 20 della Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza<sup>30</sup>, che impone agli Stati l'obbligo di provvedere alla protezione dei bambini che non hanno famiglia o che non possono per il loro bene rimanere nella famiglia di origine, stabilisce che tale protezione possa realizzarsi attraverso l'affidamento familiare, la *kafalah* islamica, l'adozione o il collocamento in istituti per l'infanzia. Nello scegliere tra questi diversi interventi lo Stato deve tenere "debitamente conto della necessità di una certa continuità nell'educazione del fanciullo, nonché della sua origine etnica, religiosa, culturale e linguistica". La continuità nell'educazione, come pure l'identità religiosa o culturale dei bambini in affidamento, potrebbero richiedere che i minori siano accolti da famiglie che rispettino i valori nei quali fino ad allora sono stati educati, e tra questi anche quelli relativi alla concezione del matrimonio e all'organizzazione della vita familiare, non perché un modello sia preferibile a un altro, ma perché in un momento di grande incertezza qual è quello dell'inserimento in una nuova famiglia, è interesse dei minori trovare un ambiente che garantisca una certa continuità con il passato.

La giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha sottolineato questo aspetto in due recenti sentenze<sup>31</sup> nelle quali è opportunamente evidenziata la necessità che nelle procedure di affidamento, che per loro natura hanno un carattere transitorio, i minori vengano collocati presso famiglie che ne rispettino il background culturale, che favoriscano la conservazione di un legame con il contesto familiare di origine laddove possibile, che agevolino il rientro nel nucleo originario se realizzabile.

La legislazione di alcuni paesi europei, tra questi anche l'Italia, ritiene preferibile il cd. "affido omoculturale", cioè quello che si realizza affidando i bambini e le bambine a nuclei familiari che condividano la cultura, l'origine etnica, l'appartenenza religiosa, la lingua nelle quali i minori sono stati allevati fino al momento in cui si è reso necessario affidarli ad altri. Si privilegia questo tipo di affido non perché chi professa una determinata religione, o appartiene a una certa etnia, o parla una particolare lingua sia più adatto di altri a rivestire la qualità di genitore affidatario, ma perché il superiore interesse del bambino a mantenere un legame con il suo passato e

<sup>29</sup> C. Gottlieb, *Remembering Who Foster Care Is For: Public Accommodation and Other Misconceptions and Missed Opportunities in Fulton v. City of Philadelphia*, in *Cardozo Law Review*, 44, n.1 (2022), p. 3.

<sup>30</sup> La Convenzione, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, è stata ratificata da tutti gli Stati del mondo, tranne che dagli Stati Uniti. Il testo in italiano è reperibile al sito: <https://www.unicef.it/convenzione-diritti-infanzia/articoli/> (consultato il 3 novembre 2023).

<sup>31</sup> ECHR, V Sez., *Loste c. France*, 3 novembre 2022, n. 59227/12, e ECHR, V Sez., *Kilic v. Austria*, 12 gennaio 2023, n. 27700/15. Per un commento cfr. M.L. Lo Giacco, *Adozione, affido e rispetto dell'identità religiosa e culturale dei bambini e delle bambine nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Diritto e religioni*, 2, 2023 (in corso di pubblicazione).

le sue radici può essere in alcuni casi meglio garantito dal collocamento in una famiglia che condivida la sua cultura, etnia o religione<sup>32</sup>.

Nel caso *Fulton*, la domanda che i giudici avrebbero dovuto porsi, e che è mancata, è se la richiesta di esenzione avanzata dal C.S.S. e i provvedimenti adottati dalla città di Philadelphia abbiano risposto o meno al perseguimento del superiore interesse dei minori che erano in attesa di trovare accoglienza in una famiglia affidataria. Il contrasto fra i diversi diritti degli adulti avrebbe dovuto essere risolto avendo come parametro di riferimento i *best interests* dei bambini, principio che, nei casi che coinvolgono la tutela della libertà religiosa è qualificabile come un principio laico<sup>33</sup>. La Corte Suprema degli Stati Uniti è apparsa invece concentrata sulle questioni teoriche relative al superamento o meno del criterio contenuto in *Smith*, perdendo di vista la necessità di individuare la soluzione pratica che meglio potesse rispondere al raggiungimento dei *best interests* dei minori<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Cfr. M. Fornari, C. Scivoletto, *L'affidamento omoculturale nell'accoglienza dei minori stranieri non accompagnati*, in *Minori giustizia*, 2017, n. 3, pp. 97-108. Cfr. inoltre M.L. Lo Giacco, *Libertà religiosa, nuovi modelli familiari e filiazione in una prospettiva interculturale*, in A. Fuccillo (a cura di), *Le proiezioni civili delle religioni tra libertà e bilateralità. Modelli di disciplina giuridica*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, pp. 262-267.

<sup>33</sup> La definizione del *best interest* dei minori come principio laico è contenuta in G.M. Flick, *Diritto ad avere un genitore e/o diritto ad essere un genitore: una riflessione introduttiva*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017, 5 ([www.rivistaaic.it](http://www.rivistaaic.it)).

<sup>34</sup> Anche alcuni contributi della dottrina si concentrano esclusivamente sull'interpretazione della *Free Exercise Clause* e sulla necessaria sopravvivenza o meno di *Smith*, senza fare riferimento ai *best interests* dei minori: cfr., per esempio: C.C. Lund, *Answers to Fulton's Questions*, in *Iowa Law Review*, 108 (2023), pp. 2075-2095; M. Smiley Chavez, *Employing Smith to Prevent a Constitutional Right to Discriminate Based on Faith: Why the Supreme Court Should Affirm the Third Circuit in Fulton v. City of Philadelphia*, in *American University Law Review*, 70 (2021), pp. 1165-1216; B.J. Lingo, M.G. Schietzelt, *Fulton and the Future of Free Exercise*, in *Regent University Law Review*, 33, 5 (2020), pp. 5-38.

Floriana Luisi, Olga Maria Stefania Cucaro

LA COMUNICAZIONE DELLA CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY  
VIA SOCIAL MEDIA: L'ESPERIENZA ITALIANA NEL SETTORE DELLE  
UTILITIES\*

ABSTRACT

Questo studio esplora quanto le aziende del settore delle utilities comunicano le loro strategie di corporate social responsibility (CSR) su X (ex Twitter). I dati sono stati estratti da Twitter ed è stata utilizzata la Text mining basata su una Text Analysis. I risultati dimostrano che le società del campione comunicano poche informazioni specifiche e utili agli stakeholder probabilmente perché adottano una prospettiva difensiva e simbolica, principalmente per scopi di branding.

This study investigates how much companies in the utilities sector disclose their corporate social responsibility (CSR) strategies on X (formerly Twitter). The data was extracted from Twitter and Text mining based on a Text Analysis was performed. The results demonstrate that the sample's companies communicate a few specific and useful information to stakeholders probably because they adopt a defensive and symbolic perspective, mainly for branding purposes.

PAROLE CHIAVE

Utilities – CSR – Social media

Utilities – CSR – Social media

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Literature review: la Corporate social responsibility. – 3. La comunicazione della CSR. – 4. La CSR via Social Media. – 5. I siti di Social media (SMSs). – 6. Obiettivi della ricerca, campione e metodologia. – 7. Risultati e analisi. – 8. Conclusioni.

1. L'imporsi dei social media come fenomeno sociale ha decisamente definito nuove regole del gioco nel rapporto comunicativo tra imprese e stakeholder. La comunicazione pre-social vedeva le imprese produrre un flusso comunicativo unidirezionale con contenuti definiti verso gli stakeholders nella loro interezza senza nessuna differenziazione e soprattutto senza prevedere un rapporto aperto di feedback.

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

Di fatto, i social media hanno convertito il flusso comunicativo unidirezionale predefinito in termini di contenuti in qualcosa di molto diverso che è molto più vicino al dialogo e al confronto sui temi che realmente interessano agli stakeholder. La tecnologia a disposizione costituisce un'opportunità da entrambe le parti, ma spesso non incontra l'entusiasmo delle imprese nello sviluppare e sostenere le relazioni con gli stakeholder soprattutto in tema di confronti one to one su temi delicati come la CRS. Sebbene non esista ancora una definizione unificata, la CSR in generale si riferisce ad una serie di azioni imprenditoriali volontarie volte a migliorare le condizioni sociali o ambientali. Gli stakeholder si aspettano che le imprese agiscano in modo etico e sostenibile<sup>1</sup>. Pertanto, una comunicazione efficace della CSR può migliorare le relazioni azienda-stakeholder<sup>2</sup>.

Le aziende utilizzano una varietà di canali di comunicazione per diffondere informazioni sulla CSR e sfruttando le piattaforme di social media possono facilitare la comunicazione simmetrica bidirezionale<sup>3</sup> e creare interazioni significative con gli stakeholder, rafforzare le relazioni e ottenere un maggiore consenso e supporto. Quindi, di fatto, i social media sites (SMSs) hanno rivoluzionato il modo in cui le aziende comunicano e interagiscono con le parti interessate. Gli studi sui SMSs dipingono uno scenario fatto di aziende che lentamente approcciano la comunicazione in tema di CSR su queste piattaforme informatiche, e questo contrasta col grande impegno da parte delle stesse aziende nella comunicazione della loro CSR in generale.

La domanda interessante diventa quindi cosa fanno effettivamente queste aziende con i loro account. Alla luce di queste considerazioni, considerando le recenti tendenze in materia di CSR e comunicazione sui social media, questo studio ha l'obiettivo di indagare come le aziende di un settore strategico per la CSR come quello delle utilities approcciano le loro strategie comunicative attraverso i SMS.

2. La CSR viene intesa oggi come il principale fattore per lo sviluppo strategico delle imprese: integra le preoccupazioni sociali, ambientali, etiche e relative ai diritti umani nella gestione aziendale e nei rapporti con le parti interessate alla governance d'impresa. Le definizioni sono varie, e spaziano dalla teoria di Milton Friedman, aspra critica alla CSR, secondo la quale l'impresa deve perseguire il profitto operando entro le regole del gioco, in una concorrenza aperta e libera senza alcun inganno o frode<sup>4</sup> alle più recenti idee sul comportamento dell'azienda intesa come buon cittadino.

<sup>1</sup> S. Du, V. Swain, A. Lindgreen, and S. Sen, *The roles of leadership styles in corporate social responsibility*, in *Journal of Business Ethics*, Vol. 114 No. 1, 2013, pp. 155-169.

<sup>2</sup> C.B. Bhattacharya, D. Korschun, and S. Sen, *Strengthening stakeholder-company relationships through mutually beneficial corporate social responsibility initiatives*, in *Journal of Business Ethics*, Vol. 85 No. 2, 2009, pp. 257-272.

<sup>3</sup> M. Etter, *Broadcasting, reacting, engaging – three strategies for CSR communication in twitter*, in *Journal of Communication Management*, Vol. 18 No. 4, 2014, pp. 322-342.

<sup>4</sup> M. Friedman, *The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits*, in *The New York Times Magazine*, September 13, 1970.

Si è assistito quindi al passaggio dalla teoria di Friedman che adotta un approccio contrattualista a nuovi modelli di governo che prevedono un ruolo interattivo delle singole imprese in tema di benefici socio-economici verso le comunità.

Lo stato dell'arte attuale vede l'agire per affrontare le responsabilità economiche, legali, etiche e filantropiche costituire una strategia comunemente utilizzata dalle organizzazioni per offrire un proprio contributo al bene sociale più ampio che travalica il perseguimento degli obiettivi aziendali, allo scopo di arricchire l'immagine, la reputazione e la credibilità aziendale. Questi temi hanno catturato l'attenzione delle imprese che hanno dedicato risorse significative allo sviluppo, all'implementazione e alla comunicazione di programmi di CSR. Le ricerche empiriche hanno evidenziato che queste scelte sono vantaggiose per le organizzazioni sia in termini di performance finanziarie che di percezioni esterne sulla reputazione delle imprese<sup>5</sup>. In particolare, Du et al.<sup>6</sup> identificano la fiducia e l'interesse sull'impresa come importanti risultati percettivi di una comunicazione legata alla CSR di successo. La comunicazione e, meno frequentemente, l'implementazione, delle attività di CSR è di competenza di esperti all'interno dell'impresa o di agenzie di pubbliche relazioni a cui l'impresa si affida, che cercano di utilizzare le strategie e le azioni riconducibili alla CSR per promuovere lo sviluppo relazionale. Ciò ha stimolato l'interesse del mondo accademico sulla CSR e il progressivo aumento delle attività aziendali ha provocato un aumento esponenziale degli studi sugli sforzi aziendali e sulla comunicazione delle strategie di CSR con una crescita significativa dal 2006.

3. Tra la miriade di filoni di ricerca sulla CSR, particolare interesse è rivolto a esplorare le strategie di comunicazione della stessa. In base alla teoria degli stakeholder che presuppone che le aziende non debbano concentrarsi solo sugli interessi degli azionisti, ma anche su tutti i portatori di interesse dell'impresa che sono di fatto un gruppo eterogeneo<sup>7</sup>, le politiche di CSR si identificano con il processo di anticipazione delle aspettative degli stakeholder. La strategia di CSR si articola e gestisce numerosi strumenti di comunicazione d'impresa progettati per fornire informazioni vere e trasparenti sulle attività e sulle singole operazioni di gestione correlate alle varie preoccupazioni sociali e ambientali e alle interazioni con le parti interessate<sup>8</sup>. Podnar oltre a descrivere la CSR, e a definirne la comunicazione, individua e stabilisce un

<sup>5</sup> K.H. Kim, M. Kim, and C. Qian, *Effects of corporate social responsibility on corporate financial performance: A competitive-action perspective*, in *Journal of Management*, 44, 2018, pp.1097–1118.

<sup>6</sup> S. Du, C.B. Bhattacharya, and S. Sen, *Maximizing business returns to corporate social responsibility (CSR): The role of CSR communication*, in *International Journal of Management Reviews*, Vol. 12 No. 1, 2010, pp. 8-19.

<sup>7</sup> R.K. Mitchell, B.R. Agle, and D.J. Wood, *Toward a theory of stakeholder identification and salience: defining the principle of who and what really counts*, in *Academy of Management Review*, Vol. 22 No. 4, 1997, pp. 853-886.

<sup>8</sup> K. Podnar, *Guest editorial: communicating corporate social responsibility*, in *Journal of Marketing Communications*, Vol. 14 No. 2, 2008, pp. 75-81.

legame tra le iniziative di CSR aziendali legate alla comunicazione di responsabilità sociale e gli stakeholder<sup>9</sup> allo scopo di soddisfarne le aspettative e per favorirne attraverso la comunicazione il coinvolgimento. In questo senso, la comunicazione sulla CSR è indispensabile per mantenere l'impegno concreto verso gli stakeholder<sup>10</sup>.

La presa di coscienza dell'opinione pubblica sugli sforzi aziendali in tema di CSR, e dei potenziali benefici strategici di tali sforzi, dipende da una comunicazione efficace<sup>11</sup>. Lock e Seele<sup>12</sup> (2017) sostengono che i report di CSR, uno degli strumenti più preziosi per comunicare gli sforzi sulle scelte di CSR, sono significativamente influenzati dalle preoccupazioni e dalle lacune di tema di credibilità aziendale. L'elemento di criticità si individua nel gap esistente tra ciò che gli stakeholder si aspettano dalle imprese e ciò che percepiscono che le stesse effettivamente fanno. La credibilità, universalmente, è la percezione che il pubblico ha di una fonte e il grado con cui i destinatari accettano ciò che la fonte comunica<sup>13</sup>. La credibilità percepita della comunicazione in tema di CSR, concettualizzata da Lock e Seele<sup>14</sup> come la verità percepita, la sincerità, l'adeguatezza e la comprensibilità dei report di CSR, è vitale per determinare il potenziale miglioramento della performance che consegue all'adozione di una efficace strategia comunicativa di CSR.

Prima di avviare strategie di comunicazione sulle attività di CSR, le aziende dovrebbero misurarne l'efficacia. Una comunicazione della CSR di successo può favorire una maggiore consapevolezza dei clienti e incrementare il valore del marchio oltre ad assicurare il sostegno degli stakeholder<sup>15</sup>. Per ottenere tali benefici, le aziende devono comunicare in maniera efficace le loro scelte in tema di CSR, ma spesso le ricerche empiriche evidenziano l'inefficacia comunicativa di molte aziende nonostante gestiscano le attività in modo etico e socialmente responsabile<sup>16</sup>. Quando gli stakeholder assumono un atteggiamento critico e distruttivo riguardo alle attività di CSR di un'impresa, in quel caso la gestione della comunicazione in merito le attività diventa di fatto molto impegnativa per le aziende. Le aziende che adottano scelte non

<sup>9</sup> M. Morsing, and M. Schultz, *Corporate social responsibility communication: stakeholder information, response and involvement strategies*, in *Business Ethics: A European Review*, Vol. 15 No. 4, 2006, pp. 323-338.

<sup>10</sup> B.L. Devin, and A.B. Lane, *Communicating engagement in corporate social responsibility: a meta-level construal of engagement*, in *Journal of Public Relations Research*, Vol. 26 No. 5, 2014, pp. 436-454.

<sup>11</sup> J.B. Manheim, and C.B. Pratt, *Communicating corporate social responsibility*, in *Public Relations Review*, 12(2), 1986, pp. 9-18.

<sup>12</sup> I. Lock, and P. Seele, *Measuring credibility perceptions in CSR communication: A scale development to test readers perceived credibility of CSR reports*, in *Management Communication Quarterly*, 31, 2017, pp. 584-613.

<sup>13</sup> E.P. Bettinghaus, and M.J. Cody, *Persuasive communication*, Boston, MA: Cengage Learning, 1994.

<sup>14</sup> I. Lock, and P. Seele, *Measuring*, cit, pp. 584-613.

<sup>15</sup> M. Morsing, *Strategic CSR communication: telling others how good you are*, in J. Jonker, and M. de Witte, *Management Models for Corporate Social Responsibility*, Berlin, 2006, pp. 238-246.

<sup>16</sup> S. Lewis, *Reputation and corporate responsibility*, in *Journal of Communication Management*, Vol. 7 No. 4, 2003, pp. 356-366.

etiche (ad esempio il cosiddetto CSR washing o difformità di vario tipo tra la comunicazione della propria CSR e le effettive pratiche aziendali) oltre a minare i principi fondamentali della CSR diventano di fatto esempi di comportamento irresponsabile. Tale cattiva condotta può avere un impatto negativo sulla consapevolezza dei consumatori, sulla reputazione aziendale e più in generale sulla tutela degli stakeholder.

Utilizzando la teoria degli stakeholder e quella di Grunig e Hunt<sup>17</sup>, Morsing e Schultz<sup>18</sup> hanno sviluppato tre Strategie di comunicazione della CSR che prevedono diversi livelli di coinvolgimento degli stakeholder: informazione, risposta e coinvolgimento. Sulla base di queste strategie di comunicazione della CSR, Morsing<sup>19</sup> ha proposto un semplice modello di comunicazione composto da due strategie: la strategia informativa e la strategia interagente. La strategia di comunicazione informativa della CSR si sforza di fornire messaggi coerenti per migliorare la visibilità aziendale e rafforzare le relazioni di fiducia. Per ricevere questi benefici, le imprese devono ottenere uno dei seguenti risultati attraverso i loro messaggi: (1) dimostrare che la CSR è una preoccupazione condivisa tra l'impresa e pubblico in generale, (2) presentare le attività di CSR integrate nel core business della società, (3) presentare prove tangibili per le attività di CSR aziendali e (4) divulgare i risultati della CSR<sup>20</sup>. Ognuno dei quattro obiettivi dovrebbe essere identificato internamente e comunicato all'esterno; tuttavia, con questa strategia, le aziende generalmente non si aspettano feedback dal pubblico<sup>21</sup>. Invece, la strategia di comunicazione interagente enfatizza le attività di CSR aziendale sviluppate per coinvolgere gli stakeholder esterni. Per favorire tale pubblico coinvolgimento, i messaggi interagenti devono riguardare: (1) social partnership con opinion leader (università, partiti politici, etc.) o organizzazioni no-profit, (2) iniziative che vedono le imprese interagire con le comunità locali attraverso forum volti a promuovere una comunicazione aperta tra le parti, (3) l'approvazione esterna proattiva delle iniziative aziendali di CSR<sup>22</sup>.

Entrambe le strategie di comunicazione di CSR sono in linea con il modello di comunicazione unidirezionale (one-way) e di comunicazione bidirezionale<sup>23</sup>. La strategia di comunicazione informativa può essere identificata come comunicazione unidirezionale, in quanto comporta la canalizzazione dei messaggi di CSR dalle imprese al pubblico. Le organizzazioni preferiscono utilizzare questa tipologia di approccio comunicativo. Al contrario, la strategia di comunicazione interagente

<sup>17</sup> J.E. Grunig, and T.T. Hunt, *Managing Public Relations*, Holt, Rinehart and Winston, Fort Worth, 1984.

<sup>18</sup> M. Morsing, and M. Schultz, *Corporate*, cit, pp. 323-338.

<sup>19</sup> M. Morsing, *Strategic*, cit, pp. 238-246.

<sup>20</sup> M. Morsing, *Ibidem*.

<sup>21</sup> J.E. Grunig, and T.T. Hunt, *Managing*, cit.

<sup>22</sup> M. Morsing, *Idem*.

<sup>23</sup> J.E. Grunig, and T.T. Hunt, *Idem*.



intende promuovere la comunicazione bidirezionale tra le organizzazioni e i loro stakeholder.

Altri studi si sono concentrati invece sull'equilibrio dei modelli di comunicazione (asimmetrico vs simmetrico). Sia i modelli asimmetrici che quelli simmetrici impiegano i sistemi di comunicazione bidirezionali perché in questo caso il flusso comunicativo fluisce da e verso il pubblico<sup>24</sup>. Un modello asimmetrico bidirezionale presuppone una comunicazione squilibrata tra un'impresa e i suoi stakeholder, dove il feedback del pubblico entra nel processo ma spesso rimane ampiamente senza risposta<sup>25</sup>. Al contrario, un modello simmetrico bidirezionale promuove un dialogo continuo tra un'organizzazione e i suoi stakeholder per raggiungere la comprensione reciproca<sup>26</sup>. Sebbene gli studi teorici suggeriscano l'utilizzo di strategie di comunicazione bidirezionali, le ricerche empiriche hanno dimostrato che la maggior parte delle aziende non ha ancora abbandonato la strategia di comunicazione unidirezionale per passare a una bidirezionale<sup>27</sup>.

4. La CSR attraverso l'uso del web diventa a tutti gli effetti il più concreto strumento a disposizione delle imprese per assicurare lo sviluppo e il supporto delle relazioni con gli stakeholder fornendo di fatto la possibilità di attuare il processo di comunicazione bidirezionale tra un numero illimitato di soggetti. Tuttavia, le opportunità di interagire con gli stakeholder sulle questioni di CSR difficilmente vengono sfruttate attraverso i siti Web, al contrario gli strumenti che caratterizzano i social media consentono a chiunque di iniziare una discussione, riequilibrando il rapporto comunicativo tra stakeholder e impresa<sup>28</sup>.

Si possono individuare tre tipi di strategia comunicativa attraverso i social media: la strategia di trasmissione, la strategia di reazione e quella di coinvolgimento. La strategia di trasmissione vede l'azienda pubblicare informazioni ma non rispondere alle domande; quella di reazione prevede che l'azienda risponda alle domande ma senza adottare un approccio proattivo; da ultimo quella di coinvolgimento vede l'azienda entrare attivamente in contatto con gli utenti e rispondere alle domande e alle osservazioni. Ne consegue che la strategia di coinvolgimento evidenzia l'interesse dell'impresa a interagire attivamente con gli stakeholder e ottimizza l'utilizzo del potenziale dei social media come mezzo per stabilire relazioni con gli stakeholder,

<sup>24</sup> J.E. Grunig, and T.T. Hunt, *Managing*, cit.

<sup>25</sup> J.E. Grunig, and T.T. Hunt, *Ibidem*.

<sup>26</sup> M. Morsing, and M. Schultz, *Corporate*, cit, pp. 323-338.

<sup>27</sup> O.A. Ajayi, and T. Mmutle, *Corporate reputation through strategic communication of corporate social responsibility*, in *Corporate Communications: An International Journal*, Vol. 26 No. 5, 2020, pp. 1-15.

<sup>28</sup> F. Schultz, S. Utz, and A. Georitz, *Is the medium the message? Perceptions of and reactions to crisis communication via twitter, blogs and traditional media*, in *Public Relations Review*, Vol. 37 No. 1, 2011, pp. 20-27.

identificare e concentrarsi sugli interessi e obiettivi comuni e sostenere l'impegno effettivo di comunicazione.

Al contrario, una strategia di trasmissione che è a tutti gli effetti una comunicazione unidirezionale che di fatto non ha l'effetto di incrementare la comprensione reciproca, usata in modo efficace può contribuire a migliorare la reputazione dell'azienda, ma non costruirà mai nessun tipo di relazione. Anche l'utilizzo di una strategia reattiva porterà le organizzazioni a perdere l'opportunità di identificare e concentrarsi sugli interessi comuni e gli obiettivi condivisi. Per quanto reattive siano, le imprese che utilizzano questo approccio rischiano di essere considerate allo stesso tempo reattive ma passive.

I social media favoriscono la comunicazione personale di massa: si tratta di messaggi apparentemente di natura interpersonale ma accessibili a un pubblico di massa. Piuttosto che essere vincolati a scambi diadici, nei social media i messaggi possono fluire da utente a utente, da utente a pubblico, da pubblico a utente o da pubblico a pubblico e possono essere significativamente diversificati in termini di valenza<sup>29</sup>.

Questa multi-direzionalità del flusso di comunicazione consente agli utenti di interagire sui contenuti pubblicati, sia fornendo risposte ai contenuti e alle iniziative presentati dall'impresa, sia visualizzando le risposte di altri utenti allo stesso contenuto, e quindi potendo essere potenzialmente influenzati dalle argomentazioni di altri utenti. I commenti generati dagli utenti sono utilizzati da altri utenti come fonte di ricerca di informazioni, intrattenimento o interazione sociale. È importante sottolineare che la trasparenza offerta dai commenti e dalle risposte generate dagli utenti consente al pubblico di determinare se gli sforzi di CSR riflettono le reali intenzioni dell'azienda o se l'azienda si sta semplicemente concentrando sul miglioramento della propria immagine. Kent e Taylor<sup>30</sup> sostengono che questa accessibilità può consentire una comunicazione della CSR più etica e trasparente. Data la natura partecipativa e personale, ma allo stesso tempo di massa, dell'ambiente social i commenti anonimi o provenienti da falsi profili social sulle attività di CSR dell'impresa sono comuni e facilmente osservabili da tutti gli stakeholder.

Nonostante i commenti generati dagli utenti possano essere potenti strumenti di influenza e la CSR attraverso i SMSs possa generare il coinvolgimento degli utenti, pochi studi hanno indagato se sia utile per le imprese rispondere a tali commenti, specialmente in tema di CSR.

<sup>29</sup> C.T. Carr, and R.A. Hayes, *Social media: defining, developing, and divining*, in *Atlantic Journal of Communication*, Vol. 23 No. 1, 2015, pp. 46-65.

<sup>30</sup> M.L. Kent, and M. Taylor, *From homo economicus to homo dialogicus: Rethinking social media use in CSR communication*, in *Public Relations Review*, 42, 2016, pp. 60–67.

Yang e Kent<sup>31</sup> evidenziano che le organizzazioni che hanno fornito feedback al pubblico non hanno generato una maggiore visibilità sui SMSs. Tuttavia, nonostante le esortazioni provenienti dalla letteratura accademica per un maggiore impegno delle imprese nella comunicazione e nel dialogo con il pubblico, si riscontra una reale resistenza all'attuazione di un impegno bidirezionale focalizzato sulla CSR<sup>32</sup>. Etter<sup>33</sup> afferma che la CSR affronta argomenti delicati e talvolta contestati e sostiene che la gestione e comunicazione delle scelte di CSR sui SMSs, porta le imprese verso scenari di possibili critiche e di rischio di attrarre stakeholder avversi in grado di mettere apertamente in discussione la legittimità delle scelte aziendali e di danneggiarne la reputazione. Pertanto, diventa interessante determinare l'effettiva utilità di dedicare tempo e risorse per rispondere alle risposte degli utenti in tema di contenuti generali, e in particolare di CSR, e se tali risposte effettivamente siano utili in termini di credibilità o per migliorare parametri strategici come la fiducia, la costruzione di relazioni e l'interesse del brand.

5. I SMSs hanno rimodellato le identità pubbliche delle imprese e le modalità di comunicazione. In base alla loro architettura tecnica, i SMSs incorporano applicazioni basate su Internet che consentono l'interazione tra gli utenti, con la possibilità di generare, condividere e trasformare contenuti, idee e approfondimenti<sup>34</sup>. I SMSs consentono di abilitare flussi comunicativi istantanei e personalizzati permettendo una comunicazione meno formale e controllata; forniscono anche un'opportunità per la comunicazione bidirezionale tra organizzazioni e parti interessate, contrapponendosi ai media tradizionali che tendono ad essere strumenti di comunicazione unidirezionale. Pertanto, le organizzazioni possono utilizzare i SMSs per gestire, mantenere e ricucire le relazioni stakeholder-impresa e favorire il coinvolgimento degli stakeholder. Lo scenario dei SMSs è caratterizzato da diversi attori (ad esempio Facebook, X, YouTube, LinkedIn, Instagram).

Questo studio si concentra sul sito di microblogging Twitter (oggi X). Ci sono due motivi principali per selezionare questo SMS. In prima istanza X è un social network iconico ed è molto utilizzato dalle aziende; in secondo luogo, questa piattaforma consente un alto livello di coinvolgimento degli stakeholder e, pertanto, viene considerata altamente simmetrica perché consente la comunicazione bidirezionale tra le organizzazioni e i loro stakeholder<sup>35</sup>. Per quanto riguarda settori controversi e ad alto rischio come quello delle utilities, si tratta di un argomento relativamente nuovo spesso

<sup>31</sup> A. Yang, M. Kent, *Social media and organizational visibility: A sample of Fortune 500 corporations*, in *Public Relations Review*, 40, 2014, pp. 562–564.

<sup>32</sup> M.L. Kent, and M. Taylor, *From homo*, cit., pp. 60–67.

<sup>33</sup> M. Etter, *Broadcasting*, cit., pp. 322-342.

<sup>34</sup> A.M. Kaplan, and M. Haenlein, *Users of the world, unite! the challenges and opportunities of Social Media*, in *Business Horizons*, Vol. 53 No. 1, 2010, pp. 59-68.

<sup>35</sup> E. Go, and K.H. You, *But not all social media are the same: analyzing organizations' social media usage patterns*, in *Telematics and Informatics*, Vol. 33 No. 1, 2016, pp. 176-186.

trascurato nella letteratura accademica e scientifica<sup>36</sup>. Il presente studio si concentra sulla copertura mediatica delle informazioni sulla CSR delle aziende e sulle nuove tendenze di ricerca riguardanti i messaggi trasmessi agli stakeholder tramite i social media, da una prospettiva interattiva e discorsiva della comunicazione della CSR attraverso X.

Considerando le considerazioni di cui sopra, la presente ricerca si concentra su quattro questioni centrali:

RQ1: Il livello di comunicazione via X differisce dal livello di disclosure sulla ESG (environmental, social, governance) comunicata dalle società evidenziato dagli Score ESG ed è basata su una comunicazione generica e non specifica sugli impatti?

RQ2: Il livello di comunicazione ESG tramite X non è coerente con il livello della comunicazione della disclosure che dovrebbe essere altamente correlato al profilo di rischio della Società e specifico?

RQ3: L'ammontare della comunicazione via X non è in relazione con il grado di rischio delle società evidenziato dai Risk Rating ESG?

In questa ipotesi si afferma che maggiore è il rischio, maggiore dovrebbe essere la disclosure specifica su quest'ultimo per aiutare i propri Stakeholder a comprendere le politiche aziendali e ciò si presume che non avvenga con la comunicazione effettuata su X.

RQ4: La quantità della disclosure ESG effettuata via X non è in relazione con gli Score e i rating ESG?

Ipoteticamente potrebbe essere poco utile agli stakeholder per conoscere il reale impatto ESG delle singole Società. Maggiore è l'impatto ESG e maggiore dovrebbe essere la comunicazione specifica sullo stesso. Lo stakeholder, infatti necessita di maggiori informazioni per prendere le proprie decisioni. L'ipotesi in questione ribadisce che questo criterio non viene rispettato per il canale X.

La terza e quarta ipotesi ribadiscono il collegamento tra la disclosure utile agli stakeholder e l'interazione effettuata via Social da questi ultimi. Se l'informativa risulta utile all'utente, quest'ultimo è stimolato all'interazione, altrimenti legge l'informazione con indifferenza in risposta ad una semplice strategia di trasmissione messa in atto dalla Società.

6. Le società appartenenti al campione sono state selezionate tra tutte le società quotate sul mercato italiano appartenenti al settore delle utilities, settore ad alto impatto sui temi di CSR. Il campione di partenza era composto da 25 società, in seguito è stato ricercato un indice di ESG fruibile sul web. Dal campione sono state eliminate le società che non avevano un ESG Score. Inoltre, è stato individuato un altro indice utile al confronto, un Company ESG Risk Ratings pubblicato sul web. Sono state quindi eliminate dal campione quelle società che non avevano questo ulteriore rating. Infine,

<sup>36</sup> M.L. Kent, and M. Taylor, *Idem*.

sono state visionate le pagine X (ex-Twitter) e sono state eliminate quelle società che non comunicavano attraverso Twitter o che non comunicavano in italiano, ottenendo al termine della scrematura un campione di sei società.

L'approccio allo studio è prevalentemente semantico e si basa su un'analisi semantica dei dati e sulla classificazione degli stessi. È stata scelta la metodologia del Text mining basata su una Text Analysis non automatizzata definita Dictionary Approach. Questa metodologia riduce l'errore derivante dalla soggettività dell'individuazione della disclosure che può derivare da una Content Analysis se non testata adeguatamente. È una metodologia prettamente quantitativa e oggettiva che si fonda sulla semplice ricerca dei vocaboli chiave selezionati (keywords). L'analisi parte dalle keywords sull'ambiente (Environmental) contenute nello studio di Gamersclag et al.<sup>37</sup>:

**Environmental**

Recycled  
Energy consumption  
Biodiversity  
Emissions  
Effluents  
Waste  
Spills  
Environmental impacts

**Ambientale**

riciclato  
Consumo di energia  
Biodiversità  
Emissioni  
Effluvi  
Rifiuti  
Fuoriuscite  
Impatti ambientali

<sup>37</sup> R. Gamersclag, K. Möller, and F. Verbeeten, *Determinants of voluntary CSR disclosure: Empirical evidence from Germany*, in *Review of Managerial Science*, 5 (2), 2011, pp. 233-262.

Keywords aggiunte per il settore delle utilities:

<p><b><i>Keywords aggiunte alla disclosure ESG per il settore:</i></b></p> <p>Ambiente Ambientale Sostenibile Sostenibilità Responsabile Responsabilità Riciclo Green Verde Naturali Naturale Bio Sociale Sociali Parità Genere Etica Etiche Innovazione Innovative Innovativa Occupazione Occupazionale Clima Climatiche Sviluppo</p>
--

Dopo aver selezionato le keywords da cercare nelle pagine X delle società del campione si è provveduto a effettuare una ricerca avanzata con determinati filtri in termini di keywords e di tempo (dal 01/01/2022 al 31/12/2022) e a contare i relativi tweet, ottenendo la seguente tabella:

Disclosure	totale	Freq Tweet
Riciclato	6	0,36%
Consumo di energia	8	0,49%
Biodiversità	24	1,46%
Emissioni	55	3,34%
Effluvi	0	0,00%
Rifiuti	75	4,55%
Fuoriuscite	0	0,00%
Impatti	10	0,61%
Impatti ambientali	2	0,12%
Ambiente	177	10,74%
Ambientale	60	3,64%
Ambientali	91	5,52%
Riciclo	28	1,70%
Green	118	7,16%
Naturali	12	0,73%
Naturale	31	1,88%
Bio	0	0,00%
Clima	16	0,97%
Climatiche	2	0,12%
<b>Impatto ambientale</b>	<b>715</b>	<b>43,39%</b>
Sociale	48	2,91%
Sociali	48	2,91%
Parità	14	0,85%
Genere	33	2,00%
Etica	1	0,06%
Etiche	0	0,00%
<b>Impatto sociale</b>	<b>144</b>	<b>8,74%</b>
Innovazione	198	12,01%
Innovative	62	3,76%
Innovativa	42	2,55%
Occupazione	6	0,36%
Occupazionale	0	0,00%
Sostenibile	188	11,41%
Sostenibilità	243	14,75%
Sviluppo	194	11,77%
Governance	<b>933</b>	<b>56,61%</b>
<b>totale</b>	<b>1648</b>	<b>100,00%</b>

Tabella 1. Tabella Keywords presenti nei Tweet

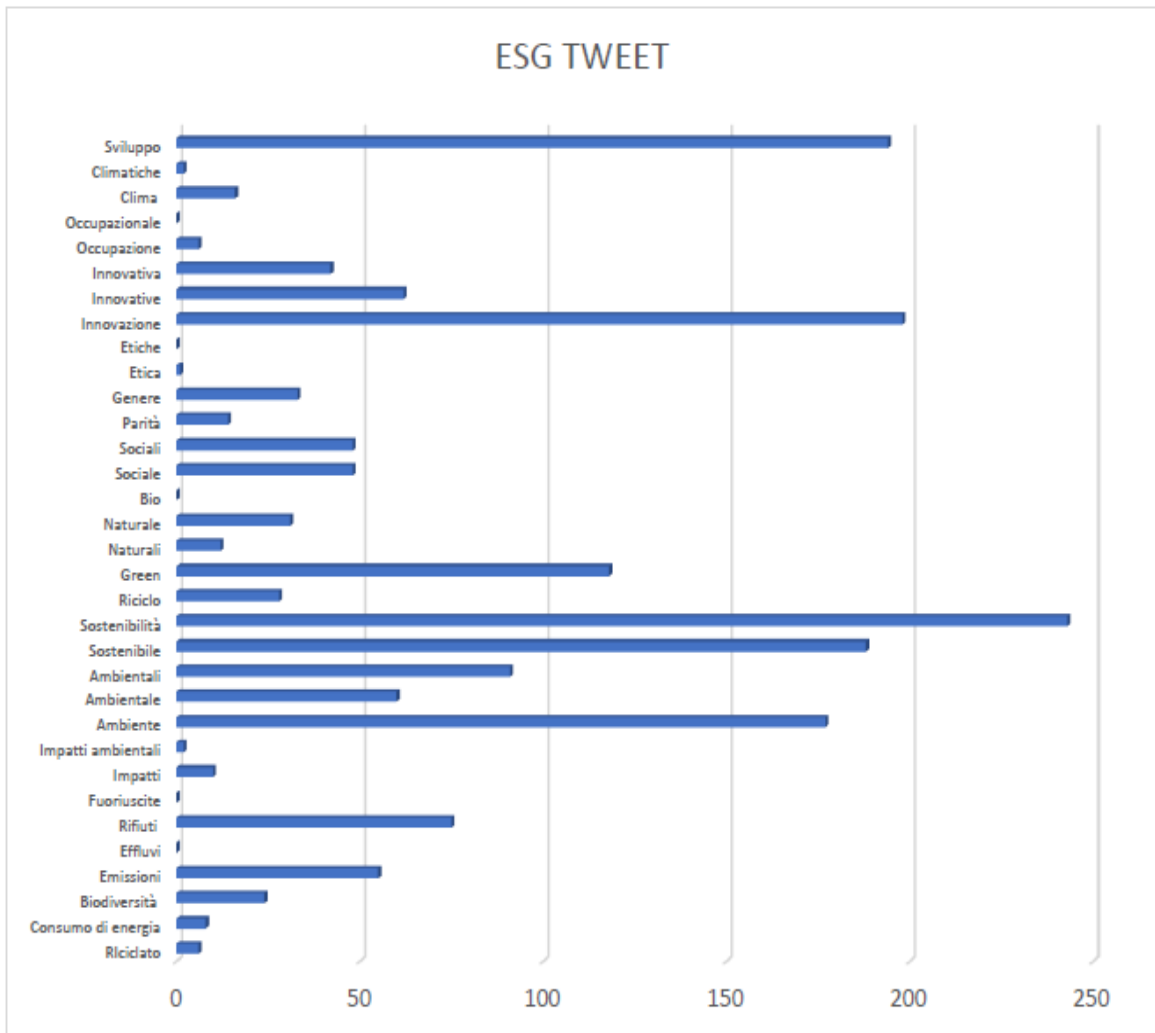


Figura 1. Keywords presenti nei Tweet

Dall'analisi delle frequenze delle parole cercate nei tweet si evince che i termini più inseriti sono quelli che possono incrementare la visibilità della società come sostenibilità, sviluppo e innovazione rafforzando l'ipotesi che la comunicazione odierna via Social serva solo a rafforzare il brand. Questo è confermato dalla prevalenza nei tweet estratti di keywords generali come sostenibilità 14,75%, innovazione 12,01%, sostenibile 11,41%, sviluppo 11,77% e ambiente 10,74% che racchiudono ben il 60,68% dei vocaboli rispetto a quelle più specifiche riguardanti i dati effettivi relativi all'ESG come impatti, emissioni, effluvi, rifiuti, consumo di energia e riciclato.



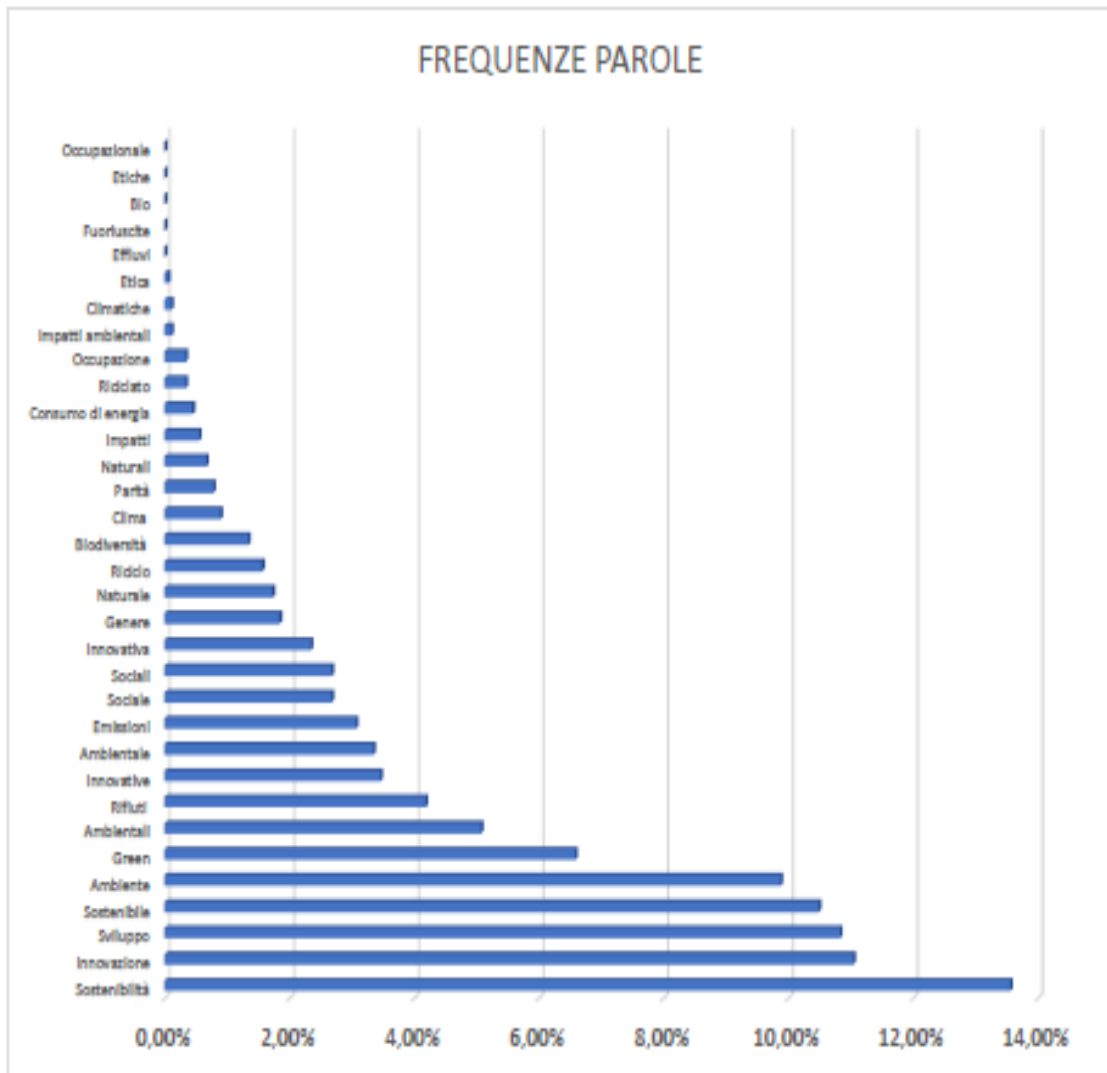


Figura 2. Keywords presenti nei Tweet ordinati per frequenza

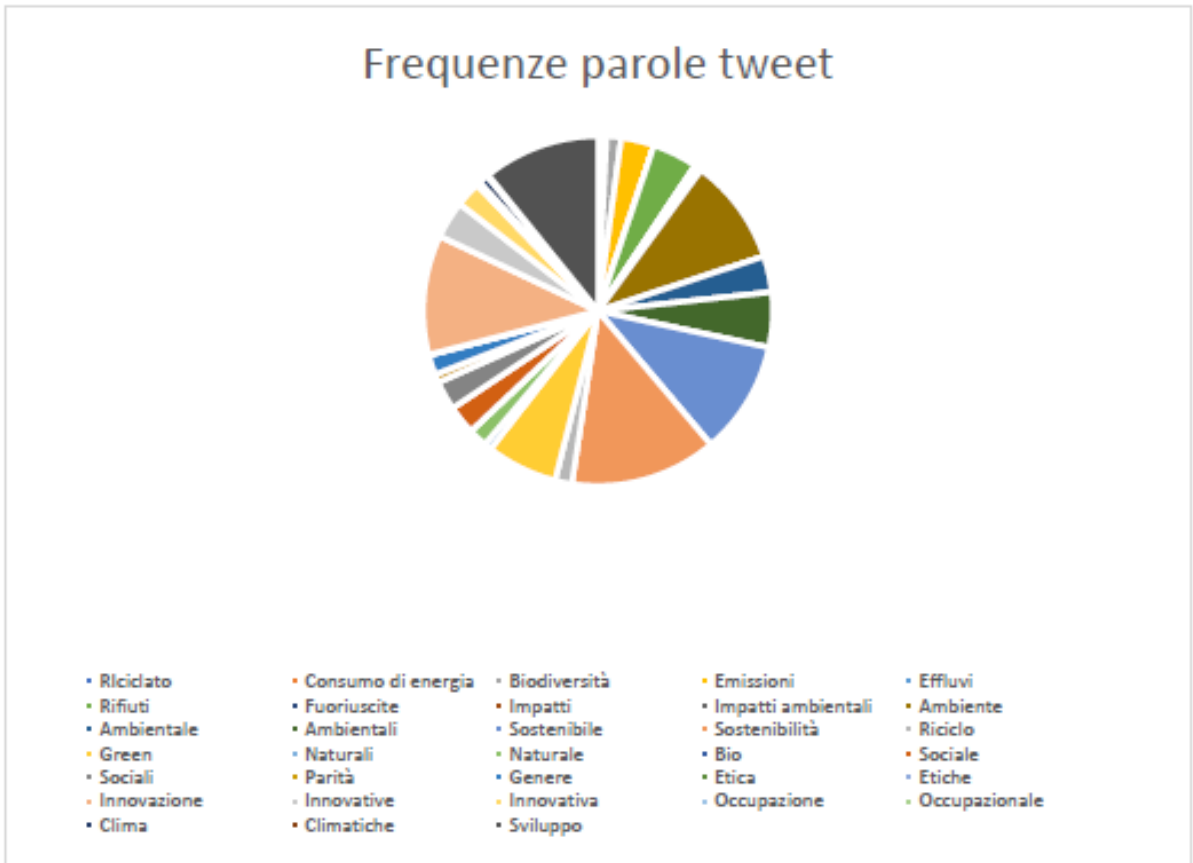


Figura 3. Frequenze Keywords presenti nei Tweet

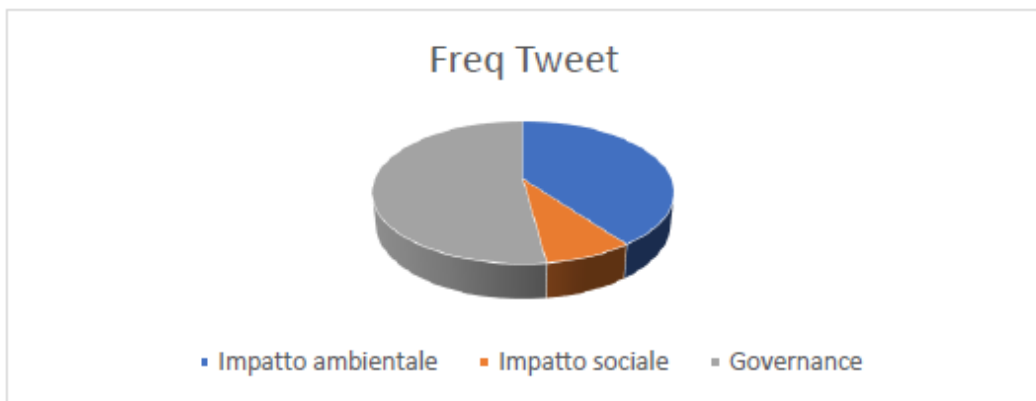


Figura 4. Keywords presenti nei Tweet per area di impatto ESG

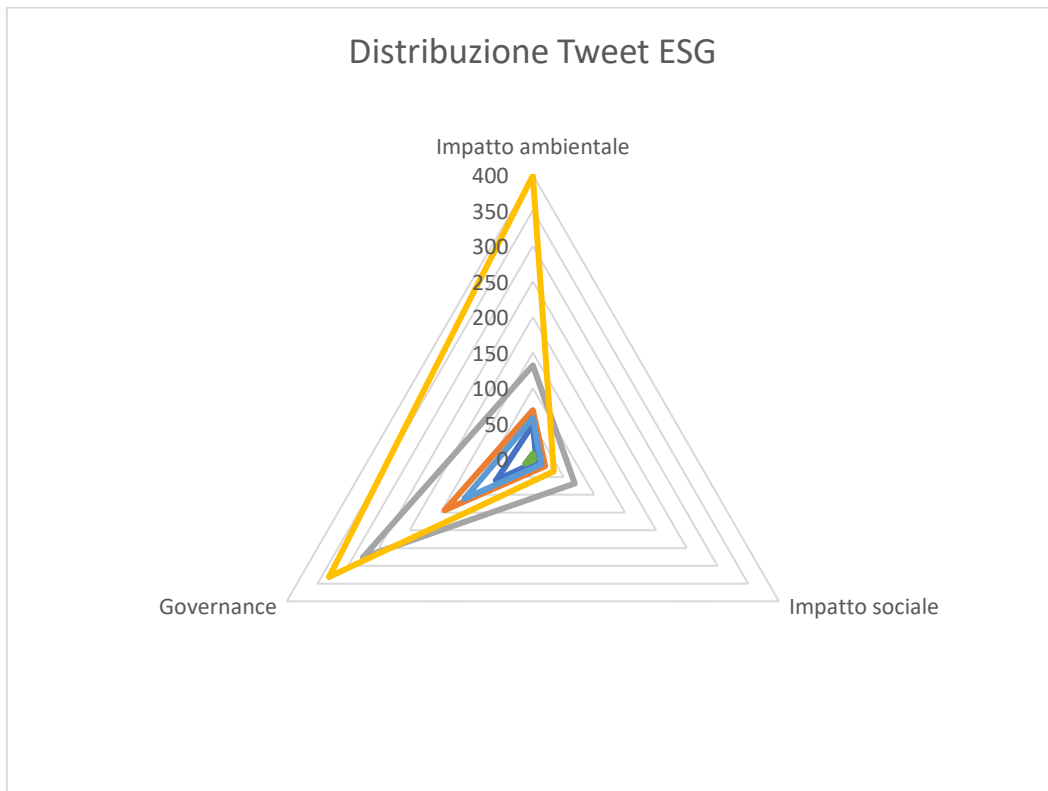


Figura 5. Grafico radiale con analisi delle aree di impatto ESG dei Keywords presenti nei Tweet

Dall'analisi della distribuzione dei Tweet trovati nelle tre aree di impatto si evidenzia una maggiore comunicazione riguardante l'area ambientale e delle politiche di governance che accentua la visione della comunicazione via Social utilizzata per pubblicizzare un'immagine green del marchio.

Unità	ESG Score	ESG Risk Rating	esg indice tweet	FREQ ESG TWEET	ESG Tweet
1	77	21,3	6,42	6,42%	115
2	58	20,1	12,95	12,95%	232
3	90	21,6	26,56	26,56%	476
4	90	18	42,63	42,63%	764
5	91	16,9	10,21	10,21%	183
6	87	14,3	1,23	1,23%	22
<b>TOTALE</b>	<b>493</b>	<b>112,2</b>	<b>100</b>	<b>100,00%</b>	<b>1792</b>
<b>MEDIA</b>	<b>82,17</b>	<b>18,70</b>	<b>16,67</b>	<b>16,67%</b>	<b>298,67</b>
<b>Dev. STA</b>	<b>12,92</b>	<b>2,84</b>	<b>15,30</b>	<b>0,15</b>	<b>274,26</b>

Tabella 2. Confronto Rating e Frequenze ESG

L'analisi statistica risente delle ridotte dimensioni del campione utilizzato e hanno una relativa significatività. Lo studio è già in evoluzione con un aumento della

numerosità del campione. L'analisi risulta comunque rilevante per la conferma dell'andamento sia della comunicazione via X rispetto alla comunicazione in generale sull'ESG e al rischio ESG.

Variable	N	Mean	Std Dev	Minimum	Maximum
ESG Score	6	82,17	12,92	58,00	91,00
ESG Risk Rating	6	18,70	2,84	14,30	21,60
ESG Tweet	6	298,67	274,26	22,00	764,00

		ESG Score	ESG Risk Rating	ESG Tweet
ESG Score	Pearson Correlation	1,00	-,37	,30
	Sig. (2-tailed)		,475	,570
	N	6	6	6
ESG Risk Rating	Pearson Correlation	-,37	1,00	,27
	Sig. (2-tailed)	,475		,607
	N	6	6	6
ESG Tweet	Pearson Correlation	,30	,27	1,00
	Sig. (2-tailed)	,570	,607	
	N	6	6	6

Tabella 3. Analisi Statistica dei dati raccolti

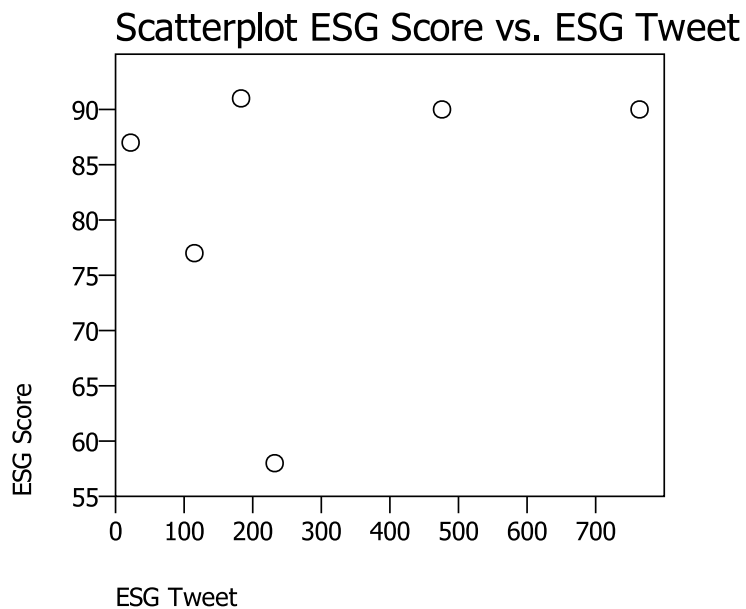


Figura 6. Grafico ESG Score vs. ESG Tweet

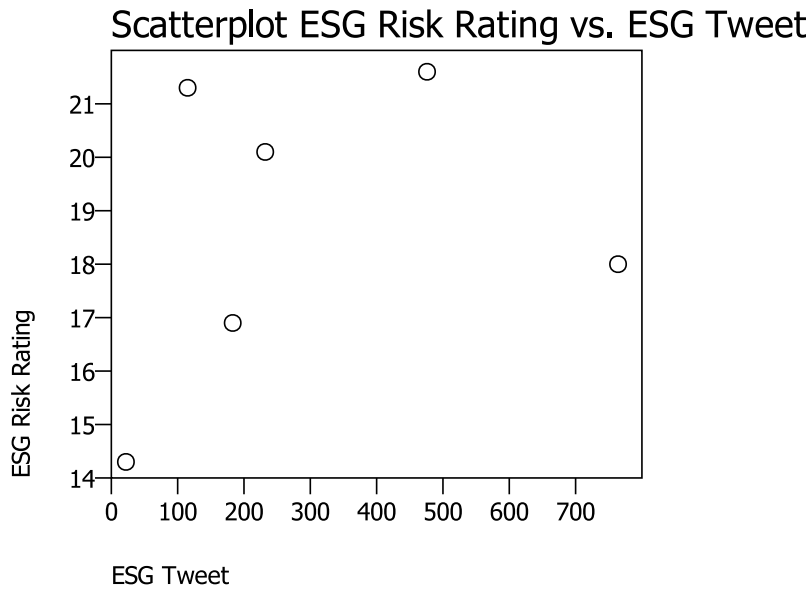


Figura 7. Grafico ESG Risk Rating vs. ESG Tweet

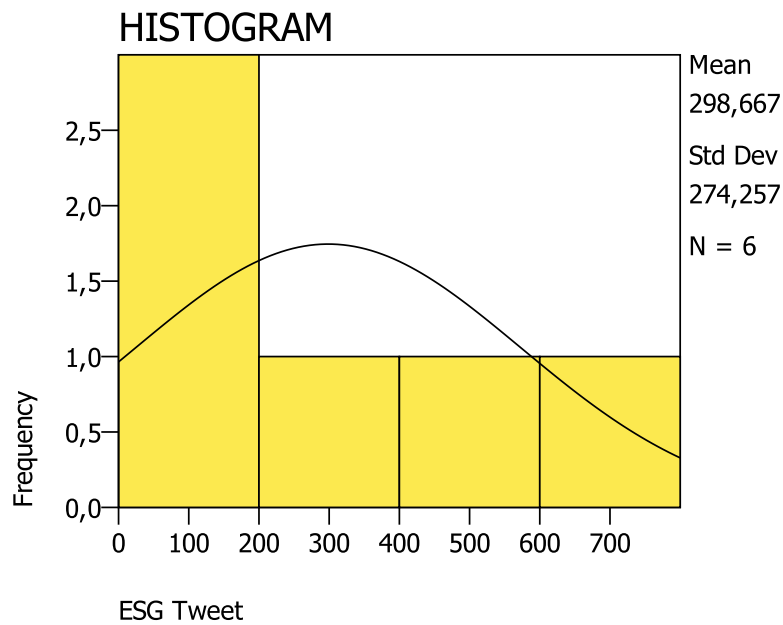


Figura 8. Grafico statistica Tweet

L'analisi statistica e grafica dei dati evidenziano una forte differenza comunicativa fra le aziende del campione. Si evince che alcune società sono propense a comunicare le informazioni sulla sostenibilità via Social e altre non ritengono opportuno l'utilizzo di questo canale e nello specifico nell'ambito sociale la comunicazione è molto

limitata. Inoltre, non si rileva una correlazione evidente fra la comunicazione ESG via X e gli Score e Rating ESG. Questa bassa correlazione deriva probabilmente oltre che dal numero ridotto delle società del campione anche da una differente tipologia di comunicazione adottata per gli impatti ESG. La comunicazione su altri canali societari contiene sia una disclosure volontaria che obbligatoria, mentre quella via social è prettamente una comunicazione volontaria direzionata dal management per dare determinati segnali al mercato di riferimento.

7. L'analisi dei dati rivela che le aziende del settore delle utilities attraverso i social media, in questo caso X, generalmente hanno implementato un modello di comunicazione della CSR quantitativamente limitato e probabilmente passivo, cerimoniale e simbolico basato sui vocaboli più generici quali sostenibilità, innovazione e sviluppo senza soffermarsi sui vocaboli che rivelano invece il reale impatto. Queste evidenze confermano i risultati di Monfort, Villagra, e López-Vázquez<sup>38</sup> nel loro studio sulle aziende sostenibili. Inoltre, l'analisi del campione evidenzia somiglianze e la tendenza verso l'isomorfismo in termini di costruzione semantica dei messaggi veicolati via X e della contestualizzazione delle argomentazioni usate nelle conversazioni interattive online. Come dimostrato dall'uso di parole chiave, la narrazione è costruita attorno al brand e ad argomenti generali con un orientamento limitato alla CSR nella strategia di comunicazione su X. Pertanto, il messaggio e il contenuto non forniscono una solida opportunità di interazione o coinvolgimento<sup>39</sup>. Invece, la comunicazione della CSR è principalmente mirata alle strategie di branding, senza esplorare il potenziale contributo all'incremento di performance aziendale attraverso l'uso dei social media.

I risultati di questo lavoro portano a dedurre un interesse limitato da parte delle imprese del settore utilities nel comunicare le proprie politiche, strategie e impatti riguardanti la CSR tramite X e per creare reali tendenze al dialogo via social sull'impegno nella CSR. È significativo che la maggior parte dei vocaboli rientrano in concetti generali e simbolici come sostenibilità, innovazione, e sviluppo sostenibile. Allo stesso tempo, le questioni sociali più specifiche e controverse vengono quasi escluse dal discorso di X, anche se il settore delle utilities in generale è sotto una continua pressione istituzionale riguardo a questi temi.

La comunicazione della disclosure sull'ESG rilasciata via social rientra nella disclosure volontaria che palesa le politiche di segnalazione del management aziendale. La Signalling Theory afferma che il management è portato a lanciare dei segnali al mercato attraverso la comunicazione. La disclosure volontaria in tutte le sue forme

<sup>38</sup> A. Monfort, N. Villagra, B. López-Vázquez, *Exploring stakeholders' dialogue and corporate social responsibility (CSR) on Twitter*, in *El profesional de la información*, v. 28 No. 5, 2019, e280513.

<sup>39</sup> E. Uzunoglu, S. Türkel, and B. Yaman-Akyar, *Engaging consumers through corporate social responsibility messages on social media: An experimental study*, in *Public relations review*, v. 43 No. 5, 2017, pp. 989-997.

evidenzia questi segnali. Dall'analisi della comunicazione via X si riconoscono dei segnali al mercato riguardanti una immagine green della società per ipotetiche politiche di rafforzamento del brand basate su una disclosure generica e non specifica.

Inoltre, l'analisi dei dati evidenzia che esiste una bassa correlazione fra rischio e comunicazione ESG via X, questo perché specialmente in un settore così delicato come le utilities, le informazioni materiali sulle strategie adottate per affrontare i rischi importanti si basano su una disclosure prettamente obbligatoria accentuando la concentrazione di una comunicazione, via Social e in particolare via X, poco utile per le decisioni degli stakeholder aziendali.

8. In conclusione, la comunicazione via X delle aziende analizzate del settore utilities si presenta limitata per quanto riguarda la semantica e conseguentemente evidenzia la scelta di altri canali comunicativi con una interattività piuttosto limitata con il pubblico, l'approccio al dialogo sembra essere trascurato e di fatto esclude o limita notevolmente l'utilizzo dello strumento per scopi di servizio al cliente. La maggior parte dei tweet non indicano un alto livello di keywords che evidenziano una limitata strategia comunicativa che potrebbe stimolare un'interazione. Si presume, inoltre, che abbiano un contenuto dichiarativo, con un orientamento simbolico riguardo alle questioni di sostenibilità e CSR e in quanto tali, probabilmente sono focalizzati sull'immagine e sul rafforzamento della brand identity.

La limitata quantità di informazioni presenti sulle pagine X relative all'ESG rileva ipoteticamente che la comunicazione effettuata potrebbe essere poco utile agli stakeholder per conoscere il reale impatto ESG, il relativo rischio e le strategie messe in atto dalle singole imprese. Maggiore è l'impatto ESG e maggiore dovrebbe essere la comunicazione sullo stesso come maggiore è il rischio legato all'ESG e maggiore dovrebbe essere la comunicazione di queste informazioni. Lo stakeholder, infatti necessita di una maggiore disclosure per prendere delle decisioni informate. Questo concetto non viene applicato nella comunicazione via X. Questa politica comunicativa è confermata dalla prevalenza (il 60,68% delle parole trovate) nei tweet estratti di keywords generali come sostenibilità, innovazione e ambiente rispetto a vocaboli più specifici riguardanti i dati effettivi relativi all'ESG come impatti, emissioni, effluvi, rifiuti, consumo di energia e riciclato.

Le ipotesi dello studio ribadiscono il collegamento tra la disclosure utile agli stakeholder e l'interazione effettuata via Social da questi ultimi. Se l'informativa risulta utile all'utente, quest'ultimo è stimolato all'interazione. Dall'analisi quantitativa della comunicazione via X, il settore delle utilities applica un approccio poco attivo nel comunicare in materia di problemi sociali e ambientali probabilmente legato ad alti livelli di simbolismo nell'applicazione del linguaggio insieme alla forte tendenza all'imitazione reciproca tra le strategie di comunicazione delle aziende del settore utilities che si potrebbe tradurre in livelli ridotti di interazione e impegno nella comunicazione sulla CSR con le parti interessate tramite X che cercheremo di studiare

nei lavori successivi. Le aziende analizzate di fatto probabilmente applicano strategie comunicative di mera trasmissione e non approfittano del potenziale dialogico dei social media o del loro utilizzo nelle strategie di comunicazione. Inoltre, l'interattività e l'impegno con il pubblico in tema di CSR potrebbe rivelarsi piuttosto passivo, difensivo e simbolico dimostrando una tendenza all'omogeneità. Il limitato numero di informazioni rilevate sull'impatto sociale e ambientale sottolinea che nella pratica i dialoghi sulla CSR probabilmente avvengono in un luogo che di fatto è una mera rappresentazione simbolica, la comunicazione dialogica e bidirezionale sulle questioni legate alla CSR non è sufficientemente utilizzata come strumento per migliorare la legittimità delle aziende a livello globale e a livello sociale. Ciò rivela la necessità di modelli semantici rilevanti e di ulteriori studi sull'uso dei social media nelle strategie di comunicazione della CSR per fornire nuove informazioni sulla gestione della reputazione e per consentire la costruzione di dialoghi relazionali con gli stakeholder e delineare le relative strategie interattive di reputazione aziendale.

Lo studio è stato fortemente limitato dalla difficoltà di raccolta dei dati relativi agli score riguardanti l'ESG e dalla decisione di una raccolta manuale degli stessi. Il campione inoltre è risultato di ridotte dimensioni sia per le difficoltà già menzionate che dalla scelta di un unico settore riguardante un unico Paese l'Italia. Si sta procedendo ad una raccolta sistematica dei dati prendendo in considerazione le società di vari settori accomunate da alcune caratteristiche di rischio precedentemente individuate. L'analisi si muoverà anche verso l'analisi del Sentiment rispetto ai tweet ricercati tramite like e commenti analizzando le reazioni degli stakeholder e il livello di interazione di questi ultimi. Infine, aumentando la numerosità del campione si potrà analizzare le differenze comunicative via social rispetto ai settori e ai paesi presi in considerazione.



Piero Marra

## DEONTOLOGIA FORENSE E “FIDES”\*

### ABSTRACT

Nelle sue *Epistulae*, Plinio il Giovane sceglie l'espressione *advocati fides* per descrivere il comportamento tenuto da un avvocato esemplare. Essa include anche l'uso accorto delle tecniche di *ars rhetorica* e di argomentazione che, prima e oltre i codici di condotta, connotano la professione legale come attività virtuosa. Si tratta del fondamento etico della deontologia che sposta il discorso dal piano dell'*essere* a quello del *dovere-di-essere* di un avvocato.

In his *Epistulae*, Pliny the Younger chooses the expression “advocati fides” to describe the behaviour of an exemplary lawyer. It also encompasses the wise use of rhetorical techniques and argumentation that, before and beyond codes of conduct, characterize the legal profession as a virtuous practical activity. This is the ethical foundation of deontology that shifts the discourse from the realm of “is” to that of “ought-to-be” of a lawyer.

### PAROLE CHIAVE

Deontologia – etica della professione forense – *fides*. Deontology – ethics of legal profession – *fides*.

SOMMARIO: 1. Regole deontologiche e tecniche forensi. – 2. Il *vir bonus* nelle *Epistulae* di Plinio il Giovane. – 3. Pratica del diritto e virtù forensi.

1. La deontologia forense traccia i modelli di condotta e i codici di comportamento che è tenuto a seguire chi svolga la professione di avvocato<sup>1</sup>. Figura spesso trascurata dalla riflessione sul diritto, eppure essenziale per una metodologia che voglia sino in fondo individuare alcune caratteristiche del diritto contemporaneo<sup>2</sup>.

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

<sup>1</sup> Ma anche chi si accinga a svolgerla. Infatti, come stabilisce l'art. 2, comma 2, del vigente codice deontologico forense italiano (approvato dal Consiglio nazionale forense nella seduta del 31 gennaio 2014 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 241 del 16 ottobre 2014) anche «I praticanti sono soggetti ai doveri e alle norme deontologiche degli avvocati e al potere disciplinare degli Organi forensi». Non va nemmeno taciuto il ruolo che la deontologia, così come lo studio dell'etica professionale, può assumere nella fase di apprendimento del diritto, come d'altra parte viene consacrato nel D.M. del 25 novembre 2005, n. 293 di riforma degli studi giuridici.

<sup>2</sup> Lo ha evidenziato A. Schiavello, *L'avvocato Hercules tra certezza e flessibilità del diritto*, in *Ordines*, 2, 2021, pp. 350-352.

È d'altronde comune l'idea secondo cui la deontologia inizi a formarsi durante il medioevo, per poi svilupparsi nell'età moderna, in base a due fattori: il diritto e la teologia morale<sup>3</sup>. Entrambi vengono progressivamente recepiti e intrecciati nei trattati specialistici sull'avvocatura dell'età moderna, composti prevalentemente da giudici e avvocati (ma talora anche da ecclesiastici), dando luogo ad una produzione scientifica gradatamente implementatasi dalla fine del XV secolo all'esterno dell'ambiente accademico delle università: contributi, questi, che miravano ad offrire ai difensori indicazioni pratiche da osservare nell'esercizio della professione, affinché, rispettando regole di comportamento (per lo più allora reperibili in maniera sparsa e frammentaria in svariate opere giuridiche e teologiche), potessero scongiurarsi abusi e mancanze (che, dunque, risultavano essere, come segnalavano gli stessi trattatisti, alquanto frequenti)<sup>4</sup>.

Costituivano, pertanto, «precetti validi tanto per il foro interno quanto per il foro esterno», sebbene occorra tener conto che «la separazione fra diritto e morale, avviata nel Cinquecento e portata a compimento solo alla fine del Settecento, condusse progressivamente a distinguere fra regole giuridiche e regole morali e che, tra XVI e XVII secolo, tutto il dibattito sulla deontologia forense si fondò sul conflitto tra foro interno e foro esterno». Furono così individuati e messi a punto dai trattatisti

i doveri degli avvocati, nei rapporti con i colleghi, con i giudici, con la parte assistita, definendo i principi e le regole, che ancora oggi, pur con i necessari adattamenti, sono enunciati dal codice deontologico forense italiano. Basterà ricordare, in proposito, i doveri di fedeltà, di segretezza, di diligenza, di competenza e di indipendenza. Alcune regole, che nel medioevo e nell'età moderna contribuirono a delineare una specifica deontologia forense, volta a inserire il difensore in uno schema processuale teso all'accertamento della verità e a sottolineare il ruolo di collaborazione all'amministrazione della giustizia, hanno subito invece maggiori modifiche, anche dal punto di vista lessicale, come, ad esempio, quelle che oggi definiamo come doveri di lealtà e di verità e che nell'età del diritto comune si espressero soprattutto nei divieti di difendere cause ingiuste e di difendere in modo ingiusto<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Ce lo ha ricordato di recente F. Arcaria, «Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile etiam si minus sit verum, defendere». *Il 'dovere di verità' tra la deontologia forense italiana e l'esperienza giuridica romana*, Satura-Napoli 2020, p. 74 ss. nt. 13 (ma v. pure p. 2 nt. 2, p. 69 nt. 1), che ne ricostruisce il quadro evolutivo, a cui si rinvia e si fa riferimento in prosieguo. V. pure R. Bianchi Riva, *L'avvocato non difenda cause ingiuste. Ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Vol. 1: Il medioevo*, Giuffrè, Milano 2012, p. 225 ss., Id., *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto ed etica in età moderna*, Giuffrè, Milano 2015, p. 283 ss. e Id., *L'avvocato tra ricerca della verità e difesa del cliente. Una conciliazione possibile?*, in *Italian Review of Legal History*, 2, 2017, p. 2 ss.

<sup>4</sup> L'intento di evitare un esercizio scorretto dell'attività rappresenta la matrice patologica, più che fisiologica, della formazione dei codici deontologici, troppo spesso irrigiditi in doveri o divieti assimilabili al diritto punitivo, come ha evidenziato I. Trujllo, *Virtù e professioni giuridiche: i limiti della deontologia*, in *Ars Interpretandi*, 1, 2022, p. 89.

<sup>5</sup> Lo ha rilevato F. Arcaria, «Iudicis est semper in causis verum sequi...», cit., p. 75 nt. 13.

Qui l'«elemento della “morale” è talmente preponderante, da segnare ancor'oggi il dibattito sulla qualificazione, se giuridica o morale, delle norme deontologiche», che rappresentano una parte essenziale della “disciplina dell'avvocatura”<sup>6</sup>.

È un settore la cui fisionomia deriva da apporti che completano quelli delle raccolte canoniche, della dottrina civilistica e canonistica di produzione universitaria, degli *ordines iudiciorum* e delle fonti normative regie o statutarie, nonché della teologia morale, e specialmente della *Summa theologiae* di Tommaso d'Aquino, dalle *summae confessorum* e dai testi della scuola di Salamanca. Ma si registra anche il contributo, niente affatto trascurabile, della letteratura greca e romana e della compilazione giustiniana<sup>7</sup>. Viene infatti ricalcato il modello di difesa frutto dell'esperienza romana sino a Giustiniano, sebbene esso, com'è ovvio, presenti peculiarità. Ne è un esempio il cosiddetto “dovere di verità”, che non è rintracciabile in quella cultura giuridica antica nelle forme in cui lo si proclama attualmente, peraltro richiamando in modo improprio e contraddittorio la celebre frase di Cicerone (*Iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum: de officiis. 2.14.51*) di frequente rintracciabile, ma con un impiego decontestualizzato, in pubblicazioni degli ordini forensi e in commenti a note vicende processuali<sup>8</sup>. Né gli strumenti forniti dall'*ars rhetorica*, essenziali per allestire accurate argomentazioni e pratiche discorsive, possono essere intesi come meri fattori di mistificazione della “verità processuale”<sup>9</sup>. D'altronde, il sapere doxastico alla base della verità *nel* processo, pur costruito sulla opinione, a voler riprendere una idea platonica, non implica affatto che esso sia un sapere poco rigoroso<sup>10</sup>.

In generale la deontologia assume la funzione di regolamentare i comportamenti di tutti coloro che si occupano, perché loro affidata, della tutela di interessi individuali o collettivi. Il fondamentale parametro di riferimento è il canone della correttezza. Qualsiasi condotta, anche se finalizzata a garantire il massimo risultato utile per la parte difesa in giudizio, è soggetta a valutazione, che consiste nell'accertare se essa possa considerarsi o meno corretta, e quindi buona o cattiva, degna o indegna, meritevole di approvazione o di biasimo. Ma i precetti che compongono un sistema di norme deontologiche (che può crearsi, ed in effetti si crea, in ogni epoca) non sono affatto

<sup>6</sup> *Ibidem*.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

<sup>8</sup> Di recente, L. Peppe, *Nota in materia di deontologia professionale e onorari nella pratica giuridica romana: giuristi, oratori, avvocati*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, 1, 2021, p. 200 ss.

<sup>9</sup> Lo ha puntualizzato ultimamente F. Procchi, *L'argomentazione ed il metodo nella difesa oggi: prolegomeni ad una nuova retorica giudiziaria*, in *Il fascino della comunicazione tra antico e presente. Atti della tavola rotonda di Urbino 7 e 8 aprile 2022*, a cura di M. Frunzio, Collana Retoricamente, Intra-Pesaro 2022, p. 39 ss., in un'ampia disamina di temi deontologici.

<sup>10</sup> È la tesi di S. Fuselli, *La verità nel processo. Percorsi di logica ed epistemologia*, FrancoAngeli, Milano 2022. Non può nemmeno essere trascurato come il processo sia estraneo al discorso apofantico e, invece, rilevi la logica della “verità ontica”, come ha rimarcato A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci, Bari 2016<sup>2</sup>, pp. 261 ss.

astratti. Presentano, anzi, risvolti pratici essenziali per assicurare la qualità ed efficacia della prestazione espletata da chi, come nel caso dell'avvocato, di quegli interessi è affidatario<sup>11</sup>.

2. Il carattere fondamentalmente *pratico* della deontologia affiora dalle pagine di un recente libro di Aurelio Arnese<sup>12</sup>. Al centro, una fonte preziosa, le *Epistulae* di Plinio il Giovane, il quale svolse sin dall'età di diciannove anni, e con continuità, l'attività forense soprattutto sotto gli imperi di Nerva e Traiano<sup>13</sup>.

Colpisce l'espressione *advocati fides*, coniata (ma in continuità con il pensiero di Cicerone e Quintiliano) da Plinio<sup>14</sup>, e che, come mette in evidenza Arnese, non allude solo all'idea di "fiducia" nel senso di lealtà e correttezza (secondo il significato alquanto letterale che può ascriversi al vocabolo latino *fides*), ma tende a designare il comportamento, piuttosto complesso, che "tiene" un avvocato che possa dirsi virtuoso ed esemplare. In questo senso, la deontologia forense *presuppone* un'etica delle professioni legali.

Si tratta di un aspetto di grande rilievo che implica, tra l'altro, come osserva l'Autore, l'essere *vir bonus* (pp. 6-10), l'indipendenza (pp. 73-83), la solidarietà professionale (pp. 11-16, 29-30), l'evitare di incorrere in *praevaricatio* (pp. 16-28, 43-45), cioè nello svolgimento in modo scorretto dell'attività difensiva, il saper condividere vantaggiosamente una linea di difesa (pp. 29-30), il dovere di competenza e completezza (pp. 31-52), la libertà di accettare incarichi (pp. 55-57), il sottrarsi a situazioni di potenziali conflitti di interessi (pp. 55-61), il coraggio, la generosità e l'ambizione (pp. 61-64), la fedeltà e la correttezza verso i clienti (pp. 73-83), da difendere come e più della Patria (pp. 52-54). E ha ricadute assai pratiche, perché ricomprende anche la sapiente utilizzazione delle tecniche dell'*ars rhetorica* indispensabili per allestire nella maniera più adeguata le tesi da sostenere e l'"ideazione di efficaci strategie difensive" (è il *Leitmotiv* che si scorge nel lavoro di Arnese), inclusa

<sup>11</sup> Lo si desume pure dall'art. 1, comma 3, dell'attuale Codice deontologico italiano.

<sup>12</sup> A. Arnese, *Advocati fides e strategie difensive nelle Lettere di Plinio*, Cacucci, Bari 2023.

<sup>13</sup> L'Autore fornisce ampie indicazioni biografiche sulla figura di Gaio Cecilio Secondo (denominato "il Giovane", per distinguerlo dal famoso zio materno e padre adottivo Gaio Plinio Secondo, autore della *Naturalis Historia*, il quale, educandolo e adottandolo, trasformò quello del nipote in Gaio Plinio Cecilio Secondo) e sui molti e rilevanti processi che fu chiamato a patrocinare: A. Arnese, *Advocati fides*, cit., p. 3 nt. 6, p. 5 nt. 12.

<sup>14</sup> L'adopera in *Epist.* 7.33.7, in cui parla del processo tenutosi nel 93 d.C. e dell'incarico di accusatore di Bebio Massa, che era stato governatore della Betica rendendosi responsabile di corruzione e malversazioni, cioè del *crimen de repetundis*, punito nei casi più gravi (*cum saeviia*) con la sanzione capitale (... *Massa questus Senecionem non advocati fidem, sed inimici amaritudinem implese impietatis reum postulat*). In un'altra lettera (5.13.2) impiega invece una immagine analoga (*non fidem sibi in advocacy*) riferendosi ad un avvocato, un tale Tuscillo Nominato, che si era mostrato irrispettoso della *fides* nei confronti dei clienti. Espressioni simili, con riguardo all'accusatore, al *patronus*, al *defensor* e in generale all'*orator*, ricorrono nelle opere di Cicerone e Quintiliano, e le censisce A. Arnese, *Advocati fides*, cit., p. 12 e nt. 5.

quella del silenzio allorché sia utile a spiazzare gli avversari e a conseguire il risultato della sinteticità e della chiarezza (pp. 65-71).

Insomma, la concezione pliniana dell'*advocati fides* consente per un verso di apprezzare l'importanza della retorica come mezzo ancora in grado di fornire un fondamentale contributo alla conoscenza e utilizzazione degli strumenti (e non solo per i giuristi) indispensabili per conseguire l'effetto di una corretta e persuasiva comunicazione, e per altro verso permette di recuperare l'"essenza" stessa dell'avvocatura. Anzi la sua "identità": che, come rileva Arnese nella *Prefazione* (p. X), oggi «sembra perdere i suoi peculiari e tradizionali tratti distintivi, per somigliare sempre più ad altri tipi di professioni, fino ad assumere pure connotati imprenditoriali. In tal senso basti pensare alla nuova normativa sulle società (anche di capitale) tra avvocati, contenuta nell'art. 4 *bis* della L. 247/2012, introdotto dall'art. 1, comma 141, lett. b) della L. 124/2017, in vigore dal 29 agosto 2017: una disciplina spiccatamente ritagliata per i grandi studi legali, che talora si muovono come vere e proprie imprese con fini di lucro».

3. Riscoprire l'essenza e l'identità dell'avvocatura permette di non temere le innovazioni che il mutare dei tempi comporta, «accettandole invece come sviluppi di una tradizione antichissima e assai nobile, che però va salvaguardata anche a fronte delle nuove sfide poste dall'intelligenza artificiale», su cui Arnese si sofferma nel paragrafo finale (pp. 87-105), confutando, con argomenti persuasivi, le tendenze estremistiche che vorrebbero utilizzare le nuove tecnologie informatiche per sostituire l'uomo, rischiando di trasformare, quella presente (ma anche la prossima), in una «età della disumanizzazione», spingendosi sino a rimodulare categorie universali e senza tempo, quali sono ad esempio l'equità e la causalità, tramite nozioni "informatiche" o modelli "matematici", neppure tanto comprensibili<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> La critica di Arnese trae spunto dall'analisi che di esse compie G. D'Acquisto, *Decisioni algoritmiche. Equità, causalità, trasparenza*, Giappichelli, Torino 2022, spec. pp. 44, 46 e 73 ss. L'equità, dal punto di vista "informatico" o "matematico", viene rappresentata come l'aspirazione di «andare oltre al criterio di decisione istantaneo basato unicamente sull'uguaglianza delle misure adottate, considerando anche gli effetti successivi del giudizio», ed è definita «non soltanto un principio a cui ispirarsi, ma come un "oggetto matematico" misurabile che impone vincoli di natura progettuale sia sui modelli matematici da adottare, sia sui dati da misurare». La "causalità", da un'angolazione "informatica" o "matematica", è raffigurata come una «relazione causa-effetto tra due fenomeni», da formalizzare «in termini logico-matematici in modo da diventare un algoritmo», attraverso la statistica e la «randomizzazione» quale «modalità sperimentale per accertare la presenza di un nesso causale tra due grandezze *X* e *Y*»; ma «in alternativa all'approccio sperimentale è anche possibile effettuare un'analisi causale basata unicamente sull'impiego dei dati osservati», senza prevedere «alcun intervento attivo dell'uomo sulla realtà», scoprendo «un eventuale nesso causale tra due grandezze *X* e *Y*», basandosi soltanto «sui dati che un fenomeno offre nella sua evoluzione naturale». Dal canto suo, Arnese osserva che (p. 95, 99) «l'equità innanzitutto non è solo uguaglianza, tantomeno quantitativa. Anzi, la parola stessa significa anche "proporzione", "simmetria", "equilibrio", e in senso traslato vuol dire anche "giustizia"». Aggiunge che «la nozione di equità, per così dire, "non informatica" o "non matematica" – l'unica condivisibile –, risale alla tradizione greco-romana» ed «evoca ciò che è giusto, ragionevole sul piano umano e sociale.

Canoni deontologici e tecniche forensi tendono ad intrecciarsi e talvolta finiscono col coincidere. Si percepisce così “un messaggio”, che Arnese coglie e lascia affiorare dall’epistolario pliniano e che costituisce una indicazione, al contempo ontica e deontica, durevole e di grande intensità: «un avvocato abile, capace, preparato, è anche colui che rispetta e mette effettivamente in pratica i precetti etici imposti dalla *fides* e che in essa sono racchiusi»<sup>16</sup>. È questa la via, necessaria, per un uomo ed un avvocato virtuoso.

Ed è un fenomeno che non può ridursi a semplici dinamiche economiche o statistiche, perché è invece plasmato dai sentimenti degli uomini, dai valori (più o meno) radicati in una certa collettività, e può persino essere influenzato da fattori imprevedibili (come uno stato di emergenza provocato da una improvvisa calamità naturale, una epidemia o una guerra)». «Altrettanto riduttiva e impropria», continua Arnese (pp. 99-100) «appare la proposta di definizione, anch’essa tutta “informatica” o “matematica”, della causalità, che com’è noto è l’elemento fondamentale per individuare il nesso eziologico tra inadempimento o fatto illecito e danno che ne sia derivato, dunque rispettivamente in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale». Si tratta, insomma, della raffigurazione di una causalità solo scientifica, e con meccanismi alquanto complicati, difficilmente comprensibili per chi non abbia una idonea mentalità e preparazione anche nel settore matematico, statistico e informatico. Tuttavia, la causalità scientifica non va e non può essere assunta in termini assoluti. Anch’essa va intesa secondo un criterio di ragionevole probabilità scientifica ispirato al principio del “più probabile che non”, da ancorarsi non esclusivamente alla determinazione quantitativo-statistica delle frequenze di classe di eventi (cd. probabilità quantitativa), ma riconducendone il grado di fondatezza all’ambito degli elementi di conferma disponibili nel caso concreto (cd. probabilità logica, come ha di recente affermato la Suprema Corte di Cassazione, Sez. lav., 3 febbraio 2021, n. 2474; ma v. pure Sez. IV<sup>^</sup> penale, 24 febbraio 2021, n.16843). E il criterio di ragionevolezza non si può cristallizzare, ma va adeguato sia ai progressi scientifici e sia al naturale evolversi del diritto».

<sup>16</sup> A. Arnese, *Advocati fides*, cit., p. 87.

Pierluca Massaro

## LE ORGANIZZAZIONI CRIMINALI STRANIERE IN ITALIA E LA QUESTIONE DEL METODO MAFIOSO\*

### ABSTRACT

Il presente contributo propone alcune riflessioni in chiave socio-criminologica sul fenomeno ancora non sufficientemente studiato delle cosiddette “mafie etniche” o “nuove mafie”, espressioni evocate spesso impropriamente in riferimento alle organizzazioni criminali straniere operanti nei mercati illeciti italiani ed internazionali. Consorzierie anche molto diverse per origine, caratteristiche organizzative e strategie operative, in relazione alle quali la valutazione circa la sussistenza del metodo mafioso, ai fini della configurazione della fattispecie di cui all’art. 416 bis c.p. (“Associazioni di tipo mafioso anche straniere”), richiede una accurata ponderazione che chiama in causa anche un sapere socio-criminologico.

This paper proposes some socio-criminological reflections on the still insufficiently studied phenomenon of the so-called “ethnic mafias” or “new mafias”, expressions often evoked improperly in reference to foreign criminal organizations operating in the illicit Italian and international markets. Criminal cliques also very different in origin, organizational characteristics and operational strategies, in relation to which the assessment regarding the existence of the mafia method, for the purposes of configuring the case referred to in art. 416 bis c.p. (“Mafia-type associations, including foreign ones”), requires careful consideration which also calls into question socio-criminological knowledge.

### PAROLE CHIAVE

Immigrazione – Mafia – Criminalità organizzata

Immigration – Mafia – Organized crime

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La scoperta del fenomeno. – 3. Le organizzazioni criminali straniere come “nuove mafie”? – 4. Conclusioni

1. Già a partire dagli anni novanta, non diversamente da quanto accaduto in altri paesi europei, la questione migratoria ha assunto un ruolo centrale nel dibattito politico italiano, con una attenzione presto incentratasi specificamente sui temi del controllo e della sicurezza in luogo di quelli del lavoro e dell’occupazione. Una fase di “politicizzazione dell’immigrazione”<sup>1</sup> nella quale il sentimento di insicurezza per gli

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

<sup>1</sup> L. Einaudi, *Le politiche dell’immigrazione in Italia dall’Unità a oggi*, Laterza, Bari 2007.

stranieri, alimentato dalla paura prima della criminalità e poi del terrorismo, diventava oggetto strumentalmente utilizzato per giustificare politiche criminali populisticamente orientate e basate principalmente sul controllo dei confini e sulla lotta all'immigrazione irregolare. La svolta securitaria impressa nei primi anni duemila ha trovato delle «vere e proprie norme bandiera»<sup>2</sup> - esempi di un diritto penale simbolico ed espressivo - in quelle contenute nei pacchetti sicurezza approvati nel 2008 e nel 2009 all'inizio della XVI legislatura<sup>3</sup>, in particolare l'introduzione con la legge 125 del 2008<sup>4</sup> della aggravante della clandestinità, successivamente dichiarata incostituzionale, ed il reato di immigrazione clandestina<sup>5</sup>.

L'attenzione per queste ed altre norme<sup>6</sup> di carattere repressivo contenute nel primo pacchetto di sicurezza ha lasciato in ombra la modifica apportata alla rubrica dell'art. 416 bis del codice penale con l'aggiunta delle parole «anche straniera» («Associazioni di tipo mafioso anche straniera») il cui testo così recita: «Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alla camorra, alla 'ndrangheta e tutte le altre associazioni, qualunque sia la loro denominazione locale, anche estere, che mirano a raggiungere scopi corrispondenti a quelli dell'associazione illecita di tipo mafioso, sfruttando il potere intimidatorio dell'associazione».

Un intervento legislativo tuttavia pleonastico a cui si può attribuire una valenza poco più che simbolica, di legittimazione del tentativo - già in atto da alcuni anni da parte della magistratura - di ricondurre le organizzazioni criminali straniere nella fattispecie di reato di cui all'articolo 416 bis c.p. Negli stessi mesi del 2008, la legge

<sup>2</sup> E. Valentini, *La leva penale quale veicolo di coercizione*, in F. Curi et al. (a cura di), *I migranti sui sentieri del diritto. Profili socio-criminologici, giuslavoristici, penali e processualpenalistici*, Giappichelli, Torino 2021, p. 289.

<sup>3</sup> Le questioni relative all'immigrazione, ed in particolare il contrasto all'immigrazione clandestina e ai reati connessi, sono stati argomento di dibattito politico fin dall'inizio della XVI legislatura. «Nell'illustrare alle Camere il programma del suo Governo, il Presidente del Consiglio *pro tempore* ha sottolineato 'le difficoltà e i rischi dell'immigrazione selvaggia e non regolata' ed ha indicato la necessità di 'assorbire e integrare con ordine e saggezza le immigrazioni' interne ed esterne all'Unione europea» (Camera dei deputati, seduta del 13 maggio 2008), in <https://leg16.camera.it/561?appro=881>

<sup>4</sup> Legge di conversione del decreto legge n. 92/2008 recante misure urgenti in materia di pubblica sicurezza, che aveva introdotto una nuova circostanza aggravante comune, la quale prevedeva l'aumento della pena fino a un terzo in caso di reato commesso da uno straniero che si trovava illegalmente sul territorio nazionale

<sup>5</sup> La legge n. 94 del 2009 aveva introdotto l'art. 10 bis nel d. lgs. 286/1998 (Ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato): «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'art. 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro».

<sup>6</sup> Sono previste pene più severe per chi offre lavoro agli irregolari (art. 22, comma 12, d. lgs. 286/1998), per chi dichiara false generalità (art. 496 c.p.) altera parti del proprio corpo per non farsi identificare (art. 495 ter c.p.), affitta la casa o altro immobile ad uno straniero senza permesso di soggiorno al fine di trarne ingiusto profitto (art. 12, comma 5bis, d. lgs. 286/1998).



132 istitutiva nella XVI legislatura della “Commissione parlamentare d’inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali similari” (più nota come “Commissione antimafia”), stabiliva (art. 1, comma 3) che i compiti attribuiti alla Commissione si estendono alle “mafie straniere” o di natura transnazionale, e comunque a tutti i raggruppamenti criminali che abbiano le caratteristiche di cui all’art. 416 bis c.p. Già nel 2001, all’inizio della XIV legislatura, la competenza della “Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare” era stata estesa alle «similari associazioni criminali, anche di matrice straniera» (art. 1, l. 386/2001).

2. L’attenzione investigativa e giudiziaria nei confronti della criminalità organizzata d’importazione nasce intorno alla metà degli anni novanta, quando nei rapporti semestrali della Direzione Investigativa Antimafia cominciano a conquistare progressivamente spazio organizzazioni criminali non autoctone, in particolare russe, nigeriane, turche, dei paesi dell’ex Jugoslavia e di quelli dell’ex URSS<sup>7</sup>, e soprattutto cinesi ed albanesi, delle quali sin da subito viene evidenziato l’elevato grado di pericolosità e la possibile configurazione in capo ad esse della fattispecie criminale di cui all’art. 416 bis c.p.<sup>8</sup>.

Consorterie in grado di cogliere le opportunità criminali legate alle trasformazioni sociali, politiche, economiche e tecnologiche coeve ai processi di globalizzazione - e specificatamente alla disgregazione del blocco sovietico ed alla crisi balcanica - con l’apertura di nuovi mercati criminali internazionali (in particolare tratta di essere umani, traffico di armi e di sostanze stupefacenti), assumendo una dimensione transnazionale e dimostrando un elevato grado di flessibilità ed organizzazione. Si tratta di “holding” criminali, «vere e proprie mafie non disgiunte dal sistema del crimine locale internazionale»<sup>9</sup>, in grado di «creare, nelle loro forme più evolute sotto il profilo criminale, un continuum operativo-organizzativo fra il paese di origine e quello di destinazione nel quale sono presenti»<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Nelle relazioni della Dia si parla di criminalità straniera in Italia per la prima volta nel 1994, poche righe nei paragrafi rispettivamente intitolati “Mafia cinese” (I semestre, p. 81) e “Criminalità organizzata extra nazionale operante in Italia” (II semestre, p. 83), nei quali si accenna ad un monitoraggio delle presenze, delle attività lavorative e dei reati commessi dai cittadini cinesi in Italia, allo scopo di comprendere «il grado di pericolosità» ed i «possibili canali di espansione della mafia cinese» in Italia. Già l’anno successivo ampio spazio è dedicato alla stessa “mafia cinese” (DIA, 1995, I semestre, pp. 104 e ss.).

<sup>8</sup> «I gruppi criminali albanesi tendono ad assumere caratteristiche organizzative e metodi criminali che consentono di avvicinarle concettualmente al modello mafioso» (DIA, 1997, II semestre, p. 20).

<sup>9</sup> Direzione Investigativa Antimafia, Relazione I semestre 2000, p. 6.

<sup>10</sup> Introduzione, in S. Becucci, F. Carchedi (a cura di), *Mafie straniere in Italia. Come operano, come si contrastano*, FrancoAngeli, Milano 2016, p. 24.

Proprio all'inizio degli anni novanta si era avviato un intenso dibattito a livello internazionale, soprattutto in seno alle Nazioni Unite<sup>11</sup>, sul fenomeno della criminalità transnazionale, in un quadro di crescente preoccupazione per la sicurezza degli stati, che avrebbe condotto nel 2000 all'adozione a Palermo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, con i relativi protocolli volti a contrastare la tratta di esseri umani, il traffico illegale di migranti e la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco. Convenzione che ha visto una larga adesione da parte degli stati e che ha rappresentato il primo strumento globale di contrasto in materia. L'azione dell'Unione Europea nel campo della giustizia penale negli stessi anni ha invece prioritariamente riguardato il fenomeno della criminalità organizzata<sup>12</sup>, allo scopo di un'armonizzazione dei diversi sistemi giuridici degli Stati membri, progressivamente meno attrezzati a contrastare organizzazioni operanti a livello transnazionale. La nozione di organizzazione criminale<sup>13</sup> è peraltro «richiamata negli altri strumenti sovranazionali dedicati in particolare a singoli fenomeni criminali transnazionali, le cui manifestazioni più gravi sono realizzate proprio da organizzazioni criminali»<sup>14</sup>.

La comparsa delle mafie etniche avviene sullo sfondo di una rapida stabilizzazione della presenza straniera in Italia, che solo all'inizio degli anni settanta aveva visto invertire il saldo migratorio con l'estero, in coincidenza con l'affermazione dei paesi dell'Europa mediterranea come nuove mete dei flussi migratori. Una crescita di circa centomila presenze all'anno, tale da raggiungere la soglia complessiva del milione di presenze regolari già a metà degli anni novanta.

Un'immigrazione prevalentemente autopropulsiva, avvenuta in assenza di definite politiche di reclutamento della manodopera o di un più ampio modello o progetto

<sup>11</sup> Nel 1992 Giovanni Falcone aveva guidato la delegazione italiana alla prima riunione della Commissione delle Nazioni Unite sulla Prevenzione della Criminalità e sulla Giustizia Penale, nel corso della quale propose una cooperazione internazionale contro la criminalità organizzata. Così nel 1994 la Conferenza Ministeriale Mondiale di Napoli sulla Criminalità Organizzata Transnazionale adottò all'unanimità la Dichiarazione Politica e il Piano di Azione globale contro il crimine organizzato transnazionale. Nel 1998 l'Assemblea Generale dell'ONU deliberò di costituire formalmente un Comitato intergovernativo, con lo scopo di redigere una Convenzione internazionale globale contro il crimine organizzato transnazionale. Nel 2000 il Comitato approvò la Convenzione ed i Protocolli, e nello stesso anno l'Assemblea Generale adottò formalmente questi strumenti che furono poi sottoscritti a Palermo.

<sup>12</sup> Da ricordare in particolare l'Azione comune del 21 dicembre 1998, relativa alla punibilità della partecipazione a un'organizzazione criminale negli Stati membri dell'Unione Europea e la Decisione quadro del Consiglio del 24 ottobre 2008 sulla lotta al crimine organizzato.

<sup>13</sup> «Per 'organizzazione criminale' si intende un'associazione strutturata di più di due persone, stabilita da tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati punibili con una pena privativa della libertà o con una misura di sicurezza privativa della libertà non inferiore a quattro anni o con una pena più grave per ricavarne, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale» (art. 1 co. 1 lett. 1 DQ UE).

<sup>14</sup> V. Militello, *La rilevanza della nozione di organizzazione criminale nell'Unione europea: percorsi di armonizzazione*, 2015, in <https://www.caterinachinnici.it/wp-content/uploads/2015/12/Militello-Rapporto-SD-Nozione-Crim-rev-2.pdf>

politico di riferimento, con alti livelli di irregolarità, destinata ad inserirsi soprattutto nelle regioni settentrionali, in settori informali e precari dell'economia, paradossalmente con un tasso di occupazione prossimo a quelli degli autoctoni, ma con scarse opportunità di mobilità sociale. Sono i tratti di quello che è stato definito un "modello Mediterraneo" di immigrazione<sup>15</sup>, come tale contrapposto a quello proprio dei paesi dell'Europa settentrionale, dove tassi di occupazione più bassi dei migranti si accompagnano ad un inserimento lavorativo e sociale maggiormente tutelato<sup>16</sup>.

Una politica dell'immigrazione appiattita sulla chiusura delle frontiere - a proposito della quale si è parlato di una "transnazionalizzazione delle frontiere"<sup>17</sup> - che accosta l'Italia al diffuso e trasversale atteggiamento dei paesi europei, definiti alla stregua di "importatori riluttanti" di immigrazione<sup>18</sup>, ha inevitabilmente creato ampie sacche di irregolarità con conseguente maggiore emarginazione sociale. L'atteggiamento di chiusura dei paesi occidentali ha prodotto lo sviluppo di una industria del passaggio irregolare dei confini, nell'ambito della quale è possibile riconoscere livelli diversi di complessità organizzativa: trafficanti individuali, organizzazioni di medio livello, in grado di gestire un segmento della rotta migratoria grazie ad una buona conoscenza di un certo territorio, ed infine organizzazioni etniche che, in virtù dei collegamenti con i referenti presenti in madrepatria e nei paesi di destinazione, dispongono di una rete di contatti su scala internazionale che consente loro di controllare l'intero processo migratorio. Il coinvolgimento nel mercato dell'immigrazione clandestina ha consentito ad alcune formazioni straniere l'accumulazione di ingenti profitti e ha determinato le condizioni affinché esse potessero inserirsi in altre attività illecite, come lo sfruttamento della prostituzione ed il traffico di stupefacenti<sup>19</sup>.

Il traffico di migranti clandestini ("smuggling") e la tratta di essere umani ("trafficking") si delineano da subito come business fondamentali nell'ambito delle attività delle organizzazioni criminali straniere, anche in quanto vettori per altre attività illecite, come il traffico di armi e di stupefacenti. Già nel 1996, nel Rapporto presentato al Senato dal Ministro dell'Interno sul fenomeno della criminalità organizzata, «si

<sup>15</sup> E. Pugliese, *L'Italia fra migrazioni internazionali e migrazioni interne*, Il Mulino, Bologna 2002; R. King, *Southern Europe in the changing global map of migration*, in R. King, G. Lazaridis, C. Tsardanidis (a cura di), *Eldorado or Fortress? Migration in Southern Europe*, Palgrave Macmillan, 2000, pp. 3-26.

<sup>16</sup> E. Reyneri, G. Fullin, *Labour market penalties of new immigrants in new and old receiving West European countries*, in *International Migration*, 2011, XLIX, 1, pp. 31-57. In realtà l'Italia ha uno dei tassi di occupazione dei nativi più bassi tra i paesi dell'UE, ragione per cui gli immigrati non hanno un'elevata probabilità di occupazione in termini assoluti, ma solo rispetto ai nativi: Osservatorio sulle Migrazioni, *L'integrazione economica degli immigrati in Italia e in Europa*, 2018, in <https://dagliano.unimi.it/wp-content/uploads/2018/04/Executive-summary-ITA.pdf>

<sup>17</sup> L. Zanfrini, *Sociologia delle migrazioni*, Laterza, Bari 2004.

<sup>18</sup> A.W. Cornelius, P.L. Martin, J. Hollifield, (a cura di), *Controlling Immigration: a Global Perspective*, Stanford University Press, Stanford 1994.

<sup>19</sup> S. Becucci, *Criminalità multi-etnica. I mercati illegali in Italia*, Laterza, Bari 2006, p. 29.

segnalano diverse organizzazioni che si occupano dell'immigrazione clandestina che risulta essere una delle attività più diffuse nel mondo criminale degli extracomunitari», organizzazioni «che agiscono sul territorio italiano», «fortemente determinate a conquistare i nuovi spazi» che trovano «una inesauribile fonte di manovalanza» negli extracomunitari clandestini, i quali vengono «così a trovarsi in stato di soggezione sottoposto al potere di chi organizzazione dirige»<sup>20</sup>.

Il rapporto cita in particolare la “mafia cinese”, la “mafia albanese”, la “mafia turca” e la “mafia russa”, per sottolinearne i rispettivi ruoli nella organizzazione dei traffici di clandestini<sup>21</sup>, utilizzando una tuttora ricorrente declinazione al singolare, che tuttavia rischia di essere almeno in parte impropria e fuorviante, in quanto una medesima origine etnica è in realtà elemento caratterizzante di molteplici associazioni criminali, anche molto diverse per dimensioni, strutturazione, organizzazione ed attività, non tutte peraltro aventi le caratteristiche di associazione mafiosa.

Con riferimento, ad esempio, alle organizzazioni criminali nigeriane (i cosiddetti “*secret cults*”), recentemente il Tribunale di Torino<sup>22</sup> ha invocato la circostanza seconda la quale il presunto potere mafioso di ciascuna di esse si scontra con l’atteggiamento simile delle altre associazioni quale significativo ostacolo in ordine ad una possibile qualificazione delle stesse come associazioni mafiose. Non è possibile, in sintesi, attribuire un ruolo egemonico e intimidatorio ad un sodalizio che condivide e si contende lo stesso bacino di influenza con almeno altri cinque gruppi. Allo stesso modo, sotto l’espressione “mafia albanese”, è possibile rintracciare realtà fra loro anche molto differenti per tipologie organizzative e operative, che talvolta si presentano alla stregua di piccoli gruppi, generalmente per la commissione di reati contro il patrimonio, mentre in altri casi hanno acquisito le caratteristiche di organizzazioni criminali strutturate e durevoli radicate sul territorio e operanti secondo modalità simili a quelle delle “mafie tipiche”<sup>23</sup>.

Associazioni organizzate su base etnica che, potendo contare su un elevato grado di impenetrabilità garantito da stretti rapporti di solidarietà spesso di carattere familiare, hanno saputo trapiantare le proprie strutture logistiche e operative in Italia, e che pertanto si presentano come gli avamposti di strutture criminali da tempo radicate nei rispettivi territori di origine, come ad esempio nel caso dei “*secret cults*” nigeriani o delle triadi cinesi. Strutture criminali straniere che si sono successivamente impiantate in Italia, soprattutto nelle grandi metropoli del Nord e in alcune aree del Sud, dove sono riuscite in alcuni casi a stringere accordi con le organizzazioni mafiose autoctone. La forza intimidatoria e la capacità di assoggettamento delle consorterie criminali straniere derivano quindi solitamente da un prestigio criminale che il gruppo criminale ha

<sup>20</sup> Ministero dell’Interno, *Rapporto sul fenomeno della criminalità organizzata 1995*, in <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/301638.pdf>, pp. 351-356.

<sup>21</sup> Ivi, p. 352.

<sup>22</sup> Trib. Torino, III sez. pen., 29 maggio 2021, n. 2454.

<sup>23</sup> Direzione Investigativa Antimafia, *Relazione II semestre 2021*, p. 306.

acquisito in patria e pertanto si estrinsecano all'interno della comunità dei connazionali. L'autonomia d'azione esercitata a livello locale può, quindi, trovare un limite nella subordinazione dell'associazione criminale straniera alle direttive strategiche impartite dalla madrepatria, configurando, nel caso dei gruppi mafiosi nigeriani e albanesi, un'organizzazione simile a quello della 'ndrangheta. Le organizzazioni criminali straniere hanno potuto raggiungere un maggiore livello di autonomia nel Nord, mentre nel Centro e nel Sud Italia si trovano da tempo in una condizione di subordinazione rispetto alle organizzazioni mafiose autoctone, che solo negli ultimi anni hanno tollerato una un certo grado di autonomia dei consorzi alloctoni con riferimento alle attività date "in concessione". «Questa tendenza potrebbe far presagire una metamorfosi dei rapporti di potere tra mafie nazionali e straniere, sempre più orientati verso forme di convivenza funzionale, andando oltre la mera convivenza»<sup>24</sup>. In particolare, le organizzazioni albanesi hanno dimostrato la capacità di cooperare con la criminalità organizzata italiana, soprattutto nel campo del traffico di droga grazie alla posizione strategica dell'Albania.

3. Le relazioni della DIA ed i rapporti del Ministero dell'interno pongono in evidenza la capacità di alcuni sodalizi criminali stranieri di aver rapidamente assunto la dimensione di vere e proprie organizzazioni mafiose, in grado di instaurare rapporti di collaborazione su un piano paritetico con le consorterie criminali autoctone, al punto che: «oggi si può parlare di una mafia albanese di non secondaria importanza rispetto alle altre mafie»<sup>25</sup> e di consorterie cinesi «il cui agire è connotato da modalità tipiche dei gruppi mafiosi»<sup>26</sup>. Per quanto riguarda i gruppi criminali nigeriani, «l'elevato livello organizzativo e la pericolosità sono dimostrati dal carattere di mafia ormai riconosciuto giudizialmente»<sup>27</sup>.

Dalla metà degli anni novanta, con la sentenza Abo El Nga<sup>28</sup>, la giurisprudenza di legittimità ha avviato un filone giurisprudenziale orientato verso l'applicazione del delitto di associazione mafiosa alle "piccole mafie" straniere:

Nello schema normativo previsto dall'art. 416 bis c.p. non rientrano solo grandi associazioni di mafia ad alto numero di appartenenti, dotate di mezzi finanziari imponenti, e in grado di assicurare l'assoggettamento e l'omertà attraverso il terrore e la continua messa in pericolo della vita delle persone, ma vi rientrano anche le piccole "mafie" con un basso numero di appartenenti (bastano tre persone), non necessariamente armate (l'essere armati e usare materiale esplosivo non è infatti un elemento costitutivo dell'associazione ex art. 416 bis, ma realizza solo un'ulteriore modalità di azione che aggrava responsabilità degli appartenenti), che

<sup>24</sup> Direzione Investigativa Antimafia, Relazione II semestre 2022, p. 283.

<sup>25</sup> Direzione Investigativa Antimafia, Relazione I semestre 1999, p. 14.

<sup>26</sup> Direzione Investigativa Antimafia, Relazione I semestre 1995, p. 124.

<sup>27</sup> Direzione Investigativa Antimafia, Relazione II semestre 2022, p. 297.

<sup>28</sup> Cass. pen., Sez. VI, 13 dicembre 1995, n. 4864, Abo El Nga e altro.

assoggettano un limitato territorio o un determinato settore di attività avvalendosi, però, del metodo dell'intimidazione da cui derivano assoggettamento ed omertà<sup>29</sup>.

Il reato di "associazione di tipo mafioso" ex art. 416 bis del codice penale era stato introdotto nel 1982 quale nuovo strumento legislativo per combattere le organizzazioni criminali<sup>30</sup>, in considerazione della sostanziale inefficacia della norma di cui all'art. 416 c.p. ("Associazione per delinquere"<sup>31</sup>) nel contrastare organizzazioni criminali mutate nel tempo. «Una fattispecie incriminatrice dalla portata amplissima, come tale estensibile a tutte le forme di criminalità associata»<sup>32</sup> ma nel tempo rivela non in grado di contrastare le attività lecite in cui sempre più frequentemente cominciavano ad essere coinvolte le "tradizionali" organizzazioni criminali e che prescindono da un programma criminoso secondo la valenza data a questo elemento tipico dell'articolo 416 c.p.

Recita così l'art. 416 bis c.p. al comma 3: "L'associazione è di tipo mafioso quando coloro che ne fanno parte si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri, ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali".

La novità legislativa<sup>33</sup> non era stata tuttavia sufficiente in ordine ad un definitivo e condiviso riconoscimento pubblico dell'esistenza di un'organizzazione criminale in

<sup>29</sup> Cass. pen., Sez. VI, 28 dicembre 2017, n.57986: «Ai fini della configurabilità del reato di associazione di tipo mafioso, la forza intimidatrice espressa dal vincolo associativo può essere diretta a minacciare tanto la vita o l'incolumità personale, quanto, anche o soltanto, le essenziali condizioni esistenziali, economiche o lavorative di specifiche categorie di soggetti, ed il suo riflesso esterno in termini di assoggettamento non deve tradursi necessariamente nel controllo di una determinata area territoriale».

<sup>30</sup> Nel 1982 il Parlamento italiano aveva approvato la legge n. 646, nota come "Legge Rognoni-La Torre", la quale introduceva per la prima volta una disciplina specifica per contrastare in modo organico la mafia. Si concludeva così un iter legislativo iniziato due anni prima con la proposta di legge presentata dall'On. La Torre, e conclusosi solo a seguito dell'omicidio del prefetto di Palermo Carlo Albero Dalla Chiesa, insediatosi nella carica proprio il giorno dell'uccisione dello stesso La Torre, sullo sfondo della seconda guerra di mafia iniziata un anno prima. L'unico riferimento normativo in materia era costituito sino a quel momento dalla legge n. 575 "Disposizioni contro la mafia" - approvata nel 1965 sull'onda della prima guerra di mafia - che estendeva le misure di prevenzione personali alle persone indiziate di appartenere ad associazioni mafiose.

<sup>31</sup> Art. 416 c.p. "Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti, coloro che promuovono o costituiscono od organizzano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a sette anni. Per il solo fatto di partecipare all'associazione, la pena è della reclusione da uno a cinque anni".

<sup>32</sup> G. Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, in *L'indice Penale*, 1991, vol. 25, 1, pp. 17-18.

<sup>33</sup> Secondo Fiandaca (Ibidem), la previsione dell'art. 416 bis c.p. ha rappresentato l'esito di una tendenza affermatasi nel tempo e favorevole alla specializzazione delle fattispecie associative, coerentemente col

Sicilia in luogo di “un generico modo di essere”<sup>34</sup>, dovendosi in tal senso attendere un ulteriore decennio con la sentenza della Cassazione che nel 1992 ribadiva l’impianto del maxi processo iniziato sei anni prima, confermando l’esistenza di una associazione mafiosa unitaria e verticistica chiamata Cosa nostra.

Al fine del perfezionamento della fattispecie, dunque, non è sufficiente l’accertamento dell’esistenza di un’organizzazione associativa avente come obiettivo la realizzazione del programma criminale, ciò che invece integra il reato di associazione a delinquere ex art. 416 c.p. Il delitto di associazione mafiosa costituisce infatti quello che in diritto penale è chiamato un reato associativo “a struttura mista”, in quanto si configura in relazione alla sussistenza di un elemento “esterno”, nello specifico l’impiego del cosiddetto metodo mafioso, quale utilizzo, da parte degli associati, della forza di intimidazione che scaturisce dal vincolo associativo mafioso e, dal lato passivo, nella situazione di assoggettamento e di omertà che ne consegue, indipendentemente dall’effettivo compimento di atti di violenza, minaccia o sopraffazione. L’associazione criminale di tipo mafioso si può configurare anche in presenza di obiettivi di per sé generalmente non suscettibili di assumere rilevanza penale.

L’ “avvalersi” del metodo mafioso costituisce un requisito di fattispecie che, nel suo complesso, apre le porte a interpretazioni inevitabilmente condizionate da molteplici fattori empirici e pertanto non sorprende che, sin dalla sua introduzione, l’articolo 416 bis c.p. sia stato oggetto di diverse interpretazioni da parte della dottrina penalistica e dalla prassi giurisprudenziale, in particolare relativamente alle modalità concrete di esplicazione della forza di intimidazione, assoggettamento e omertà.

L’associazione criminale, dunque, per essere definita come mafiosa deve avere acquisito una concreta carica intimidatoria non meramente potenziale, riconosciuta nel proprio tessuto sociale, sul quale è in grado di generare un concreto condizionamento ed una condizione di assoggettamento indipendente dalla specifica commissione di reati. I termini ed i concetti di cui all’art. 416 bis c.p. presentano un’indiscutibile valenza socio-criminologica che rimanda a conoscenze extra giuridiche. La norma rivela, infatti, una chiara matrice sociologica che mette al centro l’agire mafioso anziché gli elementi strutturali delle organizzazioni criminali, al punto da aver suscitato in parte della dottrina penalistica il sospetto circa una possibile violazione di determinatezza della fattispecie penale,<sup>35</sup> che concerne la possibilità della verifica in sede processuale del fatto delineato dalla norma, “ma, stante la eccezionale situazione di emergenza che ha spinto a varare la nuova legge antimafia, era pressoché inevitabile

sopravvenuto proposito di cogliere, a livello di conformazione normativa, le peculiari caratteristiche delle nuove forme di criminalità da fronteggiare.

<sup>34</sup> U. Santino, *Dalla mafia alle mafie. Scienze sociali e crimine organizzato*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2006, p. 11.

<sup>35</sup> M. Cavallo, *Lavoratori eccellenti: piccoli schiavi di una economia perversa*, Franco Angeli, Milano 2000, p. 155.

che la genesi dell'art. 416-bis c.p. risentisse soprattutto delle preoccupazioni di efficienza repressiva privilegiate dai giudici in prima linea sul fronte antimafia<sup>36</sup>.

Nel provvedimento normativo Visconti rileva «un linguaggio ad altissima densità sociologica che mira a descrivere non fatti circoscritti ma intere situazioni contestuali»<sup>37</sup>. È il caso delle storiche organizzazioni criminali autoctone, ramificatesi in aree geografiche non tradizionali, come in particolare la 'ndrangheta, da tempo presente in alcune regioni del Nord Italia, soprattutto Piemonte, Lombardia e Liguria. Perché il delitto possa configurarsi, quindi, non occorre una certa vastità di territorio o un certo numero di soggetti sui quali si esercita la sottomissione, ma la capacità di condizionare attraverso il metodo mafioso uno specifico, seppure piccolo, contesto sociale, al quale, tuttavia, potrebbe non necessariamente corrispondere una specifica area geografica.

Quella che in una sentenza viene definita come la “deteritorializzazione” dei requisiti previsti dalla norma, la cui verifica secondo il tribunale di Rimini «va eseguita con riferimento al contesto socio-economico di appartenenza dei soggetti nei cui confronti si dirige l'azione delittuosa del sodalizio»<sup>38</sup>, «in uno sforzo “espressivo» diretto al superamento di una visione localistica del fenomeno mafioso»<sup>39</sup>, secondo «più proporzionati rapporti dimensionali o di scala»<sup>40</sup>. La fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. si può altresì perfezionare nei confronti di una consorteria criminale straniera indipendentemente dalla eventuale incidenza della forza di intimidazione anche sul tessuto sociale della comunità territoriale autoctona.

La verifica della reale sussistenza delle condizioni di assoggettamento ed omertà derivanti dalla forza di intimidazione del gruppo criminale non deve essere dunque effettuata sulla base di un parametro di tipo territoriale, incline a valorizzare l'area geografica in cui quel gruppo agisce, ma occorrerebbe tener conto del suo contesto etnico di appartenenza. Il reato è configurabile anche con riguardo ad organizzazioni che, senza controllare tutti coloro che vivono o lavorano in un certo territorio, rivolgono le proprie mire a danno dei componenti di una certa collettività, indipendentemente dal numero effettivo delle vittime reali, a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e di omertà<sup>41</sup>. Una verifica che, secondo il tribunale di Rimini, deve essere in concreto demandata a studi specializzati di settore, nello specifico a studi e ricerche socio-criminologiche.

<sup>36</sup> G. Fiandaca, *Criminalità organizzata e controllo penale*, cit. pp. 20-21.

<sup>37</sup> C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord. Una sfida alla tenuta dell'art. 416 bis?* In *Diritto penale contemporaneo*, 2015, p. 355.

<sup>38</sup> Trib. Rimini, 14 marzo 2006, Abbiassov e altri.

<sup>39</sup> G. Amato, *Mafie etniche, elaborazione e applicazione delle massime di esperienza: le criticità derivanti dall'interazione tra “diritto penale giurisprudenziale” e legalità*, in *Diritto penale contemporaneo*, 2015, 1, p. 271.

<sup>40</sup> C. Visconti, *Mafie straniere e 'ndrangheta al nord*, cit., p. 377.

<sup>41</sup> Cass. pen., Sez. VI, sentenza 13 dicembre 1995, Abo El Nga e altro, in *Foro It.*, 1996, II, pp. 478 ss.



All'indomani della legge Rognoni-La Torre, la Corte di Cassazione chiariva che non sono: «il luogo d'origine, la sede dell'associazione o la zona di provenienza degli associati a qualificare quella di tipo mafioso, potendo essere riconosciuta la sussistenza di associazioni di tipo mafioso in qualsiasi località ove in precedenza fosse sconosciuto un fenomeno simile»<sup>42</sup>. Pertanto, anche gruppi criminali «non potenti» e di matrice straniera possano essere ricondotti entro il paradigma dell'associazione mafiosa, ribadendo che il punto cruciale di ogni corretta applicazione della norma rimane l'accertamento della forza di intimidazione, sebbene la configurabilità del reato di associazione mafiosa dipende dalla non facile possibilità di provare i concreti atti di intimidazione che abbiano fatto acquisire ad un gruppo organizzato una capacità di intimidazione su una collettività.

La realtà mafiosa – all'origine caratterizzata da struttura vasta e monolitica operante in ben individuati territori – è venuta trasformandosi e articolandosi in una molteplicità di organizzazioni col mutare e l'ampliarsi del genere di interessi parassitari perseguiti e con l'estendersi delle zone territoriali di influenza: fenomeno questo ricollegabile anche alle aperture via via crescenti di ogni collettività locale verso altre realtà sociali, come all'assottigliamento delle frontiere o riconducibile, per rimanere al nostro paese, ai grandi fenomeni di immigrazioni da paese dell'est europeo e addirittura dall'estremo oriente.

Si esprime così la Corte di Cassazione in una sentenza del 2001 con la quale avallava l'applicazione del delitto di associazione mafiosa in riferimento ad un gruppo criminale cinese operante in Toscana e dedito in particolare al traffico di clandestini connazionali verso l'Italia. Inoltre, ha aggiunto la Cassazione, «il numero effettivo dei soggetti che al momento sono coinvolti come vittime ha peso relativamente secondario a fronte della diffusività del fenomeno a danno di un numero indeterminato di persone che potranno in tempi brevi trovarsi alla mercé del sodalizio»<sup>43</sup>.

Non si trattava in assoluto del primo intervento giurisprudenziale, che può essere collocato a metà degli anni novanta con la sentenza Abo El Nga, ma di un verdetto comunque importante in quanto configurava la sussistenza della fattispecie di cui all'art. 416 bis c.p. con riguardo ad organizzazioni diverse da quelle storiche ed autoctone citate nell'ultimo comma, che pur non potendo controllare tutti coloro che vivono in un certo territorio, hanno il potere di assoggettare i componenti di una certa collettività, a condizione che si avvalgano di metodi tipicamente mafiosi e delle conseguenti condizioni di assoggettamento e omertà. In luogo del controllo di un certo territorio, connotato storico delle mafie italiane, si fa dunque riferimento al controllo di una certa comunità.

<sup>42</sup> Cass. pen., Sez. VI, 12.6.1984, Chamonal, in Foro It., 1985, II, pp. 169 ss..

<sup>43</sup> Cass. pen., Sez. VI, 30 maggio 2001, Hsiang Khe Zi, cit. in Visconti, op. cit.

4. La presenza storica delle organizzazioni di tipo mafioso e l'applicazione della corrispondente legislazione penale alle consorterie straniere spiega la diffusa tendenza, tuttora in atto in Italia, a parlare di queste ultime come di “nuove mafie” - con un uso spesso disinvolto e quindi improprio di questa espressione che spesso prescinde dall'effettiva verifica degli elementi costitutivi di un'organizzazione mafiosa – mentre in altri paesi le più frequenti espressioni di “criminalità non indigena” o di “criminalità straniera” rivelano un approccio più neutrale<sup>44</sup>.

Il reato di cui all'articolo 416 bis c.p. si configurerebbe in ogni caso solo nei confronti di organizzazioni criminali straniere sostenute da un'indiscutibile e radicata reputazione criminale, tale da renderle temute in patria da chi decide di emigrare in Italia e così conosciute tanto da essersi già guadagnate l'attenzione della letteratura scientifica<sup>45</sup>.

Secondo i dati della Direzione Centrale della Polizia Penale<sup>46</sup>, i cittadini stranieri denunciati o arrestati per violazione dell'art. 416 bis c.p. sono stati complessivamente 132 nel biennio 2018-2019, appartengono, non a caso, principalmente alle nazionalità nigeriana (con 182 segnalazioni), cinese (35) e albanese (23). Il numero totale di cittadini italiani denunciati negli stessi anni è, tuttavia, ancora sensibilmente più elevato (1.957 nel 2018 e 2.710 nel 2019).

Anche i dati relativi alle presenze in carcere sembrano confermare il peso relativo ma crescente delle mafie straniere, sebbene le statistiche penitenziarie non siano quelle meglio in grado di rappresentare un fenomeno criminale. Nell'ultimo decennio, a fronte di un numero totale di presenze nelle carceri italiane altalenante<sup>47</sup>, il numero complessivo dei detenuti per violazione dell'art. 416 bis c.p. è in costante aumento (da 6.758 del 30.06.2013 a 8.983 della stessa data nel 2023), senza che però sia nota la posizione giuridica, se condannati in via definitiva o in custodia cautelare. Si tratta quasi esclusivamente di detenuti italiani, ma merita attenzione il dato relativo alla componente straniera, che cresce in termini numerici (75 detenuti al 30.06.2013, 262 dieci anni esatti) e percentuali (dall'1,1% al 2,9%) nonostante il calo della popolazione carceraria straniera nello stesso arco di tempo sia in termini numerici assoluti (da 23.233 a 17.987 negli ultimi dieci anni) che in termini percentuali (dal 35,1% al 31,2%)<sup>48</sup>. Occorre considerare come la possibilità di dimostrare in giudizio l'esistenza dell'associazione mafiosa ex art. 416 bis c.p. sia ancora più difficile in riferimento a

<sup>44</sup> M. Massari, *Mafie, criminalità transnazionale, globalizzazione: il caso italiano*, in *Meridiana*, 2002, 43, p. 118.

<sup>45</sup> G. Amato, *Mafie etniche*, cit., p. 280.

<sup>46</sup> Dipartimento della pubblica sicurezza - Direzione centrale della Polizia criminale - Servizio Analisi Criminale, *La mafia nigeriana in Italia. Focus*, 2020, in [https://www.poliziadistato.it/statics/41/focus\\_la\\_mafia\\_nigeriana\\_in\\_italia\\_dicembre\\_2020.pdf](https://www.poliziadistato.it/statics/41/focus_la_mafia_nigeriana_in_italia_dicembre_2020.pdf)

<sup>47</sup> Il numero dei detenuti è passato da 66.028 del 30.06.2013 a 57.525 dieci anni dopo, ma è già aumentato a 60.116 al 30 novembre del 2023: dati Ministero della giustizia disponibili in [https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?frame11\\_item=2](https://www.giustizia.it/giustizia/page/it/statistiche?frame11_item=2)

<sup>48</sup> Dati Ministero della Giustizia.

gruppi criminali organizzati stranieri di quanto non lo sia già per quelli italiani, anche in ragione delle difficoltà legate alla raccolta di studi, pareri di esperti e informazioni provenienti da paesi stranieri<sup>49</sup>. Ne consegue spesso la scelta da parte dell'accusa di procedere penalmente per altri reati, quali l'associazione per delinquere (art. 416 c.p.) e l'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti (art. 74 del DPR n. 309 del 1990)<sup>50</sup>.

Le considerazioni fin qui svolte consentono di mettere in luce la particolare importanza degli studi e delle ricerche socio-criminologiche, non solo ai fini di una significativa conoscenza e comprensione del fenomeno nei suoi diversi aspetti e nelle sue diverse implicazioni, ma anche in ordine alla possibilità di mettere i giudici nelle condizioni di effettuare valutazioni e assumere decisioni quanto più ponderate e documentate, riguardo ad un fenomeno sociale per sua natura ben poco visibile: «è quindi la stessa tecnica di redazione legislativa dell'art. 416 bis che induce il giudice a utilizzare anche parametri conoscitivi ed extragiudiziali per valutare la corrispondenza tra il fatto concreto e il modello penale»<sup>51</sup>. Studi e ricerche che riguardano quindi l'eventuale esistenza del metodo mafioso in relazione alla possibile configurazione delle fattispecie di reato di cui agli articoli 416 o 416 bis c.p., e che, inoltre, possono contribuire ad un'adeguata definizione delle attività di contrasto e, più in generale, delle politiche criminali.

La letteratura scientifica dei paesi di origine delle consorterie criminali, potenzialmente idonea a fare luce sull'organizzazione, la struttura e la reputazione penale delle consorterie medesime che, come accennato in precedenza, hanno replicato altrove modelli e strutture già esistenti nella madrepatria, è normalmente, anche quando esistente e attendibile, difficilmente accessibile. In ogni caso, il prestigio criminale può certamente essere rilevante ed indicativo della potenza di un'organizzazione, ma è necessario verificare e valutare nello specifico l'eventuale configurazione del metodo mafioso. Un contributo che può quindi essere fornito da un lavoro di ricerca scientifica centrato sulle singole organizzazioni straniere e sugli eventuali collegamenti esistenti con altre organizzazioni criminali, con il territorio e soprattutto con il tessuto socio-culturale della comunità di connazionali sulla quale si estrinseca il proprio potere di intimidazione.

<sup>49</sup> G. Melillo, Le mafie dell'area balcanica. In Consiglio Superiore della Magistratura, *Incontro di studi sul tema Nuove mafie: le organizzazioni criminose straniere operanti in Italia*, 2009.

<sup>50</sup> F. Calderoni, V. Maioli, *Analisi esplorativa sull'applicazione del reato di associazione di tipo mafioso a gruppi stranieri*, in *Sicurezza e scienze sociali*, 2014, 3, p. 188.

<sup>51</sup> G. Fiandaca, *Ermeneutica e applicazione giudiziale del diritto penale*, in G. Fiandaca (a cura di), *Il diritto penale tra legge e giudice*, Cedam, Padova 2002, p. 40.

Barbara Mele

## I CLIENTI ATTIVI TRA DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA E DIRITTO NAZIONALE\*

### ABSTRACT

Il quadro normativo europeo del mercato interno dell'energia è stato notevolmente mutato dal *Clean Energy Package* nell'intento non solo di promuovere l'uso di energia rinnovabile e di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico, ma anche di realizzare un mercato dell'energia decentralizzato e più competitivo. In questo scenario, un ruolo importante è assegnato al consumatore, il quale può partecipare al mercato in modo individuale, collettivo o organizzato nell'ambito delle comunità energetiche. Tra le figure di nuovo conio recate dalla IEMD vi è il cliente attivo, in relazione al quale appare utile esplorare il ventaglio delle attività consentite e verificare se sia qualificabile come autoconsumatore.

The European regulatory framework of the internal energy market has been significantly changed by the Clean Energy Package with the aim not only of promoting the use of renewable energy and guaranteeing security of energy supply, but also of creating an energy market decentralized and more competitive. In this scenario, an important role is assigned to the consumer, who can participate in the market individually, collectively or organized within energy communities. Among the new subjects introduced by the IEMD there is the active customer, in relation to which it appears useful to explore the range of permitted activities and verify whether he is a self-consumer.

### PAROLE CHIAVE

Mercato interno dell'energia – cliente attivo – autoconsumo.

Energy internal market – active customer – self-consumption.

SOMMARIO: 1. Breve *excursus* sulla politica europea sul mercato interno dell'energia e sulla promozione dell'uso di fonti rinnovabili di energia. – 2. L'*empowerment* dei consumatori e le forme di partecipazione al mercato interno dell'energia elettrica. – 3. (Segue) i clienti attivi e le comunità energetiche di cittadini. – 4. (Segue) gli autoconsumatori di energia elettrica e le comunità energetiche rinnovabili. – 5. Conclusioni.

1. L'attenzione dell'Unione europea per il settore dell'energia è andata via via crescendo a partire dalla seconda metà del secolo scorso<sup>1</sup>, nella consapevolezza

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

<sup>1</sup> S. Quadri, *L'evoluzione della politica energetica comunitaria con particolare riferimento al settore dell'energia rinnovabile*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2011, p. 839 ss., ove l'A. si sofferma anche sui documenti e gli atti normativi che hanno caratterizzato la politica comunitaria dagli anni '90

dell'importanza strategica del settore e con l'intento di soddisfare la necessità di una «maggiore integrazione del mercato interno dell'energia liberato dagli ostacoli agli scambi, al fine di migliorare la sicurezza nell'approvvigionamento, di ridurre i costi e di rinforzare la competitività»<sup>2</sup>.

Con il Trattato di Maastricht si introduceva a livello comunitario un primo riferimento all'energia all'art. 3, lett. n) e t) TCE, in base al quale (e in combinato disposto con l'art. 129B) le istituzioni europee avevano istituito un primo impianto normativo anche nel settore energetico per la liberalizzazione dei servizi di pubblica utilità, garantendo una proficua competitività tra le imprese energetiche, anche a vantaggio dei consumatori. Ciò ha consentito l'emanazione di importanti direttive nel settore del mercato elettrico (direttiva 96/92/CE «*recante norme comuni per il mercato dell'energia elettrica*») e del mercato del gas naturale (direttiva 98/30/CE), le quali hanno dato avvio alla politica tesa alla creazione di un mercato concorrenziale dell'energia i cui effetti positivi si sarebbe riversati anche a vantaggio dei consumatori. Nel dettaglio, venivano introdotte le prime regole di *unbundling*, ossia di separazione dei vari segmenti che compongono la filiera dell'energia, anche se si faceva riferimento in questa fase alla sola separazione contabile e alla separazione gestionale per le imprese verticalmente integrate<sup>3</sup>, ossia quelle capaci di curare tutti gli aspetti della *supply chain* del mercato dell'energia elettrica. La separazione gestionale era strumentale a rendere indipendente il sistema di trasmissione rispetto alle altre attività, quali quelle di generazione e distribuzione (art. 7, par. 6, Dir. 96/92/CE). Infine, la direttiva sul mercato elettrico del 1996 permetteva, a determinate condizioni, da un lato l'accesso al mercato da parte di nuovi operatori; dall'altro, ai c.d. «clienti idonei», cioè quelli che superavano una certa soglia di consumi e dotati degli altri requisiti richiesti, la libertà di scelta dell'operatore (art. 14, dir. 96/92/CE)<sup>4</sup>.

in poi del secolo scorso nel settore della promozione dell'energia da fonti rinnovabili e in particolare sul c.d. «Pacchetto clima ed energia» del 2009.

<sup>2</sup> Risoluzione del Consiglio europeo del 16 settembre 1986, in *GUCE* n. 241 del 25 settembre 1986.

<sup>3</sup> Ai sensi della dir. 96/92/CE, art. 2, comma 1, n. 18, per «impresa verticalmente integrata» deve intendersi «un'impresa che svolge due o più delle seguenti funzioni: generazione, trasmissione e distribuzione di energia elettrica». A seguito delle disposizioni sull'*unbundling*, la nozione è relativamente mutata in quella recata dalla dir. 2003/54/CE, art. 2, comma 1, n. 21, sostanzialmente identica a quella più recente di cui alla dir. 2019/944/UE, art. 2, n. 53, «un'impresa elettrica o un gruppo di imprese elettriche nelle quali la stessa persona o le stesse persone hanno, direttamente o indirettamente, il potere di esercitare un controllo, e in cui l'impresa o il gruppo di imprese esercita almeno una delle attività di trasmissione o distribuzione, e almeno una delle funzioni di produzione o fornitura».

<sup>4</sup> Sulle c.d. direttive di prima generazione in materia di mercato interno dell'energia elettrica, cfr. M. Giachetti Fantini, *Sulla liberalizzazione del mercato dell'energia*, consultabile all'indirizzo [apertacontrada.it/wp-content/uploads/2017/07/Giachetti-Fantini-sulla-liberalizzazione-del-mercato-dellenergia.pdf](https://apertacontrada.it/wp-content/uploads/2017/07/Giachetti-Fantini-sulla-liberalizzazione-del-mercato-dellenergia.pdf); V. Di Stefano, E. Brada, V. Olini, *L'evoluzione della disciplina energetica europea: dal primo pacchetto al REPowerUE*, 26 settembre 2022, consultabile sul sito [amministrazioneincammino.luiss.it](https://amministrazioneincammino.luiss.it); S. Cassese, *La disciplina del mercato dell'elettricità*, in *Rass. giur. en. el.*, 1997, p. 753 ss.

Successivamente, con un ulteriore intervento, sono state emanate le direttive di seconda generazione, o del *Second Energy Package*, tra cui figura la direttiva 2003/54/CE «relativa a norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica»<sup>5</sup>. La direttiva in parola ha portato avanti il processo di *unbundling* imponendo la separazione delle attività di trasmissione e di distribuzione dalle altre; assicurato la libertà di scelta del fornitore ai consumatori<sup>6</sup>, oltre a prevedere una tutela per i consumatori vulnerabili<sup>7</sup>; previsto l'istituzione in tutti gli Stati membri di un regolatore indipendente nel settore dell'energia; posta una maggiore attenzione alle istanze di protezione dell'ambiente e del clima, consentendo agli Stati membri di imporre «obblighi relativi al servizio pubblico, concernenti la sicurezza, compresa la sicurezza dell'approvvigionamento, la regolarità, la qualità e il prezzo delle forniture, nonché la tutela ambientale, compresa l'efficienza energetica e la protezione del clima» (art. 3, par. 2, dir. 2003/54/CE).

L'intento del legislatore europeo di regolare il mercato interno dell'energia, con la finalità di renderlo più competitivo, si è arricchito con la considerazione delle istanze di difesa dell'ambiente e lotta al cambiamento climatico. Va osservato che la politica energetica della Comunità europea, mossa prioritariamente dalla necessità di garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico e un mercato dell'energia più competitivo, si intreccia con l'urgenza della tutela dell'ambiente, della lotta al cambiamento climatico e della conservazione delle risorse naturali in un'ottica di sviluppo sostenibile<sup>8</sup>. Se tali temi erano tenuti in conto nelle direttive c.d. di prima

<sup>5</sup> Sulla direttiva del 2003, di seconda generazione, cfr. F. Di Porto, *Regolazione di «prima» e «seconda» generazione. La liberalizzazione del mercato elettrico italiano*, in *Merc. conc. reg.*, 2003, II, p. 201 ss.; sull'attenzione alla protezione dell'ambiente nel contesto della direttiva del 2003, cfr. S. Oggianu, *Il processo di liberalizzazione dell'energia elettrica*, in *Il Diritto dell'Energia*, in *Trattato di diritto dell'economia*, Vol. X, *Il diritto dell'energia*, a cura di E. Picozza, S.M. Sambri, Padova, Cedam, 2015, p. 295. Si veda anche, in relazione all'evoluzione della politica di sostenibilità e transizione energetica, F. Vetro, *Sviluppo sostenibile, transizione energetica e neutralità climatica. Profili di governance: efficienza energetica ed energie rinnovabili nel "nuovo ordinamento" dell'energia*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2022, p. 53 ss.

<sup>6</sup> Così si evince dal Considerando n. 4 della direttiva che recita «la libera circolazione delle merci, la libera fornitura dei servizi e la libertà di stabilimento, assicurate ai cittadini europei dal Trattato, possono [...] essere attuate soltanto in un mercato completamente aperto, che consenta ad ogni consumatore la libera scelta dei fornitori e ad ogni fornitore la libera fornitura ai propri clienti».

<sup>7</sup> La nozione di «cliente vulnerabile» va ricavata dal decreto di recepimento della direttiva 2019/944/UE al cui tema è dedicato l'art. 11, in quanto la definizione dello stato di vulnerabilità è una questione strettamente nazionale. La direttiva si limita a delineare il quadro generale di presa in carico di soggetti particolarmente esposti al rischio di incorrere in difficoltà che si riverberano sull'accesso all'energia elettrica.

<sup>8</sup> Sul punto, cfr. F. Vetro, *Sviluppo sostenibile*, cit., p. 53 ss. Cfr. anche M. Zupi, *Guardare al futuro (con un occhio al presente). La sostenibilità: significati, idee e sfide*, in Oxfam, in *Diritto alla pace per un mondo sostenibile – XVIII Meeting sui diritti umani*, 10 dicembre 2014, p. 32 s., il quale osserva che «[i]l tema dei cambiamenti climatici, con l'urgenza di stabilizzare il clima, migliorando l'efficienza energetica, sviluppando le energie pulite e rinnovabili e favorendo una rivoluzione tecnologica e un conseguente trasferimento di tecnologie ai paesi poveri, può diventare la via per fronteggiare la crisi dello sviluppo economico e le ingiustizie sociali che le disuguaglianze creano. Le politiche per accrescere l'efficienza e il risparmio negli usi energetici e le politiche per promuovere lo

generazione (tra il 1996 e il 1998, più centrate sulla liberalizzazione del mercato dell'energia, ma che comunque ponevano attenzione alla tutela dell'ambiente), con la direttiva del 2001/77/CE «*sulla promozione dell'elettricità prodotta da fonti di energia rinnovabili sul mercato interno dell'elettricità*» la Comunità europea dà avvio sul piano normativo alla politica sull'utilizzo di fonti rinnovabili per la produzione di energia elettrica. Detto primo intervento normativo poneva l'ambizioso obiettivo della copertura del 22,1% del fabbisogno globale di energia degli Stati europei generata da fonti rinnovabili entro il 2010<sup>9</sup>, istituiva un regime di sostegno per incentivare il ricorso alle fonti di energia rinnovabile e illustrava l'*iter* amministrativo di riferimento per il rilascio dell'autorizzazione agli impianti.

La politica unionale in materia di energia si amplifica nel tempo e assume una dimensione più rilevante, come risulta evidente se solo si nota che con il Trattato di Lisbona il tema dell'energia si colloca in modo esplicito tra i settori di intervento dell'UE. Il TFUE, infatti, individua gli ambiti di azione in materia di energia all'art. 194: garantire il funzionamento del mercato dell'energia; garantire la sicurezza dell'approvvigionamento energetico nell'Unione; promuovere il risparmio energetico, l'efficienza energetica e lo sviluppo di energie nuove e rinnovabili; promuovere l'interconnessione delle reti energetiche<sup>10</sup>.

Dunque, la politica dell'Unione europea si fa più incisiva e considera con lo stesso grado di importanza i diversi obiettivi indicati all'art. 194 TFUE. D'altra parte, i vari ambiti sono interconnessi, in quanto l'incremento nell'utilizzo di fonti di energia rinnovabile consente di contenere i rischi legati all'approvvigionamento energetico, porre le basi per una maggiore indipendenza dai paesi terzi che forniscono combustibili fossili e ridurre i costi dell'energia; il tutto con ulteriori effetti positivi in campo commerciale e sull'occupazione dei lavoratori<sup>11</sup>. Inoltre, l'affermazione di

sviluppo delle energie pulite possono dare infatti, al tempo stesso, risposte decisive rispetto agli obiettivi di riduzione dell'impatto dell'uomo sui cambiamenti climatici e risposte molto significative in termini di sviluppo economico e sociale.»

Le istituzioni europee guardano con favore la diffusione delle nuove tecnologie presso i paesi terzi, come viene dichiarato nel Considerando n. 42 della dir. 2018/2001/UE per cui «[o]ltre all'istituzione di un quadro dell'Unione per la promozione dell'energia da fonti rinnovabili, la presente direttiva contribuisce altresì al potenziale impatto positivo che l'Unione e gli Stati membri possono avere nel promuovere lo sviluppo nel settore delle energie rinnovabili nei paesi terzi. L'Unione e gli Stati membri dovrebbero promuovere la ricerca, lo sviluppo e gli investimenti nella produzione di energie rinnovabili nei paesi in via di sviluppo e in altri paesi partner (...), rafforzando così la loro sostenibilità ambientale ed economica e la loro capacità di esportazione di energie rinnovabili».

<sup>9</sup> Come noto, la direttiva 2001/77/CE che introduce il primo quadro normativo di riferimento per la promozione dell'utilizzo delle fonti rinnovabili è stata preceduta da Comunicazioni e altri interventi di carattere programmatico e non precettivo.

<sup>10</sup> Sul tema della solidarietà energetica e sulla portata dell'art. 194 TFUE, cfr. G. Pizzolante, *Il principio di solidarietà energetica tra crisi dell'approvvigionamento e funzionamento del mercato interno*, in G. Morgese (a cura di), *La solidarietà europea: a che punto siamo?*, 2023, p. 176 ss., consultabile all'indirizzo <https://www.uniba.it/it/elenco-siti-tematici/cattedra-jean-monnet-eustic/materiali>.

<sup>11</sup> Su tali considerazioni cfr. S. Quadri, *L'evoluzione*, cit., p. 843 ss.

tecnologie d'avanguardia rende sempre meno costoso il ricorso alle fonti di energia rinnovabile<sup>12</sup>.

L'impianto normativo comunitario di terza generazione (o *Third Energy Package*) del 2009 ha comportato un avanzamento del processo di *unbundling*<sup>13</sup>, sempre nell'ottica di rafforzare la competitività nel mercato interno dell'energia, e ha implementato i poteri dei regolatori nazionali. Oltre alla cura di questi interessi, la direttiva 2009/72/CE, sul mercato elettrico, è rilevante poiché consente la costituzione di un sistema di distribuzione chiuso (di cui all'art. 28 della direttiva), ossia «un sistema che distribuisce energia elettrica all'interno di un sito industriale, commerciale o di servizi condivisi geograficamente limitato» che poteva servire anche un numero limitato di nuclei familiari. Si tratta del primo sistema di autoproduzione, accumulo e distribuzione di energia per i consumatori consentito nel piano per il mercato interno dell'energia<sup>14</sup>.

In ordine alla promozione dell'utilizzo delle fonti di energia rinnovabile va richiamata la direttiva 2009/28/CE che fornisce un quadro normativo sufficientemente dettagliato e più incisivo rispetto alla precedente direttiva del 2001, capace di orientare e coordinare le politiche nazionali in materia energetica. L'art. 4 della direttiva impone agli stati membri di adottare ogni due anni un piano di azione nazionale per le energie rinnovabili con il quale vengono fissati gli obiettivi nazionali per ciascuno Stato membro «per la quota di energia da fonti rinnovabili consumata nel settore dei trasporti, dell'elettricità e del riscaldamento e raffreddamento»<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> V. S. Quadri, *L'evoluzione*, cit., p. 846 s., che osserva, a commento della direttiva 2009/28/UE, che «[l]a politica comunitaria più recente in materia di energia rinnovabile si è basata su un'attenta valutazione dei costi e dei benefici delle fonti alternative. Sebbene i costi relativi allo sviluppo delle tecnologie relative alla forma di energia summenzionata siano più elevati rispetto a quelli di produzione dell'energia tradizionale [...], negli ultimi 20 anni si è registrata una costante diminuzione del costo dell'energia prodotta da fonti rinnovabili, che proseguirà grazie all'impiego su vasta scala delle nuove tecnologie pulite». Sul punto si esprime anche il legislatore europeo nella direttiva 2018/2001/UE che, al Considerando n. 7, sottolinea che si deve tener conto «degli sviluppi tecnologici, tra cui le riduzioni dei costi per gli investimenti nell'energia rinnovabile», al fine del raggiungimento dell'ambizione espressa nell'accordo di Parigi del 2015. Cfr. anche R. Miccu, *Regolazione e governo multilivello del mercato europeo dell'energia*, in Id. (a cura di), *Multilevel Regulation and Government in Energy Markets*, Napoli, 2016, p. 3 ss.

<sup>13</sup> La direttiva ha imposto una separazione effettiva delle reti dalle attività di generazione e fornitura, colmando le lacune dovute alla separazione gestionale funzionale di cui alla precedente direttiva 2003/54/CE.

<sup>14</sup> Sul punto, cfr. C. Bevilacqua, *Le comunità energetiche tra governance e sviluppo locale*, in *amministrazioneincammino.luiss.it*, 13 maggio 2020, p. 3. Una disciplina per i sistemi di distribuzione chiusi è stata inclusa nella direttiva IEM (art. 38) e nel decreto italiano di trasposizione (art. 17).

<sup>15</sup> Il piano di azione nazionale viene considerato dalle istituzioni europee un valido strumento per una salda cooperazione tra gli Stati e le istituzioni e per consentire il coordinamento dell'azione comune dell'UE. In particolare, il Regolamento 2018/1999/UE «sulla governance dell'Unione dell'energia e dell'azione per il clima» impone agli stati membri la redazione del Piano nazionale integrato per l'energia e il clima (PNIEC), il quale prende in considerazione in un'ottica unitaria gli obiettivi di decarbonizzazione, di transizione ecologica e di utilizzo delle fonti di energia rinnovabile, di sicurezza nell'approvvigionamento energetico, tenendo conto della situazione e dello sviluppo del mercato interno dell'energia.



Dalla sommaria ricostruzione storica delle più rilevanti tappe sul mercato elettrico e sulla promozione delle fonti rinnovabili, si può osservare che il legislatore europeo si è occupato con più interventi di definire le regole per un mercato interno dell'energia più competitivo, da una parte, e ha tracciato le regole per implementare il ricorso alle fonti rinnovabili di energia, dall'altra. I due temi, essenzialmente separati all'origine, si sono progressivamente avvicinati fino ad essere concretamente trattati in una prospettiva sostanzialmente unitaria e significativamente integrata con l'emanazione del *Clean Energy Package*<sup>16</sup> (anche detto *Winter Package*), tra cui spiccano per rilevanza, per i temi qui trattati, la direttiva 2018/2001/UE «*sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili*» (detta anche RED II – *Renewable Energy Directive*, recepita in Italia con il d.lgs. 199/2021) e la direttiva 2019/944/UE «*relativa a norme comuni per il mercato dell'energia elettrica*» (nota anche come IEMD – *Internal Energy Market Directive*, recepita con il d.lgs. 210/2021). La RED II fornisce la definizione di comunità energetiche rinnovabili e di autoconsumatori di energia rinnovabile che agiscono individualmente o in forma aggregata; la direttiva IEM, introduce i clienti attivi, ossia clienti finali che partecipano al mercato dell'energia individualmente o in gruppo costituito da condòmini o anche mediante la partecipazione alle comunità energetiche di cittadini.

2. Nel panorama dei soggetti che partecipano in veste attiva nel nuovo quadro del mercato interno dell'energia delineato dal *Clean Energy Package* vi sono, dunque, i consumatori<sup>17</sup>, come viene enunciato dal legislatore europeo al Considerando n. 10 della IEMD, secondo cui il loro ruolo «è fondamentale per conseguire la flessibilità necessaria ad adattare il sistema elettrico a una generazione distribuita e variabile da fonti di energia elettrica rinnovabile. Grazie al progresso tecnologico nella gestione delle reti e nella generazione di energia da fonti rinnovabili si prospettano molte opportunità per i consumatori» per i quali si auspica «di partecipare attivamente al mercato energetico e alla transizione energetica. Responsabilizzando i consumatori e

<sup>16</sup> Il pacchetto di atti normativi è stato emanato a seguito della Comunicazione della Commissione europea del 2016, COM(2016) 860 final, denominata *Energia pulita per tutti gli europei*.

<sup>17</sup> Cfr. C. Favilli, *Transizione ecologica e autoconsumo organizzato di energia rinnovabile. La questione della forma giuridica delle comunità energetiche*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, p. 385 ss. Cfr. anche M. Maugeri, *Elementi di criticità nell'equiparazione, da parte dell'AEEGSI, dei «prosumer» ai consumatori e ai clienti finali*, in *NGCC*, 2015, parte seconda, p. 406 ss. Sulla necessità di un coinvolgimento globale per la transizione verde, cfr. anche J. Rifkin, *Un green new deal globale. Il crollo della civiltà dei combustibili fossili entro il 2028 e l'audace piano economico per salvare la terra*, Mondadori, Milano, 2019, che, a p. 233 s., sostiene: «I settori chiave dell'economia – ICT/telecomunicazioni/internet, elettricità, trasporti e edifici – si stanno rapidamente sganciando dai combustibili fossili per agganciarsi alle energie rinnovabili, tracciando così la strada verso la terza rivoluzione industriale. [...] Nell'Età del progresso ognuno poteva aspirare a farcela da solo sul mercato, o almeno questo è quello che i poteri costituiti volevano farci credere. Oggi, nel mondo del cambiamento climatico, sappiamo che l'Età del progresso appartiene ormai alla storia e il nostro futuro sta in un'Età della resilienza che richiederà in ogni comunità uno sforzo collettivo su una scala mai vista prima nella nostra breve storia sulla Terra».

fornendo loro gli strumenti per partecipare maggiormente al mercato, compresa la partecipazione in nuovi modi, si vuole che i cittadini dell'Unione beneficino del mercato interno dell'energia elettrica e che l'Unione raggiunga gli obiettivi che si è data in materia di energia rinnovabile». Altrettanto rilevante per comprendere le ragioni che muovono le istituzioni europee nel concepire il nuovo mercato interno dell'energia elettrica è il Considerando n. 6 della medesima direttiva, nel quale viene evidenziata la necessità di operare «il passaggio dalla produzione in grandi impianti di generazione centralizzati a una produzione decentrata di elettricità da fonti rinnovabili e verso mercati a basse emissioni di carbonio» e ciò «richiede un adeguamento delle norme sulla compravendita di energia elettrica e un cambiamento dei ruoli all'interno del mercato».

Il cittadino europeo è dunque ammesso a partecipare al mercato elettrico avendo la possibilità di scegliere tra un ventaglio di possibilità.

3. La direttiva IEM sul mercato interno dell'energia elettrica introduce la nozione di «cliente attivo», figura cardine nel nuovo impianto normativo, che può partecipare al mercato individualmente, in forma aggregata o tramite le comunità energetiche di cittadini.

La IEMD, all'art. 2, par. 1, n. 8, definisce il «cliente attivo» come il «cliente finale o un gruppo di clienti finali consorziati che consuma o conserva l'energia elettrica prodotta nei propri locali situati all'interno di un'area delimitata o, se consentito da uno Stato membro, in altri locali, oppure vende l'energia elettrica autoprodotta o partecipa a meccanismi di flessibilità o di efficienza energetica, purché tali attività non costituiscano la principale attività commerciale o professionale». Per «cliente finale» la direttiva IEM intende «il cliente che acquista energia elettrica per il proprio consumo» (art. 2, par.1, n. 3).

Un primo nodo da sciogliere in relazione alla nozione appena riportata riguarda l'attribuzione automatica della qualifica di autoconsumatore al cliente attivo; per quanto tale qualifica sembri intuitiva (oltre che frequentemente data per acquisita dalla dottrina e dai tecnici del settore energetico<sup>18</sup>), va detto che la questione non si presenta in termini chiarissimi. Il legislatore europeo ha utilizzato la congiunzione disgiuntiva “o” tra “consumo” e “accumulo” «e/o vendita», lasciando ipoteticamente aperta la possibilità che il cliente attivo possa eventualmente produrre energia da destinare anche solo alla vendita e possa anche non occuparsi della produzione di

<sup>18</sup> Tra coloro che sostengono che i clienti attivi siano qualificabili autoconsumatori e ad essi equiparati, cfr. E. Cusa, *Sviluppo sostenibile, cittadinanza attiva e comunità energetiche*, in *Rivista ODC*, 2020, fasc. 1, p. 71 ss.; C. Favilli, *Transizione ecologica*, cit.; V. Cappelli, *Profili privatistici delle nuove discipline in materia di promozione dell'energia rinnovabile e regolazione del mercato elettrico*, in *NLCC*, 2022, fasc. 5, p. 1214. Cfr. inoltre D. Arcuri, D. Di Santo, L. De Chicchis, D. Forni, J. Romiti, *Guida alla generazione distribuita*, della Federazione italiana per l'uso razionale dell'energia, consultabile all'indirizzo [fire-italia.org/wp-content/uploads/2023/06/2023-03-guida-generazione-distribuita-1.3.pdf](http://fire-italia.org/wp-content/uploads/2023/06/2023-03-guida-generazione-distribuita-1.3.pdf), nella quale il cliente attivo è definito «autoconsumatore individuale non rinnovabile».

energia, ma esercitare anche solo una tra le altre attività consentite, come messo in chiaro con riguardo alla partecipazione ai meccanismi di flessibilità o di efficienza energetica. Particolari chiarimenti, peraltro, non sono forniti nel testo della direttiva nella quale, al Considerando n. 42, viene semplicemente illustrato che «[i] consumatori dovrebbero poter consumare, immagazzinare e/o vendere sul mercato l'energia elettrica autoprodotta».

Sul piano nazionale, il d.lgs. 210/2021 di recepimento della direttiva europea sul mercato interno dell'energia, all'art. 3, comma 2, che reca la definizione di «cliente attivo», indica che si tratta di «un cliente finale ovvero un gruppo di clienti finali ubicati in un edificio o condominio che agiscono collettivamente, che, all'interno dei propri locali, svolgono “almeno una”<sup>19</sup> delle seguenti funzioni: produzione di energia elettrica per il proprio consumo, accumulo o vendita di energia elettrica autoprodotta, partecipazione a meccanismi di efficienza energetica o di flessibilità, eventualmente per mezzo di un soggetto aggregatore»<sup>20</sup>. E dunque, ai sensi della summenzionata definizione, pur essendo espressamente prevista la destinazione all'autoconsumo dell'energia prodotta tra le ipotesi annoverate, la norma sembra consentire che la stessa possa essere accumulata (per essere utilizzata in modo differito) o, in alternativa, venduta; non sembra neanche che vi debba essere una produzione di energia.

La definizione di cliente attivo recata dall'art. 3 del testo italiano è rilevante in quanto funge ovviamente da chiave di lettura della disciplina descritta al successivo art. 14; il legislatore ricalca in termini sostanziali il contenuto della direttiva IEM e prevede che il cliente attivo possa partecipare al mercato dell'energia<sup>21</sup> (tanto dal lato della domanda quanto in quello dell'offerta) nella configurazione individuale, aggregata o associata; possa «vendere sul mercato l'energia elettrica autoprodotta»; prendere parte ai surrichiamati meccanismi di flessibilità e/o efficienza energetica [di cui alle lett. a), b) e c) dell'articolo] ed anche stoccare l'energia, attività per cui il legislatore descrive espressamente la disciplina applicabile in caso di clienti attivi proprietari dei relativi impianti (lett. d)<sup>22, 23</sup>.

<sup>19</sup> Enfasi aggiunta.

<sup>20</sup> Nello stesso senso si è espresso H. Schneidewindt, *Clean Energy Package: Magna Charta of Prosumer Rights*, 21 febbraio 2019, consultabile sul sito di *Energy Democracy* all'indirizzo [energy-democracy.org/clean-energy-package-magna-charta-of-prosumer-rights/#comment-57](http://energy-democracy.org/clean-energy-package-magna-charta-of-prosumer-rights/#comment-57), secondo cui, con riferimento ai clienti attivi, «[a]rticle 15 IMDII is the core prosumer-provision of the whole CEP, demonstrating the EU's vision: consumers shall participate in all energy markets as equals among all (traditional) market players».

<sup>21</sup> L'art. 2, n. 10 della IEMD rinvia al Regolamento (UE) 2019/943, art. 2, n. 25, che contiene un novero amplissimo di attività e secondo cui «partecipante al mercato» è la «persona fisica o giuridica che produce, acquista o vende servizi connessi all'elettricità, alla gestione della domanda o allo stoccaggio, compresa la trasmissione di ordini di compravendita, su uno o più mercati dell'energia elettrica, tra cui i mercati dell'energia di bilanciamento».

<sup>22</sup> La prescrizione di cui all'art. 14, comma 1, lett. e), secondo cui i clienti attivi «sono sottoposti a oneri di rete idonei a rispettare i costi, trasparenti e non discriminatori e contabilizzano separatamente l'energia elettrica immessa in rete e quella assorbita dalla rete, così da garantire un contributo adeguato

La definizione di «cliente attivo» deve confrontarsi allora con la nozione di «autoproduttore», recata dalla direttiva 96/92/CE all'art. 2, n. 3, secondo cui acquisisce tale qualifica «la persona fisica o giuridica che produce energia elettrica essenzialmente per il proprio consumo», nozione che nel diritto interno si completa con la specificazione della destinazione di almeno il 70% dell'energia autoprodotta «per uso proprio ovvero per uso delle società controllate, della società controllante e delle società controllate dalla medesima controllante, nonché per uso dei soci delle società cooperative di produzione e distribuzione dell'energia elettrica di cui all'articolo 4, numero 8, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643, degli appartenenti ai consorzi o società consortili costituiti per la produzione di energia elettrica da fonti energetiche rinnovabili e per gli usi di fornitura autorizzati nei siti industriali anteriormente alla data di entrata in vigore del presente decreto»<sup>24</sup>.

La summenzionata nozione di autoproduttore, tuttavia, potrebbe essere considerata superata dal più recente intervento normativo, non tanto per la circostanza secondo cui la definizione viene resa «ai fini della presente direttiva»<sup>25</sup>, come recita la 96/92/CE e «agli effetti del presente decreto» per quanto riguarda il testo di recepimento<sup>26</sup>, ma in quanto ci si deve riferire ad una nozione di nuovo conio, a cui l'ordinamento unionale e nazionale assegnano il ruolo di attore del mercato col diritto «di partecipare al mercato dell'energia allo stesso modo di coloro i quali hanno rappresentato, sino ad ora, i tradizionali protagonisti del medesimo»<sup>27</sup>.

ed equilibrato alla ripartizione globale dei costi di sistema», che riproduce in modo fedele quanto statuito nella IEMD, all'art. 15, par. 2, lett. e), non appare idonea a chiarire la corretta nozione di «cliente attivo», in quanto finalizzata a giustificare le modalità di concorso alla copertura dei costi di sistema parametrati ai flussi di energia nel caso in cui il cliente attivo sia anche autoconsumatore dell'energia prodotta. Tale impostazione sembra confermata dalla IEMD laddove, all'art. 16, par. 3, lett. d), dispone che le comunità energetiche di cittadini «siano trattate come clienti attivi» in conformità dell'art. 15, par. 2, lett. e) nel caso vi sia il consumo di energia elettrica autoprodotta.

<sup>23</sup> Nello stesso senso di quanto appena sostenuto sembra andare anche l'ARERA che, nella Deliberazione 727/2022/R/eel del 27 dicembre 2022 sulla «Definizione, ai sensi del decreto legislativo 199/2021 e del decreto legislativo 210/2021, della regolazione dell'autoconsumo diffuso. Approvazione del testo integrato autoconsumo diffuso», consultabile all'indirizzo [arera.it/fileadmin/allegati/docs/22/727-22.pdf](http://arera.it/fileadmin/allegati/docs/22/727-22.pdf), indica che i clienti attivi, «tra l'altro», possono diventare autoconsumatori individuali di energia elettrica» (enfasi aggiunta), rappresentando l'autoconsumo una mera eventualità.

<sup>24</sup> D.lgs. 79/1999.

<sup>25</sup> Peraltro, ma senza che l'argomento possa essere considerato dirimente, la direttiva 96/92/CE reca la definizione di «cliente finale» riportata in termini identici nella direttiva 96/92/CE e nella IEMD, dove invece non compare la definizione di «autoproduttore», ma solo quella di «produttore». Inoltre, la direttiva 96/92/CE è stata abrogata con la direttiva 2003/54/CE.

<sup>26</sup> D.lgs. 79/1999. Cfr. D. Arcuri, D. Di Santo, L. De Chicchis, D. Forni, J. Romiti, *Guida alla generazione distribuita*, della Federazione italiana per l'uso razionale dell'energia, consultabile all'indirizzo [fire-italia.org/wp-content/uploads/2023/06/2023-03-guida-generazione-distribuita-1.3.pdf](http://fire-italia.org/wp-content/uploads/2023/06/2023-03-guida-generazione-distribuita-1.3.pdf), nella quale il cliente attivo è definito «autoconsumatore individuale non rinnovabile» perché l'autoproduzione è finalizzata all'autoconsumo ai sensi del d.lgs. 79/1999.

<sup>27</sup> Così E. Giarmanà, *Il diritto a produrre energia e le nascenti figure dei prosumer e delle renewable energy communities*, 24 gennaio 2020, consultabile sul sito di *ReteAmbiente* all'indirizzo [reteambiente.it/normativa/36468/](http://reteambiente.it/normativa/36468/).

Peraltro, va osservato che solo nella RED II, e non anche nella IEMD, i soggetti destinatari delle disposizioni sono espressamente qualificati «autoconsumatori» e sembra logico dedurre che il legislatore avrebbe utilizzato lo stesso termine se la destinazione all'autoconsumo fosse stata connotato necessario anche dei clienti attivi.

Ancora, si può rammentare la disposizione recata dall'art. 16, par. 1, lett. c), IEMD, a mente della quale gli Stati membri, nel prevedere il quadro normativo di riferimento per le comunità energetiche di cittadini, devono assicurare che «i membri o soci [...] non perdano i loro diritti e obblighi di clienti civili o clienti attivi»<sup>28</sup> e conseguentemente il cliente attivo aderente ad una comunità energetica di cittadini può vendere l'energia autoprodotta, ad esempio, alla stessa comunità<sup>29</sup>.

Va naturalmente considerato che il cliente attivo è prioritariamente mosso alla produzione di energia per la soddisfazione del proprio egoistico bisogno energetico e l'autoconsumo gli consente di risparmiare sull'acquisto dell'energia non autoprodotta (risparmio che è massimo nel caso di utilizzo istantaneo dell'energia generata)<sup>30</sup>, oltre a osservare che questa opzione è largamente facilitata dalla possibilità per i clienti attivi di fruire dell'autoconsumo tramite impianti “a distanza”, secondo la configurazione recata dall'Arera nella deliberazione 727/22/R/eel nel Testo integrato per l'autoconsumo diffuso<sup>31</sup>. Tuttavia, per quanto detto, la qualifica di

<sup>28</sup> La disposizione viene riprodotta testualmente nel d.lgs. 210/2021, all'art. 14, comma 56, lett. b).

<sup>29</sup> Cfr. sul punto E. Cusa, *Sviluppo sostenibile*, cit., p. 98 il quale, nel richiamare l'art. 16, par. 1, lett. c), IEMD spiega che «all'interno della comunità energetica possono coesistere energia prodotta dalla comunità ed energia prodotta dai membri della comunità; quest'ultima energia potrà poi essere autoconsumata, venduta alla comunità, aggregata dalla comunità, ovvero scambiata all'interno della comunità» e dunque condivisa.

<sup>30</sup> Sui vantaggi dell'autoconsumo istantaneo e condiviso cfr. D. Arcuri, D. Di Santo, L. De Chicchis, D. Forni, J. Romiti, *Guida*, cit.

<sup>31</sup> Il *Testo integrato autoconsumo diffuso*, consultabile all'indirizzo [www.arera.it/fileadmin/allegati/docs/22/727-22alla.pdf](http://www.arera.it/fileadmin/allegati/docs/22/727-22alla.pdf), all'art. 1, comma 1.1, lett. i), reca la definizione di «cliente attivo “a distanza” che utilizza la rete di distribuzione» che corrisponde al «cliente attivo che utilizza la rete di distribuzione per condividere l'energia elettrica prodotta e accumulata con uno o più impianti di produzione ubicati presso edifici o in siti diversi da quelli presso il quale il cliente attivo opera e consumarla nei punti di prelievo dei quali è titolare. Gli edifici o siti su cui sorgono gli impianti di produzione e di consumo devono essere nella piena disponibilità del cliente attivo. La titolarità e la gestione, compresi l'installazione, il funzionamento, il trattamento dei dati e la manutenzione degli eventuali impianti di produzione e di stoccaggio la cui produzione rileva ai fini della condivisione dell'energia elettrica operata dal cliente attivo, può essere in capo a un soggetto terzo, purché quest'ultimo sia soggetto alle istruzioni del cliente attivo». Nel medesimo testo, all'art. 3, sui requisiti per l'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso, al comma 3.8 si specifica che «[a]i fini dell'accesso al servizio per l'autoconsumo diffuso, nel caso di cliente attivo “a distanza” che utilizza la rete di distribuzione», deve verificarsi anche la condizione per cui «l'energia elettrica immessa ai fini della condivisione deve essere prodotta da impianti di produzione ubicati nella stessa zona di mercato dove sono ubicate le unità di consumo». Benché le zone di mercato siano molte estese (sul punto v. l'attuale suddivisione in aree geografiche sul sito di Terna s.p.a. all'indirizzo [lightbox.terna.it/it/insight/riorganizzazione-zone-mercato-elettrico](http://lightbox.terna.it/it/insight/riorganizzazione-zone-mercato-elettrico)), va detto che non sempre vi può essere autoconsumo “a distanza”.

autoconsumatore non appare connotato imprescindibile del cliente attivo<sup>32</sup>, benché debba ammettersi che frequentemente, sul piano statistico, vi sarà autoconsumo.

Lo stesso discorso, come si può evincere dalla sistematica trattazione unitaria nella IEMD, vale anche per i clienti attivi che agiscono nella configurazione condominiale o per edificio, per i quali, nella normativa nazionale di trasposizione della direttiva, il legislatore italiano detta alcune disposizioni aggiuntive (non oggetto del presente scritto, anche se per altri versi problematiche).

Per quanto riguarda, invece, le comunità energetiche di cittadini (di seguito anche CEC), la IEMD, all'art. 2, par. 1, n. 11, lett. c), riconosce loro la possibilità di «partecipare alla generazione, anche da fonti rinnovabili, alla distribuzione, alla fornitura<sup>33</sup>, al consumo, all'aggregazione, allo stoccaggio dell'energia, ai servizi di efficienza energetica, o a servizi di ricarica per veicoli elettrici o fornire altri servizi energetici ai suoi membri o soci»<sup>34</sup>. Inoltre, le CEC hanno «il diritto di possedere, istituire, acquistare o locare reti di distribuzione e di gestirle autonomamente»<sup>35</sup> e «il diritto di organizzare all'interno della comunità energetica dei cittadini la condivisione dell'energia elettrica prodotta dalle unità di produzione di proprietà della comunità» (art. 16, par. 3, lett. d), IEMD). Soprattutto, le CEC devono perseguire lo scopo principale di «offrire ai loro membri o soci o al territorio in cui opera benefici ambientali, economici o sociali a livello di comunità, anziché generare profitti finanziari» (art. 2, n. 11, lett. b), IEMD).

Nella disciplina di trasposizione, il novero delle attività elencate nella IEMD viene riportato fedelmente, anche se in verità manca nel testo italiano l'opzione dell'impiego di fonti rinnovabili. Ad ogni buon conto, non può essere revocato in dubbio che le CEC possano operare utilizzando anche fonti rinnovabili di energia<sup>36</sup>. Come per i clienti attivi, e benché non esplicitato nel testo normativo, vale il criterio

<sup>32</sup> Il cliente attivo, anche non autoconsumatore dell'energia elettrica autoprodotta, partecipa alle finalità della IEMD in quanto contribuisce alla decentralizzazione delle fonti di produzione dell'energia e anche alla riduzione della dispersione di energia causata nella trasmissione, contribuendo così al contenimento dell'emissione di gas serra, sebbene possa in realtà produrre energia anche da fonti non rinnovabili.

<sup>33</sup> Ai sensi della IEMD, art. 2, par. 1, n. 12, per «fornitura» deve intendersi «la vendita, compresa la rivendita, di energia elettrica ai clienti».

<sup>34</sup> V. il Considerando n. 46 della IEMD secondo cui le comunità energetiche di cittadini «[d]ovrebbero poter operare sul mercato a condizioni paritarie, senza recare distorsioni alla concorrenza, e i diritti e gli obblighi applicabili alle altre imprese elettriche sul mercato dovrebbero essere applicati alle comunità energetiche dei cittadini in modo proporzionato e non discriminatorio. Tali diritti e obblighi dovrebbero applicarsi in conformità dei ruoli assunti, ad esempio quello di cliente finale, di produttore, di fornitore o di gestore dei sistemi di distribuzione».

<sup>35</sup> Sia alle condizioni generali che in relazione ad un sistema di distribuzione chiuso, come chiarisce il Considerando n. 46 della IEMD.

<sup>36</sup> Ed infatti, l'art. 8 della IEMD sulle autorizzazioni per i nuovi impianti di generazione di energia elettrica, al par. 2, lett. j) dispone che deve essere tenuto in conto «il contributo della capacità di generazione al conseguimento dell'obiettivo generale dell'Unione di una quota pari ad almeno il 32% di energia da fonti rinnovabili nel consumo finale lordo di energia dell'Unione nel 2030, di cui all'art. 3, paragrafo 1, della direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento e del Consiglio».

dell'esercizio di "almeno una" delle attività elencate<sup>37</sup> e dunque le CEC possono anche non produrre energia elettrica, ma esercitare le altre attività consentite, e se la generano possono utilizzare qualunque fonte di energia.

4. La valorizzazione del cliente attivo come partecipante del mercato interno dell'energia nella direttiva IEM, più che come autoconsumatore di energia, può cogliersi anche evidenziando le differenze con il modello di autoconsumo di energia rinnovabile di cui alla RED II, direttiva con la quale le Istituzioni europee intendono portare avanti il processo di transizione verde già precedentemente avviato ed imprimere un'accelerazione al ricorso alle fonti rinnovabili di energia fornendo un quadro giuridico di dettaglio.

L'autoconsumatore di energia rinnovabile (e la definizione vale anche per quelli che agiscono collettivamente nella dimensione condominiale o per edificio) è «un cliente finale che, operando sui propri siti o, se consentito da uno Stato membro, in altri siti, produce energia elettrica per il proprio consumo e può immagazzinare o vendere l'energia elettrica rinnovabile autoprodotta purché, per un consumatore di energia rinnovabile diverso dai nuclei familiari, tali attività non costituiscano l'attività commerciale o professionale principale»<sup>38</sup>. La definizione generale appena rammentata viene precisata all'art. 21 della RED II con la prescrizione di poter immagazzinare e vendere soltanto le eccedenze di produzione.

Nella trasposizione dell'impianto normativo europeo, il legislatore italiano si allinea al dettato europeo specificando, nel caso di configurazione collettiva, che «l'energia autoprodotta è utilizzata prioritariamente per i fabbisogni degli autoconsumatori e l'energia eccedentaria può essere accumulata e venduta»<sup>39</sup>.

In relazione alle comunità energetiche rinnovabili, l'art. 22 della RED II indica che possono produrre, consumare, immagazzinare e vendere l'energia rinnovabile; scambiare, all'interno della stessa comunità l'energia rinnovabile prodotta; accedere a tutti i mercati dell'energia elettrica appropriati. Anche nel caso delle CER, il legislatore italiano articola con maggiore precisione le attività con la prescrizione della destinazione prioritaria all'autoconsumo istantaneo in sito ovvero per la condivisione con i membri della comunità, con la possibilità anche in questo caso di accumulare e vendere soltanto l'energia che residua oltre il fabbisogno.

<sup>37</sup> Come osserva E. Cusa, *Sviluppo sostenibile*, cit., p. 93, non sono indicate le attività di trasmissione, trattata nella IEMD anche ai fini dell'*unbundling* e in relazione alle imprese verticalmente integrate, e di dispacciamento poiché sono attività «riservate allo Stato e affidate in concessione al gestore della rete di trasmissione nazionale» ai sensi del d.lgs. 79/1999.

<sup>38</sup> Art. 2, nn. 14 e 15, RED II.

<sup>39</sup> In relazione alla configurazione individuale, il legislatore italiano reputa evidentemente ridondante specificare che l'energia autoprodotta debba essere destinata all'autoconsumo in via prioritaria in quanto si tratta di autoconsumatori. Quindi, non genera dubbi interpretativi l'articolazione del primo comma dell'art. 30 del d.lgs. 199/2021 sull'uso dell'energia generata.

5. La considerazione del cliente attivo come autoconsumatore dell'energia elettrica autoprodotta sembra fortemente condizionata dalla disciplina recata dal d.lgs. 79/1999, di recepimento della direttiva 96/92/CE.

La scelta della terminologia è importante poiché l'autoconsumo reca con sé il concetto di autoproduzione, ma non è vero il contrario; è solo una scelta di politica legislativa quella di legare l'autoproduzione all'autoconsumo<sup>40</sup>.

Il legislatore italiano ha introdotto nel 1999 la definizione di "autoproduzione" e ha scelto di conservarla in un testo normativo ancora vigente anche se la relativa nozione non compare più nella disciplina europea, che negli anni ha disegnato un mercato dell'energia evoluto e, per certi versi, distante dall'impianto di primo conio.

La definizione di autoproduttore come produttore per l'autoconsumo non è stata modificata neanche per effetto della definizione di cliente attivo recata dal decreto legislativo di recepimento della direttiva IEM, che indica, quanto meno sul piano letterale, la produzione con destinazione all'autoconsumo solo una tra le attività consentite. E dunque, bisogna valutare l'incidenza della definizione, per quanto datata, di autoproduttore con la nozione di cliente attivo. Nel caso in cui la si ritiene vincolante, allora l'art. 3, comma 2, del d.lgs. 210/2021 va letto nello stesso modo di quanto statuito per l'autoconsumatore di energia rinnovabile e quindi con la finalizzazione prioritaria all'autoconsumo dell'energia prodotta e con la destinazione all'accumulo e alla vendita della sola parte eccedentaria. Quindi le attività consentite al cliente attivo si ridurrebbero a due: quella appena richiamata che collega produzione, accumulo e vendita, e quella di partecipazione ai meccanismi di efficienza energetica e di flessibilità. Questa operazione, tuttavia, non sembra coerente con l'uso della punteggiatura utilizzata (che presenta semplici virgole nello scandire le funzioni) e sminuisce il senso delle parole espresse (il riferimento è alle parole "almeno una").

L'opzione interpretativa alternativa, che si concilia con il testo normativo di recente introduzione, sembra invece lasciare la possibilità al cliente attivo di diventare autoconsumatore dell'energia autoprodotta, anche "a distanza", ma altresì di operare diversamente ed in modo probabilmente più in linea con il nuovo contesto del mercato dell'energia, favorevole alle fonti di energia rinnovabili ma anche, in termini più generali, alla decentralizzazione della produzione e ad un assetto del mercato più competitivo, obiettivi resi possibili anche con il contributo dei consumatori.

D'altra parte, sono tracciati limiti dimensionali al cliente attivo, poiché è imposto che le attività esercitate non costituiscano la principale attività commerciale o professionale.

<sup>40</sup> Il Codice dell'Energia francese, ad esempio, lega sicuramente l'autoconsumo all'autoproduzione, ma concede ai produttori autorizzati (ai sensi dell'art. L311-5) di destinare una parte della produzione all'uso proprio (art. L311-2).



Concetta Maria Nanna

ASSEGNO DI DIVORZIO, FUNZIONE COMPENSATIVA ED  
AUTODETERMINAZIONE DEGLI EX CONIUGI: UN'ANALISI  
COMPARATIVA\*

ABSTRACT

L'analisi della recente evoluzione dell'orientamento della Suprema Corte di Cassazione italiana in materia di natura e quantificazione di assegno di divorzio si presta ad un'utile indagine di tipo comparativo, al fine di valutare la sussistenza di un processo di graduale e costante armonizzazione tra gli ordinamenti degli Stati europei.

The analysis of the recent evolution of the orientation of the Italian Supreme Court of Cassation on the subject of the nature and quantification of divorce allowances lends itself to a useful comparative investigation, in order to evaluate the existence of a process of gradual and constant harmonization between the laws of the European states.

PAROLE CHIAVE

Assegno di divorzio – autodeterminazione – comparato      Divorce allowance – self-determination – compared

SOMMARIO: 1. Evoluzione della natura giuridica dell'assegno di divorzio e recente orientamento della Suprema Corte, ormai divenuto «diritto vivente». – 2. Utilità di un'analisi comparativa: l'ordinamento tedesco. – 3. (Segue): la soluzione francese. – 4. (Segue): il sistema anglosassone. – 5. Considerazioni conclusive. L'assegno di divorzio nel processo di armonizzazione del diritto europeo.

1. La giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana, dopo circa trent'anni di interpretazione costante e granitica, relativa alla natura dell'assegno di divorzio, ha di recente mutato il proprio orientamento, innovando radicalmente la materia.

L'interpretazione tradizionale, resa uniforme e costante dalla nota sentenza delle Sezioni unite dalla Suprema Corte<sup>1</sup>, prevedeva che l'assegno di divorzio, essendo

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

<sup>1</sup> Cfr. Cass., SS. UU., 29 novembre 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, c. 67 ss., con note di E. Quadri, *Assegno di divorzio: la mediazione delle Sezioni Unite*, e di V. Carbone, *Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)*; Cass., SS. UU., 29 novembre 1990, n. 11492, in *Dir.*

diretto a garantire il soddisfacimento di tutte le esigenze di vita del coniuge debole, indipendentemente da un suo «stato di bisogno», stabilisse «un certo equilibrio nella posizione dei coniugi dopo lo scioglimento» del rapporto coniugale, tutelando così la posizione della parte che fosse in difficoltà «per aver perduto il sostegno ed i vantaggi che realizzava nell'ambito della convivenza matrimoniale»; conseguentemente, l'assegno divorzile, caratterizzato da una natura squisitamente assistenziale, doveva essere parametrato al tenore di vita «analogo a quello avuto in costanza di matrimonio o che potesse legittimamente e ragionevolmente fondarsi su aspettative maturate nel corso del matrimonio».

Nel 2017, tuttavia, la prima sezione della Corte di Cassazione<sup>2</sup> è nuovamente intervenuta sul problema della natura dell'assegno di divorzio, con una pronuncia «rivoluzionaria»<sup>3</sup>, che ha individuato un nuovo parametro a cui rapportare l'«adeguatezza dei mezzi», non più rappresentato dal «tenore di vita», ma dall'«indipendenza o autosufficienza economica» della parte debole. Ciò in quanto il riferimento al tenore di vita comporterebbe inevitabilmente una «locupletazione illegittima, fondata esclusivamente sul fatto della mera preesistenza di un rapporto matrimoniale ormai estinto e (...) di durata tendenzialmente *sine die*».

Conseguentemente, il solo parametro idoneo a valutare l'adeguatezza dei mezzi o l'oggettiva impossibilità di procurarseli sarebbe costituito dal «raggiungimento dell'indipendenza economica», strettamente legato all'autoresponsabilità, a cui sarebbe ispirata la normativa in materia di assegno di divorzio.

Il contrasto giurisprudenziale creatosi in seno alla Corte di Cassazione ha dato luogo alla rimessione alle Sezioni Unite che, nel 2018<sup>4</sup>, sono tornate ad affrontare il

*fam. pers.*, 1991, p. 119 ss., con nota di G. Nappi, *Sull'assegno di divorzio aleggia ancora il fantasma del matrimonio*, e di F. Dall'Ongaro, *Le Sezioni Unite della Suprema Corte si pronunciano sul concetto di mezzi adeguati di cui all'art. 10, l. n. 74/1987*.

<sup>2</sup> Cass., 10 maggio 2017, n. 11504, in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859 ss., con nota di G. Casaburi, *Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi d'antico*, di C. Bona, *Il revirement sull'assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti*, e di A. Mondini, *Sulla determinazione dell'assegno divorzile la Sezione semplice decide «in autonomia». Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell'assegno*; *ivi*, 2017, I, c. 2707 ss., con nota di S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, e di M. Bianca, *Il nuovo orientamento in tema di assegno divorzile. Una storia incompiuta*; in *Giur. it.*, 2017, (m), c. 1299 ss., con nota di A. Di Majo, *Assistenza o riequilibrio negli effetti del divorzio?*, e c. 1795 ss., con nota di C. Rimini, *Assegno di mantenimento e assegno divorzile: l'agonia del fondamento assistenziale*; in *Fam. e dir.*, 2017, p. 636 ss., con nota di E. Al Mureden, *L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale*, e di F. Danovi, *Assegno di divorzio e irrilevanza del tenore di vita matrimoniale: il valore del precedente per i giudizi futuri e l'impatto sui divorzi già definiti*; A. Vesto, *Revisione dell'assegno post-matrimoniale: dal dogma del «tenore di vita» all'«autosufficienza e autoresponsabilità economica»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, p. 1473 ss. F. Danovi, *La Cassazione e l'assegno di divorzio: en attendant Godot (ovvero le Sezioni Unite)*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 51 ss.

<sup>3</sup> C. Rimini, *Il nuovo assegno: la funzione compensativa e perequativa*, in *Giur. it.*, 2018, c. 1855.

<sup>4</sup> Cass., SS. UU., 11 luglio 2018, n. 18287, in *Foro it.*, 2018, I, c. 2671 ss., con nota di G. Casaburi, *L'assegno divorzile secondo le Sezioni Unite della Cassazione: una problematica «terza via»*, e di M. Bianca, *Le Sezioni Unite e i corsi e ricorsi giuridici in tema di assegno divorzile: una storia compiuta?*;

problema della natura dell'assegno di divorzio e del criterio di valutazione dell'adeguatezza dei mezzi, con una soluzione che potrebbe definirsi «intermedia».

Con tale sentenza, la Suprema Corte ha rilevato che la pronuncia del 2017, pur avendo correttamente colto nell'autoresponsabilità un principio cardine dell'istituto matrimoniale, l'ha interpretata in modo sostanzialmente riduttivo, avendola collegata esclusivamente alla fase patologica del rapporto<sup>5</sup>: è vero invece che essa caratterizza tutta la vita matrimoniale e comporta, pertanto, nella fase della crisi e dell'attribuzione (o meno) dell'assegno di divorzio, la valutazione di scelte libere e condivise, con il conseguente riconoscimento delle rinunce svolte per la famiglia, al fine di constatare se la mancanza di mezzi adeguati sia causalmente dipendente «dal sacrificio di aspettative professionali e reddituali fondate sull'assunzione di un ruolo consumato esclusivamente o prevalentemente all'interno della famiglia e del conseguente contributo fattivo alla formazione del patrimonio comune e a quello dell'altro coniuge». Conseguentemente, l'assegno divorzile ha attualmente una natura di tipo non solo assistenziale, ma è dotato di uno spiccato valore di tipo perequativo e compensativo, volto a riequilibrare dopo il divorzio le posizioni tra i due ex coniugi, in base all'apporto dato da ciascuno di loro *ad sustinenda onera matrimonii*.

Tale sentenza è ormai divenuta «diritto vivente», essendo finora costantemente seguita dalla successiva giurisprudenza di legittimità e di merito<sup>6</sup>. Va inoltre aggiunto

in *Corr. giur.*, 2018, p. 1186 ss., con nota di S. Patti, *Assegno di divorzio: il «passo indietro» delle Sezioni Unite*; in *Fam. e dir.*, 2018, p. 1058 ss., con nota di C. M. Bianca, *Le Sezioni Unite sull'assegno divorzile: una nuova luce sulla solidarietà postconiugale*; di V. Carbone, *Il contrasto giurisprudenziale sull'assegno all'ex coniuge divorziato tra tenore di vita «paraconiugale» e «dipendenza economica»*; di M. Dogliotti, *L'assegno di divorzio tra innovazione e restaurazione*; di E. Quadri, *Il superamento della distinzione tra criteri attributivi e determinativi dell'assegno di divorzio*; di M. Sesta, *Attribuzione e determinazione dell'assegno divorzile: la rilevanza delle scelte di indirizzo della vita familiare*; di F. Danovi, *Oneri probatori e strumenti di indagine: doveri delle parti e poteri del giudice*; di E. Al Mureden, *L'assegno divorzile e l'assegno di mantenimento dopo la decisione delle Sezioni Unite*; di A. Fusaro, *La sentenza delle Sezioni Unite sull'assegno di divorzio favorirà i patti patrimoniali?*; di C. Rimini, *Funzione compensativa e disponibilità del diritto all'assegno divorzile. Una proposta per definire i limiti di efficacia dei patti in vista del divorzio*; di F. Tommaseo, *La decisione delle Sezioni Unite e la revisione ex art. 9 l. div. dell'assegno*, e di P. Pittaro, *L'assegno divorzile: profili penali*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2018, p. 1607 ss., con nota di C. Benanti, *La «nuova» funzione perequativo-compensativa dell'assegno di divorzio*. In merito a tale sentenza, cfr. le riflessioni di C. Benanti, *La funzione dell'assegno di divorzio nel sistema dei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Il sistema del diritto di famiglia dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, *Atti del Convegno 27-29 settembre 2018, svoltosi a Catania, dedicato a Tommaso Auletta*, Pisa, 2019, p. 579 ss.; Ead., *Dal sistema alle riforme: l'assegno di divorzio*, in *Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?*, cit., p. 61 ss.; v., inoltre, C. Rimini, *Assegno divorzile e regime patrimoniale della famiglia: la redistribuzione della ricchezza fra coniugi e le fragilità del sistema italiano*, *ivi*, p. 73 ss.

<sup>5</sup> Cfr. E. Quadri, *Assetti economici postconiugali e dinamiche esistenziali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 376.

<sup>6</sup> La rilevante e nota sentenza della Suprema Corte del 2018 è stata successivamente confermata dalla giurisprudenza di legittimità e di merito: cfr., a titolo esemplificativo, tra le più recenti, Cass., 15 maggio 2023, n. 13224; Cass., 20 aprile 2023, n. 10614; Cass., 17 aprile 2023, n. 10168; Cass., 30 marzo 2023, n. 9021; Cass., 18 gennaio 2023, n. 1482, tutte leggibili in *Onelegale. V.*, inoltre, Cass., 8 settembre 2021, n. 24250, in *Foro it.*, 2021, I, c. 3445 ss.; Cass., 7 ottobre 2019, n. 24935, *ivi*, I, c. 3486 ss.; Cass.,

che la nuova funzione compensativa e perequativa dell'assegno è ormai così rilevante, da aver indotto la Suprema Corte a rivedere il proprio orientamento in relazione all'attribuzione dell'assegno divorzile, laddove l'ex coniuge più debole abbia ormai costituito una nuova famiglia di fatto, con una convivenza stabile<sup>7</sup>. Infatti, con il recente intervento a Sezioni Unite, la Cassazione ha affermato che la nuova convivenza non determina l'automatico (e totale) venir meno dell'assegno divorzile, laddove quest'ultimo sia caratterizzato da funzione compensativa<sup>8</sup>.

2. La nuova interpretazione in materia di assegno di divorzio, che riflette evidentemente anche l'evoluzione socio-culturale del costume italiano, ben si presta ad un'analisi comparata con la disciplina del mantenimento successivo al divorzio in altri Stati europei, anche al fine di verificare la graduale e reciproca interferenza tra gli ordinamenti dei Paesi dell'Unione europea, ai fini di una progressiva armonizzazione tra le diverse discipline. D'altronde, la stessa Suprema Corte, con la sentenza 18287/2018, ha fatto correttamente riferimento al contesto comunitario<sup>9</sup>, non solo a fini comparatistici, ma anche per dimostrare che l'interpretazione proposta si presenta più aderente al contesto europeo, rispetto a quella pregressa.

In tale tipo di indagine, di grande rilievo è la disciplina dell'assegno divorzile in Germania. Anche in tale Stato, dal 1976 in poi, si sono susseguite numerose riforme in

9.8.2019, n. 21234, in *Fam. e dir.*, 2019, 1080 ss., con nota di E. Al Mureden, *Le nuove funzioni dell'assegno divorzile nello specchio dei «big money cases»*, ed in *Famiglia*, 2020, p. 45 ss., con nota di T. Auletta, *La lettura della Cassazione, prima sezione, sulla natura ed i criteri fissati da S.U. 18287/2018, riguardo all'assegno di divorzio*. Per la giurisprudenza di merito, cfr., per tutte, App. Cagliari, 22 aprile 2022, n.14151, in *Fam e dir.*, 2022, p. 1031 ss., con nota critica di E. Andreola, *Funzione compensativa dell'assegno divorzile e nesso causale*. In dottrina, tra i più recenti, cfr. *Il contributo economico divorzile tra parametri oggettivi e variabili soggettive*, a cura di G. Ballarani e M. Bianca, Pisa, 2023, *passim*.

<sup>7</sup> Si tratta di Cass., SS. UU., 5 novembre 2021, n. 32198, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, p. 1390 ss., con nota di E. Quadri, *Assegno di divorzio e convivenza: le Sezioni Unite s'impegnano nella ricerca di una soluzione coerente*; in *Fam. e dir.*, p. 113 ss., con nota di F. Danovi, *Assegno di divorzio: no alla caducazione automatica in caso di nuova convivenza*; di C. Rimini, *Nuova convivenza e assegno divorzile: la funzione compensativa consente una soluzione finalmente equa del problema*; e di E. Al Mureden, *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile "compensativo" tra diritto vigente e prospettive de iure condendo*. La sentenza è pubblicata anche in *Foro it.*, 2021, I, c. 151 ss.; in *Giur. it.*, 2022, c. 1077, con nota di R. Caterina, *Sopravvenuta convivenza di fatto e componenti dell'assegno di divorzio*; in *Dir. fam. pers.*, 2021, p. 1657 ss.; in *Famiglia*, 2022, p. 95 ss., con nota di M. Bianca, *Le Sezioni Unite su assegno divorzile e convivenza di fatto. Le mobili frontiere tra autoresponsabilità e solidarietà postconiugale*.

<sup>8</sup> Correttamente, C. Rimini, *Nuova convivenza e assegno divorzile*, cit., p. 137, rileva che la sentenza delle Sezioni Unite (come già la relativa ordinanza di rimessione) coglie «l'insanabile contraddizione» tra la giurisprudenza che prevedeva l'automatica e totale caducazione dell'assegno (per la relativa rassegna v. *ibidem*, p. 135-136), in caso di nuova convivenza stabile, ed «il nuovo insegnamento contenuto nella sentenza delle Sezioni Unite del 2018», in cui si individua la funzione anche compensativa dell'assegno divorzile.

<sup>9</sup> *Contra*: S. Patti, *Assegno di divorzio: il «passo indietro» delle Sezioni Unite*, cit., p. 1200 ss.; C. Benanti, *La nuova funzione*, cit., p. 1607. Sull'analisi comparatistica svolta dalla Suprema Corte in tale sentenza, cfr. E. Quadri, *Il superamento*, cit., p. 977.

materia di diritto di famiglia<sup>10</sup>; tuttavia, la più rilevante è rappresentata proprio dalla legge di modifica del diritto di mantenimento (*Gesetz zur Änderung des Unterhaltsrechts*), del 21 dicembre 2007, entrata in vigore il 1° gennaio del 2008, che modifica alcune norme del codice civile tedesco.

I principi fondamentali che la caratterizzano sono, sostanzialmente, quello dell'autoresponsabilità<sup>11</sup>, diretto ad agevolare il reinserimento nel mondo del lavoro del coniuge debole, e quello della prevalenza dei diritti dei figli minori non autosufficienti, essendo stato introdotto un ordine tra aventi diritto al mantenimento, in cui i minori stessi sono collocati al primo posto.

Il legislatore tedesco ha preso atto della profonda evoluzione della società e del costume, del mutamento sempre più accentuato nella distribuzione dei ruoli all'interno della famiglia, dell'aumento del numero dei divorzi e, conseguentemente, dell'incremento dei secondi matrimoni, oltre che della necessità di riequilibrare gli assetti patrimoniali, modificatisi a seguito dello scioglimento del vincolo di *coniugio*. La nuova legge tedesca ha perciò notevolmente innovato il precedente sistema, tanto che le nuove norme si aprono con il riferimento al «principio di autoresponsabilità» (*Selbstverantwortung*), ex § 1569 BGB, in cui si afferma che «dopo il divorzio spetta a ciascun coniuge provvedere al proprio sostentamento<sup>12</sup>; qualora questi non sia in grado di farlo ha, nei confronti dell'altro coniuge, una pretesa al mantenimento secondo quanto stabilito dalle successive norme». Essendo il coniuge debole tenuto a trovare un'adeguata attività professionale, il § 1574, comma 2, BGB, precisa che per «adeguata attività» si intende quella corrispondente alla formazione professionale della persona, alle sue capacità, ad una precedente attività, oltre che all'età e stato di salute del coniuge divorziato.

Com'è chiaro, la prospettiva è drasticamente mutata, rispetto al regime precedente, dove predominava la *nacheheliche Solidarität*; tuttavia, la solidarietà post coniugale non è del tutto venuta meno<sup>13</sup>, ma sopravvive in casi definiti eccezionali, laddove sussista uno stato di bisogno del coniuge più debole. Peraltro, nel nuovo sistema il

<sup>10</sup> Cfr. M. G. Cubeddu, *Lo scioglimento del matrimonio e la riforma del mantenimento tra ex coniugi in Germania*, in S. Patti - M. G. Cubeddu, *Introduzione al diritto della famiglia in Europa*, Milano, 2008, p. 289-290.

<sup>11</sup> In merito, cfr. S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., c. 2710 ss.; Id., *Crisi del rapporto coniugale e obblighi di mantenimento*, in *Crisi della famiglia e obblighi di mantenimento nell'Unione europea*, a cura di V. Roppo e G. Savorani, Torino, 2008, p. 28 ss.; M. G. Cubeddu, *op. loc. cit.*, p. 2297 ss.; M. Sesta, *L'assegno di divorzio nella prospettiva italiana e in quella tedesca*, in *Familia*, 2019, p. 3 ss.

<sup>12</sup> D. Schwab, *Familienrecht*, Munchen, 2006, p. 150 ss.; W. Born, *Das neue Unterhaltsrecht*, in *NJW*, 2008, p. 1 ss.; M. G. Cubeddu, *op. loc. cit.*, p. 2297 ss.; S. Patti, *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., c. 2711; Id., *Solidarietà ed autosufficienza nella crisi del matrimonio*, in *Familia*, 2017, p. 278.

<sup>13</sup> Cfr. M.G. Cubeddu, *Lo scioglimento*, cit., p. 300; S. Patti, *Crisi*, cit., p. 29.

mantenimento è limitato «*solange und soweit*»<sup>14</sup>, cioè per il tempo e nella misura in cui il soggetto debole non possa provvedere autonomamente al proprio sostentamento.

La *ratio* del principio di autoresponsabilità è essenzialmente quella di facilitare ed agevolare il reinserimento nel mondo del lavoro del coniuge più debole; ciò, tuttavia, non ha comportato il venir meno del principio di solidarietà post coniugale, pur limitato quantitativamente e temporalmente<sup>15</sup>.

A fini comparativi, di grande rilievo è anche notare che non è neppure scomparso il riferimento al «tenore di vita matrimoniale»; infatti, nonostante tale principio sia progressivamente sempre meno rilevante ai fini del computo dell'assegno divorzile, esso rimane tuttavia un criterio generale, ex § 1578 BGB, derivando dalla tutela costituzionale dei diritti e doveri nascenti dal matrimonio<sup>16</sup>.

3. Proseguendo in quest'indagine di tipo comparatistico, un altro Paese europeo di notevole interesse è rappresentato dalla Francia. Come già si è visto in Italia ed in Germania, anche il legislatore d'oltralpe ha profondamente modificato il diritto di famiglia, con una serie di riforme, succedutesi nell'arco di circa trent'anni. Questo iter è stato completato dalla l. n. 439 del 26 maggio 2004<sup>17</sup>, entrata in vigore il 1° gennaio 2005. Per comprendere le finalità della legge di riforma del divorzio, è opportuno procedere individuando i principi a cui essa è ispirata, tra cui il principale è quello della *dédramatisation*<sup>18</sup>, in base al quale il divorzio non dovrebbe più essere visto e vissuto come un evento eccessivamente traumatico, appunto come un «dramma», ma come un'evenienza quasi «fisiologica», naturale, in considerazione del fatto che circa la metà dei matrimoni europei terminano con il divorzio stesso. Correlativamente, altro principio «guida» della nuova legge è quello della *concentration des effets du divorce*<sup>19</sup>, in base al quale è opportuno che tutti i rapporti patrimoniali esistenti tra gli ex coniugi siano definiti nel tempo più breve possibile, per consentire ad entrambe le parti di andare avanti nella loro vita, eventualmente formandosi una nuova famiglia e nuovi affetti.

Di notevole interesse è rilevare che, anche nel diritto francese, al termine del matrimonio, è di massima importanza riequilibrare le posizioni tra i due coniugi, che

<sup>14</sup> W. Born, *Das neue*, cit., p. 5; S. Patti, *Solidarietà*, cit., p. 279.

<sup>15</sup> S. Patti, *Solidarietà*, cit., p. 279; Id., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., c. 2710.

<sup>16</sup> M.G. Cubeddu, *op. loc. cit.*, p. 300.

<sup>17</sup> Cfr. S. Patti, *La nuova legge francese sul divorzio*, in *Introduzione al diritto di famiglia in Europa*, cit., p. 282 ss.; Id., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., p. 2714 ss.; Id., *Solidarietà*, cit., p. 280 ss.; M. Sesta, *La solidarietà post-coniugale tra funzione assistenziale ed esigenze compensatorie*, in *Fam. e dir.*, 2018, p. 513; D. Thevenet Montfrond – E. Urso, *L'obbligo di mantenimento del coniuge nel diritto francese, in Diritti e tutele nella crisi familiare*, in *Diritti e tutele nella crisi familiare* cit., a cura di I. Mariani Isabella, G. Passagnoli, Padova, 2007, p. 365 ss.

<sup>18</sup> Sul principio della *dédramatisation*, cfr. S. Patti, *La nuova legge*, cit., p. 282 - 283; Id., *Solidarietà*, cit., p. 280 – 281.

<sup>19</sup> Accanto ai principi di *dédramatisation* e di *concentration*, vi sono quelli di *simplification*, e di *pacification*: cfr. S. Patti, *Crisi*, cit., p. 26 – 27; Id., *Solidarietà*, cit., p. 261.

hanno subito uno squilibrio a seguito della rottura del rapporto matrimoniale; non a caso, l'art. 270 c.c. stabilisce che «il divorzio pone fine al dovere di soccorso tra i coniugi»; tuttavia, «ad uno dei coniugi può essere richiesto di versare all'altro una prestazione destinata a compensare, per quanto possibile, la disparità che la rottura del matrimonio crea nelle rispettive condizioni di vita. Questa prestazione ha carattere forfettario. Essa è corrisposta nella forma di un capitale, il cui importo è stabilito dal giudice»<sup>20</sup>. Inoltre, tale prestazione, oltre che forfettaria, è determinata in relazione alla situazione economica del coniuge avente diritto, delle risorse dell'altro coniuge, della situazione economica dei coniugi esistente al momento del divorzio e delle previsioni dell'evoluzione della loro situazione economica. Il giudice, alla luce di tali criteri, ovvero laddove il divorzio sia dovuto a colpa esclusiva della parte richiedente, può anche rigettare la domanda diretta ad ottenere la *prestation compensatoire*.

La *prestation compensatoire* è normalmente costituita da una somma *una tantum*, ma può anche avere ad oggetto l'attribuzione di beni in proprietà, ex art. 274 c.c.<sup>21</sup> Inoltre, se l'obbligato non è in grado di corrispondere la somma in una sola volta, il giudice può disporre il versamento di somme periodiche, per un periodo massimo di otto anni. Solo in casi eccezionali, invece, la *prestation* può assumere il carattere di rendita vitalizia (*rente viagère*)<sup>22</sup>. In ogni caso, è espressamente escluso che l'ammontare della *prestation compensatoire*, originariamente stabilito, possa essere successivamente aumentato; è invece ammesso che l'obbligato, in qualsiasi momento, possa chiedere al giudice di pagare in unica soluzione la rendita residua<sup>23</sup>. Sono peraltro ammesse forme «miste» della *prestation*, costituite quindi sia da un capitale che da una *rente*.

Ovviamente, anche nel sistema francese le parti possono stipulare accordi in deroga alla normativa, ad esempio prevedendo un assegno da corrispondersi in un periodo superiore ad otto anni, ovvero destinato a venir meno per l'instaurarsi di una convivenza stabile e così via. Tale accordo va ovviamente sottoposto al giudice<sup>24</sup>, che potrà rifiutare l'omologazione solo in caso di iniquità. In conclusione, anche nel sistema francese, similmente a quello tedesco, l'assegno divorzile è dotato di una spiccata funzione compensativa ed è caratterizzato dalla natura essenzialmente temporanea, oltre ad essere favorita la corresponsione in unica soluzione.

<sup>20</sup> La *prestation compensatoire* non ha pertanto carattere di prestazione alimentare: cfr. J. Carbonnier, *La question du divorce. Mémoire à consulter*, in Dalloz, 1975, *Chronique*, p. 115 ss.

<sup>21</sup> Cfr. S. Patti, *La nuova legge*, cit., p. 287; Id., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., p. 2720; Id., *Solidarietà*, cit., p. 281; D. Thevenet Montfrond – E. Urso, *L'obbligo*, cit., p. 409 ss.

<sup>22</sup> Sull'evoluzione storica del rapporto tra *prestation compensatoire* e *rente viagère* nella giurisprudenza francese, cfr. D. Thevenet Montfrond – E. Urso, *L'obbligo*, cit., p. 399 ss.

<sup>23</sup> Sulla revisione della *prestation compensatoire*, cfr. spec. D. Thevenet Montfrond – E. Urso, *op. loc. cit.*, p. 412 ss., a cui si rinvia anche per i riferimenti bibliografici e giurisprudenziali; S. Patti, *La nuova legge*, cit., p. 287; Id., *Assegno di divorzio: un passo verso l'Europa?*, cit., p. 2721; Id., *Solidarietà*, cit., p. 282.

<sup>24</sup> S. Patti, *La nuova legge*, cit., p. 288, il quale opportunamente accosta la soluzione francese a quella tedesca; Id., *Solidarietà*, cit., p. 282.

4. Esaminando, infine, il sistema inglese<sup>25</sup>, può rilevarsi che, con il passaggio dal divorzio per colpa al *no fault divorce*, basato sull'*irretrievable breakdown*, il legislatore e la giurisprudenza hanno principalmente avvertito la necessità di tutelare e proteggere la posizione del coniuge debole, specialmente di quello che si sia dedicato esclusivamente alla cura della casa e della famiglia. Con il *Matrimonial Causes Act* del 1973 e l'abbandono della *traditional common-law title theory of property*, in favore dell'*equitable distribution system*<sup>26</sup>, indipendentemente dalla titolarità dei singoli beni, il giudice può, in sede di divorzio, assegnarli e riallocarli in base a proprie valutazioni discrezionali ed in base alla *fairness*.

Accanto al fondamentale principio della discrezionalità delle Corti, il divorzio nel sistema inglese è governato dalla *clean break theory*<sup>27</sup>, in base a cui è opportuno definire nel più breve tempo possibile i rapporti patrimoniali tra gli ex coniugi, o mediante l'attribuzione di una somma *una tantum (lump sum)*, ovvero con l'assegnazione di uno o più beni immobili. Tale sistema, in cui i pagamenti periodici sono disposti molto raramente, mira a rendere i coniugi definitivamente autonomi, in modo da permettere loro di andare avanti, potendo ricostruirsi una nuova vita ed una nuova famiglia, rompendo definitivamente con il passato, anche al fine di limitare al massimo la conflittualità futura tra le parti. Nonostante siano previsti i criteri che il giudice deve seguire, indicati nella *Section 25* del *Matrimonial Causes Act*, la giurisprudenza ha incontrato non poche difficoltà, per il cui superamento è stata elaborata la teoria della *one third rule*, in base a cui veniva assegnato alla moglie un terzo del patrimonio coniugale, sulla considerazione empirica delle maggiori spese sopportate dall'uomo a seguito del divorzio<sup>28</sup>. Nonostante la successiva elaborazione di correttivi a tale regola, ad esempio distinguendo i matrimoni di breve durata, in cui era essenziale cercare di garantire al coniuge il più rapido reinserimento nel mondo del lavoro, dai matrimoni di lunga durata, nei quali massima attenzione era rivolta alle aspettative di vita della parte debole, si giungeva ancora a risultati spesso *unfair*.

<sup>25</sup> Cfr. E. Al Mureden, *Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle leading decisions inglesi: verso una nuova valenza dell'istituto matrimoniale?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 211 ss.; B. Ficarelli, *La definizione degli assetti economici tra i coniugi alla rottura del matrimonio: l'esperienza inglese*, in *Diritti e tutele nella crisi familiare*, cit., p. 449 ss.

<sup>26</sup> Per una disamina dell'evoluzione storica, cfr. E. Graziadei, *Divorzio (diritto straniero)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, p. 511 ss.; C. Smart, *Divorce in England: a moral tale?*, in *Cross currents, Family law and Policy in the United States and England*, a cura di S. N. Katz, J. Eekelaar and M. MacLean, Oxford, 2000, p. 363 ss.; S. M. Cretney, J. Masson, R. Bailey – Harris, *Principles of Family Law*, London, 2003, p. 269 ss.

<sup>27</sup> Cfr. E. Al Mureden, *Conseguenze*, cit., p. 212 – 213; Id., *Nuove prospettive di tutela del coniuge debole. Funzione perequativa dell'assegno divorzile e famiglia destrutturata*, Torino, 2007, p. 99 ss.; S.M. Cretney, J. Masson, R. Bailey, Harris, *Principles of Family Law*, London, 2003, p. 269 ss.; A. Gorgoni, *Accordi traslativi*, cit., p. 46; S. M. Cretney, *The State and Maintenance Obligations*, in *Law Quart. Rev.*, 1989, p. 186 ss.

<sup>28</sup> Cfr. E. Al Mureden, *op. loc. cit.*, p. 215 – 216.



Ciò ha portato all'elaborazione del principio della tendenziale suddivisione a metà del patrimonio coniugale, a seguito di divorzio, enunciato nel noto caso *White v. White*<sup>29</sup>. Nella specie, la moglie si era dedicata in parte alla cura della famiglia ed in parte a prestare collaborazione all'attività del coniuge: mentre in primo grado la Corte ha applicato il consueto principio dell'aspettativa di vita, in relazione al pregresso tenore matrimoniale, con l'attribuzione di una *lump sum* calcolata su questi parametri, in secondo grado l'*House of Lords*, dando rilievo alla durata del matrimonio, oltre che al contributo fornito al ménage familiare da parte della moglie, ha ritenuto che l'apporto dei coniugi fosse paritario e che pertanto il patrimonio dovesse essere diviso in parti uguali.

Dopo tale storica decisione, le Corti hanno apportato ulteriori correttivi, ad esempio per i matrimoni di breve durata<sup>30</sup>, ovvero quando l'attività professionale di uno dei coniugi fosse stata avviata grazie all'iniziale contributo della famiglia di origine o, ancora, laddove il patrimonio familiare fosse risultato oggetto soprattutto delle straordinarie capacità imprenditoriali del marito<sup>31</sup>.

Tuttavia, anche allo stato attuale, continua essenzialmente a valere il principio generale della distribuzione del patrimonio basata sulla discrezionalità delle Corti e sulla necessità di attribuire una somma che non svolga una mera funzione assistenziale, ma che abbia anche carattere compensativo<sup>32</sup>. Inoltre, anche gli eventuali accordi prematrimoniali, pur potendo «orientare» le Corti nella decisione, non sono in alcun modo vincolanti e non possono limitare la discrezionalità del giudice; sicché il sistema inglese è, riassuntivamente, basato sulla ricerca di una soluzione equitativa, che possa garantire una efficace applicazione della *clean break theory*, in modo che «*each part would leave the marriage on terms of financial equality*»<sup>33</sup>.

5. Conclusivamente, può evidenziarsi che l'istituto dell'assegno di divorzio, pur presentando nei singoli Stati europei la propria individualità, sembra riflettere ed evidenziare un processo di progressiva armonizzazione tra ordinamenti diversi, dovuta ad una continua e quasi inarrestabile «reciproca influenza» tra gli Stati, soprattutto in ambito comunitario. I segnali di questo processo sono già presenti e riguardano più aspetti ed ambiti. Si pensi, in primo luogo, alle numerose convenzioni internazionali, o

<sup>29</sup> Sul caso *White v. White*, cfr. E. Al Mureden, *op. loc. cit.*, p. 217 ss.; J. M. Scherpe, *Rapporti*, cit., p. 299 ss.; I. Giannecchini, *I premarital*, cit., p. 464-465; A. Fusaro, *Marital*, cit., p. 20475; B. Ficarelli, *La definizione*, cit., p. 465 ss.

<sup>30</sup> Cfr. E. Al Mureden, *Conseguenze*, cit., p. 220-221; B. Ficarelli, *La definizione*, cit., p. 468 ss.

<sup>31</sup> Critico rispetto a tali soluzioni è E. Al Mureden, *Nuove prospettive*, cit., p. 125 ss.; Id., *Conseguenze*, cit., p. 223 – 224; v., da ultimo, Id., *Nuova convivenza e perdurante godimento dell'assegno divorzile*, cit., p. 149 ss.

<sup>32</sup> Sulla problematica nozione di *fairness* (in relazione a cui Lord Nicholls, in *White v. White*, ha affermato che «*fairness, like beauty, is in the eye of the beholder*», cfr. J. M. Scherpe, *Rapporti*, cit., p. 929 ss.; sul *redistributive power* delle Corti, al fine di effettuare la *compensation* tra i coniugi, I. Giannecchini, *I premarital*, cit., p. 457 ss.

<sup>33</sup> Secondo il brocardo espresso in *Norris v. Norris*, *Family Division*, in *EWHC*, 2002, p. 2996.

in materia di diritto internazionale privato, che trattano alcuni singoli aspetti della materia della famiglia, direttamente o indirettamente<sup>34</sup> (cd. diritto europeo della famiglia in senso ampio); ovvero alle ormai numerose norme che, pur frammentariamente, l'Unione europea continua ad emanare e che costituiscono il cd. diritto di famiglia in senso stretto. Sotto quest'ultimo aspetto, se in precedenza la materia dei rapporti familiari era del tutto estranea all'acquis comunitario, attualmente sono sempre più frequenti le leggi in materia: basti pensare ai riferimenti presenti non solo nel diritto primario, costituito dai Trattati fondativi dell'Unione, oltre che dalla Carta europea dei diritti fondamentali<sup>35</sup>, ma anche nel diritto derivato, come ad esempio in alcuni Regolamenti aventi rilievo transnazionale; lo stesso dicasi a proposito di alcune importanti Risoluzioni del Parlamento europeo<sup>36</sup>, ovvero di fonti di *soft law*, come i Principi di diritto europeo della famiglia, oltre a numerosi libri verdi<sup>37</sup>. Non può peraltro omettersi il fondamentale rilievo rivestito dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia, ai fini del progressivo e costante processo di armonizzazione comunitaria e ravvicinamento tra Paesi membri<sup>38</sup>, che sembra ormai inarrestabile, a causa di una costante e reciproca influenza tra Stati accomunati non tanto e non solo dalla loro vicinanza «fisica», quanto soprattutto da principi fondamentali comuni e condivisi.

<sup>34</sup> Per una efficace disamina delle quali, cfr. R. Pacia, *I principi di diritto europeo della famiglia*, in *Eur. Dir. priv.*, 2009, p. 228; sulla distinzione tra diritto di famiglia in senso ampio ed in senso stretto, cfr. S. Winkler, *Il diritto di famiglia*, in Aa.Vv., *Temi e istituti di diritto privato dell'Unione europea*, a cura di G.A. Benacchio e F. Casucci, Torino, 2007, p. 296-297.

<sup>35</sup> Cfr. S. Winkler, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 302 ss., a cui si rinvia per la completa ed ampia rassegna delle norme europee di diritto di famiglia, specialmente con riferimento a quelle presenti nei Trattati istitutivi dell'Unione europea e nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In merito alla CEDU ed alla Carta dell'UE, cfr. G. Hohloch, *La protezione della vita familiare nella CEDU e nella Carta dell'UE*, in *Il sistema del diritto dopo la stagione delle riforme*, a cura di U. Salanitro, Pisa, 2019, p. 95 ss.

<sup>36</sup> Cfr. R. Pacia, *op. loc. cit.*, p. 228. Sulle fonti di diritto europeo della famiglia, sul ruolo svolto dal Consiglio d'Europa e dalla Commission Internationale de l'Etat civil, e sull'attività legislativa dell'Unione europea, cfr. W. Pintens, *La famiglia e il diritto in Europa: sviluppi e prospettive*, in *Introduzione*, cit., p. 97 ss.

<sup>37</sup> V. il *Libro verde sulle obbligazioni alimentari* del 15 aprile 2004; il *Libro verde in materia di successioni e testamenti* del 1° marzo 2005; il *Libro verde sul diritto applicabile e sulla giurisdizione in materia di divorzio*, del 14 marzo 2005; il *Libro verde sul conflitto delle leggi in materia di regime patrimoniale dei coniugi, compreso il problema della competenza giurisdizionale e del riconoscimento reciproco*, del 17 luglio 2006.

<sup>38</sup> V. Scalisi, *La «famiglia» e le «famiglie»*, in Id., *Categorie ed istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 17 ss.; W. Pintens, *La famiglia*, cit., p. 106 ss.; S. Winkler, *Il diritto di famiglia*, cit., p. 297; G. Oberto, *Il divorzio in Europa*, in *Fam. e dir.*, 2021, p. 118 ss. e 122 ss.

Paolo Pardolesi

## IL PROCESSO DI METABOLIZZAZIONE DEL FLUSSO GIURIDICO DEL TRUST \*

### ABSTRACT

Il presente saggio intende scrutinare il processo di metabolizzazione del flusso giuridico del trust nella realtà giuridica italiana.

The present essay intends to scrutinize the process of metabolization of the legal flow of the trust in the Italian legal system.

### PAROLE CHIAVE

Flusso giuridico – *Trust* – Contratto di affidamento fiduciario

Legal flow – Trust – Contratto di affidamento fiduciario

SOMMARIO: 1. Profili introduttivi: il concetto di flusso giuridico. – 2. Il flusso giuridico del *trust*. – 3. Il *trust* interno come forma di possibile metabolizzazione del flusso del *trust*. – 4. Una soluzione alternativa: il contratto di affidamento fiduciario. – 5. Considerazioni conclusive.

1. Per ‘flusso giuridico’ si intende qualsiasi dato di un ordinamento (sia esso una regola, una decisione, una categoria o un codice) che, in virtù di un bisogno (di natura strutturale, temporale o putativa), viene percepito come rilevante da un altro ordinamento, dando il là ad un elemento di ‘squilibrio’ che potrà innescare un processo di rigetto o di metabolizzazione. Poiché ciascun sistema giuridico tende alla stabilità, lo squilibrio prodotto dal flusso dovrà inevitabilmente innescare o un processo di rigetto (perché il flusso si attenua oppure perché si trovano mezzi per soddisfare il bisogno che prescindono dal flusso) o di metabolizzazione (che comporta il ripristino dell’equilibrio attraverso la trasformazione del flusso giuridico)<sup>1</sup>.

Per questa via, un dato di imprescindibile rilevanza è rappresentato dall’elemento temporale: tanto più il flusso resta in circolo senza essere né rigettato né metabolizzato, maggiore è la possibilità che venga realmente percepito nella sua complessità d’insieme, favorendo il successivo processo di metabolizzazione o di rigetto.

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

<sup>1</sup> Per una incisiva analisi della teoria dei flussi giuridici v., per tutti, M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati. Traccia di un corso*, ESI, Napoli, 2001, p. 60 ss.

Al fine di fare chiarezza sul punto, muoviamo dall'approfondimento di due differenti ipotesi di flusso giuridico: il *leasing* e il contratto autonomo di garanzia. Prendiamo le mosse dall'analisi del primo: quando apparve in Italia una nuova forma di vendita di beni di consumo/investimento, ispirata a quanto si praticava da decenni in altri Stati, venne percepito il flusso giuridico del *leasing*, che consisteva nelle regole applicate all'estero a quella forma di vendita. Ora, come rimarcato da autorevole voce dottrinale, anche a causa del mancato inquadramento giuridico del rapporto da parte dei comparatisti (che avrebbero dovuto cogliere la rigidità delle nostre previsioni normative e al tempo stesso la varietà delle situazioni alle quali il *leasing* veniva applicato), il processo di metabolizzazione di tale flusso si è verificato in un lasso temporale talmente rapido da non consentire di prendere realmente contezza della complessità dell'istituto giuridico di provenienza<sup>2</sup>. Quanto al secondo esempio, occorre rilevare come tale flusso sia stato correttamente metabolizzato attraverso la monumentale sentenza delle Sezioni Unite del 18 febbraio 2010 n. 3947, che – rimarcando come la polizza fideiussoria stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte dall'appaltatore di un'opera pubblica, che assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità dell'obbligazione principale non si estingua per il mancato esercizio nei termini di legge, da parte del beneficiario, delle azioni nei confronti del debitore principale – avvicina l'epifania giuridica in parola al paradigma del cd. *Garantievertrag*.

Infine, un cenno particolare merita il cd. flusso a carattere nominalistico (inteso come un vero e proprio mostro giuridico che finisce per 'scimmiettare' le peculiarità funzionali dell'istituto di provenienza, senza riuscire a carpirne minimamente la sua reale natura) nelle pieghe del quale, verificandosi uno scambio del designatore linguistico con il suo significato, si viene indotti a credere di avere modificato la realtà giuridica per il solo fatto di designare un fenomeno per mezzo di un termine nuovo, per avventura straniero. In tal senso, un esempio di sicuro impatto si riscontra nel cd. '*closing*': "cosa sia il *closing* in diritto italiano non è per nulla chiaro, dato che non è chiaro cosa sia il contratto sottoscritto inizialmente dalle parti: un contratto preliminare sottoposto a condizione risolutiva (non potestativa), una opzione, un contratto (non preliminare) sottoposto a condizione sospensiva, o cosa altro; con la conseguenza che non si sa se il periodo fra il contratto e il *closing* appartenga alla fase delle trattative o a quella dell'esecuzione di un contratto"<sup>3</sup>.

2. Sulla scorta di siffatte considerazioni, volgiamo lo sguardo all'approfondimento del processo di metabolizzazione del flusso giuridico del *trust* nella realtà giuridica *civilian* e, in particolare, in quella italiana. A tal fine mette conto rimarcare come la destinazione patrimoniale non sia un'idea avulsa dalla tradizione occidentale. Del resto,

<sup>2</sup> Sul punto si rinvia a M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 61 s.

<sup>3</sup> Così M. Lupoi, *Sistemi giuridici comparati*, cit., p. 62.

l'archetipo della fiducia si è affacciato in più occasioni nella nostra esperienza giuridica salvo successivamente “uscire dal giro” alla fine dell'*ancien régime*<sup>4</sup>, tra le perplessità di Maitland che non riusciva a spiegarsi come i sistemi giuridici diversi dal *common law* potessero sopravvivere senza disporre dello strumento del *trust*<sup>5</sup>.

Eppure, proprio l'istituto in parola si è ripresentato, negli ultimi trent'anni, come flusso giuridico frutto della percezione di soluzioni efficienti a temi rispetto ai quali il nostro ordinamento era inadeguato. A ben vedere – malgrado, come rilevato da autorevole dottrina, il grande interesse verso i *trusts* nel nostro Paese si sia affermato durante gli anni Ottanta del secolo scorso<sup>6</sup> —, soltanto con la Convenzione dell'Aja si è favorito l'approfondimento degli studi sul *trust*, culminato nella definitiva presa di coscienza che gli ordinamenti civilistici sarebbero privi di succedanei competitivi con tale istituto. D'altronde, la particolarità del *trust* starebbe tutta nella segregazione del diritto del *trustee*, a sua volta figlia dell'affidamento, che per parte sua è il portato della fiducia. La fiducia ricorre quando il fiduciante ha la certezza morale che la propria volontà venga adempiuta, per cui non è necessario predisporre e determinare con precisione il programma commesso al fiduciario, al quale sono rimessi tempi e modi per pervenire al risultato voluto. Per conseguenza, la volontà espressa dal fiduciante prevale su qualsiasi requisito legale, anche imperativo, rispetto al quale appare preminente il valore che socialmente giustifica il negozio (cioè la fiducia). In questa prospettiva, pertanto, la certezza morale dell'adempimento, l'assenza del programma negoziale e la prevalenza sui requisiti legali sarebbero i tre pilastri sui quali l'edificio della fiducia è fondato, assumendo configurazioni varie a seconda che l'uno debba sopportare un peso maggiore degli altri in relazione alle concrete attuazioni e a seconda delle diverse circostanze della vita sociale ed economica. L'effetto tipico consisterebbe nella segregazione, che distoglie il patrimonio 'destinato' dalla garanzia patrimoniale generica del *trustee* per divenire un fondo a sé stante, come tale suscettibile di aggressione solo per motivi attinenti alla realizzazione dello scopo perseguito dal singolo strumento di *trust*<sup>7</sup>.

L'Italia, attraverso l'entrata in vigore della legge 16 ottobre 1989 n. 364 (che ha reso esecutive le disposizioni della Convenzione dell'Aja)<sup>8</sup>, ha mostrato al mondo degli affari la volontà di intraprendere il cammino indispensabile per divenire una

<sup>4</sup> Per un approfondimento sul punto si rinvia alla incisiva raccolta di saggi curata da R. Helmholz, R. Zimmerman, *Itinera fiduciae: trust and trehuand in historical perspective*, Dunker and Humblot, Berlin, 1998.

<sup>5</sup> F.W. Maitland, *Equity: A Course of lectures*, trad. it a cura di A.R. Borzelli, Giuffrè, Milano, 1979.

<sup>6</sup> M. Lupoi, *Trusts*<sup>2</sup>, Giuffrè, Milano, 2001, p. 551.

<sup>7</sup> M. Lupoi, *Trusts*, cit., p. 565 ss.

<sup>8</sup> A tale proposito occorre evidenziare come le corti italiane iniziarono a discutere di *trust* ancor prima della ratifica della Convenzione dell'Aja (*ex multis* v. Trib. Oristano 15 marzo 1956, in *Foro it.*, I, p. 1019 ss.). A ben vedere, l'istituto era già diffuso in ordinamenti stranieri, ragion per cui si presentavano innanzi ai giudici nostrani, alcune situazioni concrete che possedevano elementi di collegamento con il nostro ordinamento giuridico e, quindi, profili applicativi interni (sul punto v. E. Corso, *Trust e diritto italiano: un primo approccio*, in *Quadrimestre*, 1990, p. 496 ss).

giurisdizione “investor-friendly”, consentendo la possibilità di creare *trusts* aventi ad oggetto *assets* collocati nel nostro paese (a favore di cittadini italiani o stranieri) attraverso il semplice impiego dello strumento del richiamo ad una legge straniera (scelta dal *settlor*) che disciplini il rapporto sottostante.

In particolare, volgendo lo sguardo all’art. 13 della Convenzione (in relazione al quale si suppone che il luogo ove si trovano i beni oggetto del *trust* e il luogo ove lo scopo del *trust* deve essere realizzato siano collocati in un ordinamento che non qualifichi il rapporto quale *trust*), appare possibile affermare che per «*trust* interno» si debba intendere la situazione in cui gli elementi oggettivi e soggettivi sono legati «a un ordinamento che non qualifica lo specifico rapporto quale *trust* (nel senso accolto dalla Convenzione), mentre esso è regolato da una legge straniera che gli attribuisce quella qualificazione» (per intenderci: un *trust* istituito da italiani in Italia, ma regolato dalla disciplina inglese). Diversamente, invece, si deve preferire la formula di «*trust* di diritto interno» per indicare un rapporto regolato esclusivamente dalla legge italiana<sup>9</sup>.

Sulla scorta di tale distinzione, occorre porre l’accento sul fatto che il formante giurisprudenziale di casa nostra (con orientamento pressoché dominante) ha adottato una posizione sostanzialmente favorevole all’ammissibilità del *trust* interno<sup>10</sup>. Prova ne sia il fatto che, come rimarcato dalla stessa autorevole dottrina, la norma di chiusura contenuta nell’art. 13 della Convenzione «[sia] rimasta quindi senza sostanziale applicazione»<sup>11</sup>. In questa prospettiva, diviene fondamentale effettuare un giudizio di meritevolezza (che nel nostro ordinamento costituisce un cardine dell’autonomia privata) del negozio istitutivo e della scelta della legge straniera per regolare un *trust* interno<sup>12</sup>. In breve, non essendo il *trust* un negozio tipico, di volta in volta andrà verificata la meritevolezza dell’interesse sotteso al rapporto costituito con il negozio, al fine di poterne garantire la tutela<sup>13</sup>.

Facendo tesoro di tale precisazione, volgiamo lo sguardo al rapporto tra il *trust* e il nostro ordinamento giuridico. La diffusione dell’istituto negli ordinamenti stranieri

<sup>9</sup> «Qui ovviamente la Convenzione non svolge alcun ruolo»: M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 546 s.

<sup>10</sup> Sul punto v., orientativamente, Trib. Milano 27 dicembre 1966, in *Società*, 1997, p. 585, con nota di R. Lener, G. B. Bisogni (in cui l’organo giudicante ha provveduto ad omologare un prestito obbligazionario garantito trasferendo beni immobili al *trustee* di un *trust* interno); Trib. Genova 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 759, con nota di A. Moja (in cui viene omologato la s.r.l. unipersonale costituita dal *trustee* di un *trust* interno); Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 2007 (che provvede ad affermare la validità di un *trust* testamentario interno); Trib. Roma 2 luglio 1999, in *Trusts*, 2000, p. 85 (in cui, senza porre dubbi circa la validità del *trust* interno, si pongono questioni concernenti la revoca del *trustee* di un *trust* interno); Trib. Chieti 10 marzo 2000, *id.*, p. 372 (che ha ordinato al Conservatore dei registri immobiliari di trascrivere l’acquisto del *trustee* di un *trust* interno) e, infine, Trib. Bologna 18 aprile 2000, *id.*, p. 372 (in cui l’organo giudicante ha ordinato il trasferimento di beni immobili in Italia dal disponente al *trustee* di un *trust* interno). Per un’attenta ricognizione della giurisprudenza e della dottrina italiana sui *trusts* si rinvia a A. Braun, *Trusts interni*, in *Riv. dir. Civ.*, 2000, p. 573.

<sup>11</sup> M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 549.

<sup>12</sup> S. M. Carbone, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell’Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, p. 145.

<sup>13</sup> Su tali profili si rinvia, ancora una volta, a M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 549.

faceva sì che ai nostri giudici si presentassero situazioni concrete che possedevano elementi di collegamento con l'ordinamento giuridico italiano e, quindi, profili applicativi interni<sup>14</sup>. Dopo il 1992, l'attenzione delle corti ha cominciato a focalizzarsi sui c.d. *trusts* interni. Ciò nonostante, e sebbene l'approccio iniziale non fosse dei migliori (in quanto gli operatori professionali non possedevano gli strumenti adeguati per comprendere e regolare fenomeni economici nuovi)<sup>15</sup>, la ratifica della Convenzione ha certamente propiziato non solo l'approfondimento dell'istituto (tanto in dottrina quanto in giurisprudenza)<sup>16</sup>, ma anche il superamento delle difficoltà sottese ad una presunta irricognoscibilità di un *trust* interno, conseguente alla qualifica della Convenzione (o, meglio, della legge di ratifica) come norma di diritto internazionale privato<sup>17</sup>. Ne deriva che le numerose ed inequivoche tracce di penetrazione dell'istituto a livello di prassi applicativa hanno fugato (definitivamente) ogni dubbio circa la sua legittimità/compatibilità con l'ordinamento italiano<sup>18</sup>: è ormai un dato acquisito in giurisprudenza che, da un lato, il *trust* determini l'effetto di segregare i beni in *trust* dal patrimonio personale del *trustee*<sup>19</sup> e, dall'altro, che le varie tipologie di *trust* interno abbiano trovato applicazione nei settori più disparati del nostro ordinamento giuridico<sup>20</sup>.

<sup>14</sup> Si veda E. Corso, *Trust e diritto italiano*, cit., p. 496 ss.

<sup>15</sup> Per una posizione fortemente critica verso l'approccio civilistico del *trust* v. M. Lupoi, *Trust*<sup>2</sup>, cit., p. 553.

<sup>16</sup> Per la dottrina v., orientativamente, L. Santoro, *I traguardi della giurisprudenza italiana in materia di trust*, in *Vit. not.*, 2003, p. 1927 ss.; F. Di Ciommo, *Struttura causale del negozio di trust ed ammissibilità del trust interno*, in *Trusts*, 2003, p. 178; S. M. Carbone, *Trust interno e legge straniera*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2003, p. 353; F. Di Ciommo, *Ammissibilità del trust interno e giustificazione causale dell'effetto traslativo*, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1296; A. Renda, *Ammissibilità del trust interno e questioni in materia di comunione legale*, *Nuova giur. civ.*, 2004, I, p. 844; L. De Angelis, *Il trust interno ancora in alto mare*, in *Impresa*, 2007, p. 1194; D. Rossano, *Trust interno e meritevolezza degli interessi*, in *Notariato*, 2008, p. 251; A. Maltoni, S. Di Lena, *Il trust interno e gli atti di destinazione ex art. 2645-ter c.c.: strumenti utilizzabili dalle pubbliche amministrazioni con riferimento ai beni pubblici e ai lavori pubblici*, in *Riv. trim. appalti*, 2008, p. 63; D. Muritano, S. Bartoli, *Note sul trust interno*, in *Notariato*, 2009, p. 40; M. Barberi, *I più recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di trust interno e trust nullo, a margine di un caso inedito: fallimento del trustee e del guardiano*, in *Riv. dott. Commercialisti*, 2009, p. 839. Per la giurisprudenza v., *ex multis*, Trib. Alessandria 24 novembre 2009, in *Notar.*, 2010, p. 127; Trib. Roma 26 ottobre 2009, in *Trust*, 2010, p. 180; Trib. Milano 16 giugno 2009, in *Notar.*, 2009, p. 483; Trib. Bologna 11 maggio 2009, in *Corr. del mer.*, 2009, p. 850; Trib. Milano 17 luglio 2009, disponibile su [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>17</sup> Tale posizione sembra ormai adeguatamente giustificata dalla giurisprudenza di merito: v., per tutte, Trib. Bologna 1° ottobre 2003, in *Foro it.*, 2004, I, 1295. Sul punto v. Trib. Trieste 23 settembre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 1935 (con nota di F. Di Ciommo).

<sup>18</sup> In tal senso v. P. Manes, *Il trust in Italia*, in *Atlante di diritto privato comparato*<sup>4</sup>, a cura di F. Galgano, Zanichelli, Bologna, 2006, p. 204.

<sup>19</sup> Sul punto v., orientativamente, Trib. Bologna 30 settembre 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 45, p. 52; Trib. Verona 8 gennaio 2003, in *Trusts*, 2003, p. 403; Trib. Firenze 2 luglio 2005, *id.*, 2006, p. 89.

<sup>20</sup> A tale proposito si rinvia a: I) Trib. Venezia 4 gennaio 2005, in *Trusts*, 2005, p. 245 (per ciò che concerne l'ambito successorio); II) Trib. Lucca 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, p. 3391 (con nota di M. Lupoi); App. Firenze 9 agosto 2001, in *Trusts*, 2002, p. 244 (per quello testamentario); III) Trib. Pisa 22 dicembre 2001, in *Notariato*, 2002, p. 383 (con nota di M. Lupoi); Trib. Perugia 16 aprile 2002,

Per questa via, quindi, si può affermare come il *trust* interno sia entrato senza troppi ostacoli nel nostro ordinamento giuridico e, oramai, anche nella nostra prassi professionale. Eppure, l'elevato numero di azioni revocatorie proposte dai creditori di quanti hanno istituito *trusts* interni (quasi tutte regolarmente accolte!) costituisce un rilevante campanello d'allarme: il definitivo processo di metabolizzazione del flusso del *trust* appare ancora lontano da una reale conclusione che possa considerarsi soddisfacente. Mi spiego. Di là da un provvido intervento del nostro legislatore, occorre riflettere circa la possibilità che tale processo possa verificarsi attraverso l'implementazione dell'affascinante proposta scientifica di Lupoi del contratto di affidamento fiduciario che – facendo leva, per un verso, sulla valorizzazione di alcune potenzialità del nostro diritto civile e articolandosi, per l'altro, sulla scorta di un rapporto che assicura stabilità nell'attuazione del programma dell'affidamento rispetto alle vicende personali delle parti e ai loro possibili conflitti – appare in grado di porsi come vera e propria alternativa al *trust*<sup>21</sup>.

4. Il fulcro del contratto di affidamento fiduciario è costituito dall'attuazione di un «programma di attività» a vantaggio proprio o altrui, che un soggetto non può (o prevede di non potere; o non vuole) realizzare in prima persona<sup>22</sup>. Pertanto, malgrado tali elementi siano comuni a note figure negoziali, allorché inseriti nei dati strutturali che contraddistinguono tale nuova epifania essi danno il là a rilevanti specificità funzionali, tracciando «una figura forgiata dall'autonomia privata allo scopo di cogliere e risolvere le limitazioni delle figure esistenti nel quadro di una piena fruizione delle

in *Trusts*, 2002, p. 584; Trib. Firenze 7 luglio 2004, in *Foro pad.*, 2005, I, p. 784; Trib. Genova 14 marzo 2006, in *Trusts*, 2006, p. 415; (per l'ambito familiare e, più in particolare, per la tutela dei soggetti deboli e dei minori); IV) Trib. Milano 23 febbraio 2005, in *Contratti*, 2005, p. 853 (relativamente alla gestione di accordi di separazione) e, infine, V) Trib. Trieste 23 settembre 2005 cit., 1935 (per la realizzazione di opere pubbliche). Per un'approfondita ricognizione delle distinte categorie di *trusts* liberali (nelle quali rientrano i *trusts* successori, quelli istituiti nel contesto familiare nonché i *trusts* per soggetti disabili o minori) e di *trusts* commerciali (che, a differenza dei primi, appartenendo alla categoria della «fiducia interessata», vengono adoperati nel sistema finanziario-bancario, laddove si renda necessario gestire una ricchezza) si rinvia, ancora una volta, a M. Lupoi, *Trust*, cit., p. 620 ss.

<sup>21</sup> M. Lupoi, *Il Contratto di affidamento fiduciario*, Giuffrè, Milano, 2014. Sul tema in parola v., orientativamente, F. Rasi, *Dalla fiducia al contratto di affidamento fiduciario passando per il trust*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2019, p. 95; F. Plaia, *Il contratto di affidamento fiduciario: esigenze concrete e profili teorici*; in *Vita not.*, 2018, p. 597; P. Pardolesi, L. Caputi, *Percorsi microcomparatistici: dal trust al contratto di affidamento fiduciario*, EDJSGE, Taranto, 2018, p. 145 ss.; A. Vicari, *L'affidamento fiduciario quale contratto nominato: Un'analisi realistica*, in *Contratti*, 2018, 357; A.C. Di Landro, *Destinazione patrimoniale a tutela dei soggetti deboli*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2018, p. 25.

<sup>22</sup> «[O]vvero un programma di attività che tocchi più interessi patrimoniali da contemperare in modo che il titolare delle posizioni giuridiche soggettive rispetto alle quali opera il programma non si trovino in stato di preminenza rispetto agli altri interessati»: M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 313 ss.



sinora inesprese potenzialità del nostro diritto, che tali appaiono alla luce della storia e della comparazione»<sup>23</sup>.

Più in chiaro, il programma richiede un complesso di posizioni giuridiche soggettive il cui insieme costituisce il cd. fondo affidato, che – presentando le peculiarità di un patrimonio con componenti attive e passive – risponde delle sole obbligazioni (contrattuali o meno) concernenti la realizzazione del programma. Quanto dire che l'affidatario fiduciario – sebbene risponda delle obbligazioni attinenti alla realizzazione del programma anche con il proprio restante patrimonio – godrà di una rilevante sfera di indipendenza e di autonomia rispetto alle decisioni concernenti il fondo affidato e la sua attività (nei limiti del programma) sarà indirizzata a favore dei terzi beneficiari<sup>24</sup>.

Alla luce di tali osservazioni, proviamo a mettere in risalto i profili di imprescindibile rilevanza funzionale della proposta scientifica in parola. In questa ottica, occorre partire dalla considerazione che tale pattuizione, col dare origine ad un rapporto che assicura stabilità nell'attuazione del programma dell'affidamento rispetto alle vicende personali delle parti e ai loro possibili conflitti, predispone il programma dei «diversi trasferimenti o vincoli di beni nel corso del tempo, da parte dell'affidante o di terzi, eventualmente incluso lo stesso affidatario». Ne consegue che la giustificazione causale di tale contratto sia da individuare nella predisposizione della stabile realizzazione di un programma destinatorio meritevole<sup>25</sup>.

Altra cruciale caratteristica ascrivibile al contratto di affidamento fiduciario si riscontra nell'effetto combinato del negozio autorizzativo (il cui oggetto viene adattato alla specificità del programma) e dei meccanismi di autotutela, che – seguendo l'obiettivo di garantire l'attuazione del programma a fronte, da un lato, di fatti ostacolutivi imprevisi/imprevedibili e, dall'altro, dell'esclusione del ricorso alla

<sup>23</sup> M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 311.

<sup>24</sup> In questa prospettiva mette conto rimarcare come un ulteriore elemento strutturale riguardi i soggetti beneficiari dell'affidamento (ossia coloro che saranno avvantaggiati dall'esecuzione del contratto o cui compete il fondo affidato al termine o, funzionalmente rispetto al programma, nel corso del contratto) che, a differenza delle figure dell'affidante e dell'affidatario, potranno (o meno) essere parti del contratto («ovvero profittare delle disposizioni in loro favore alla stregua di un contratto a favore di terzi o altrimenti»). D'altronde, appare opportuno rilevare come il programma conferisca «aspettative o diritti di diversa intensità e con vario contenuto ai beneficiari dell'affidamento, sia nei confronti di chi rivesta la funzione di affidatario fiduciario sia rispetto al fondo affidato o sue singole componenti e consente o meno loro di intervenire nella fase esecutiva del rapporto, prestando consensi o esercitando diritti attinenti la gestione del fondo affidato o gli atti di disposizione che lo tocchino. Nella configurazione delle posizioni soggettive dei beneficiari dell'affidamento il contratto di affidamento fiduciario è adattabile alle situazioni più diverse»: M. Lupoi, *Il contratto di affidamento* cit., p. 317 s.

<sup>25</sup> M. Lupoi, *Il contratto di affidamento* cit., p. 384 ss.: «stabilità è una fra le parole-chiave che caratterizza le modalità attuative del programma e il suo affidamento a chi rivesta la funzione di affidatario fiduciario».

ordinaria tutela giurisdizionale – sono posti «a protezione non dell'interesse del soggetto legittimato a valersene, ma di un interesse altrui»<sup>26</sup>.

Infine, assoluto rilievo merita il regime pubblicitario degli acquisti dell'affidatario fiduciario. Muovendo dalla considerazione che esso non produce effetti dispositivi (che, invece, sono innescati da uno o più negozi che possono essere contestuali/contemporanei o anche successivi), appare opportuno porre l'accento sui procedimenti pubblicitari concernenti i negozi dispositivi (che «possono assumere vari caratteri perché varie sono le possibili strutturazioni del programma») e non il contratto di affidamento fiduciario. In questa ottica, non vengono opposti ai terzi né limitazioni del diritto (che non esistono), né vincoli di destinazione o di indisponibilità (che parimenti non esistono), ma la specifica configurazione del titolo in forza del quale la trascrizione dell'acquisto è stata eseguita e dal quale discenderà necessariamente il venir meno dell'acquisto compiuto dall'affidatario fiduciario<sup>27</sup>.

6. A mo' di conclusione, potremmo affermare che la ricognizione articolata intorno alla proposta scientifica elaborata da Lupoi ci permette di dare per acquisite alcune considerazioni. A ben vedere, infatti, ricalcando le orme funzionali del *trust*, il fondo risponde delle sole obbligazioni (contrattuali o meno) inerenti la realizzazione del cennato programma senza confondersi col patrimonio dell'affidatario fiduciario. Pertanto, l'affidatario fiduciario – quantunque risponda delle obbligazioni attinenti alla realizzazione del programma anche con il proprio restante patrimonio – beneficerà di una rilevante sfera di indipendenza e di autonomia rispetto alle decisioni concernenti il fondo affidato e la sua attività (nei limiti del programma) sarà indirizzata a favore dei terzi beneficiari. In breve, in qualità di vero e proprio fiduciario, l'affidatario fiduciario potrà operare anche dopo la scomparsa o sopravvenuta incapacità dell'affidante.

In questa traiettoria, volta a perseguire la stabilità del programma fino al momento della sua effettiva realizzazione, rientra anche il sostanziale 'rifiuto' dei rimedi risolutori (quali inadempimento ed eccessiva onerosità), che troveranno altri 'sbocchi' nelle pieghe del rapporto di affidamento fiduciario onde evitare la caduta del programma. Pertanto, il contratto di affidamento fiduciario non vincola i beni, ma l'attività dell'affidatario fiduciario sui beni - anzi: per mezzo dei beni - e quindi ne conforma il titolo.

<sup>26</sup> M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., p. 326 ss.: «[q]uesti ultimi talvolta non richiedono l'intervento delle autorizzazioni, come quando l'affidatario fiduciario, trovando eccessivamente gravoso l'adempimento delle obbligazioni impostegli dal contratto, si avvale delle regole che assicurano il passaggio della sua posizione contrattuale ad altro affidatario. Le autorizzazioni si combinano invece con l'autotutela in qualsiasi caso di sostituzione dell'affidatario fiduciario contro la sua volontà perché in tal caso il titolare dell'autorizzazione esercita il potere dando luogo a un negozio che trasferisce il fondo affidato dal patrimonio dell'affidatario sostituito al patrimonio del nuovo affidatario».

<sup>27</sup> Per una dettagliata ricognizione di tutte le peculiarità caratterizzanti il contratto di affidamento fiduciario sotto il profilo morfologico/strutturale/funzionale si rinvia, una volta di più, a M. Lupoi, *Il contratto di affidamento*, cit., *passim*.

La sfida è, dunque, lanciata. E va ben oltre la suggestione di secondare la deriva contrattualistica che si vuole caratterizzi l'ambiente di *civil law*, nel segno di una dinamica opposta a quella che, a dire di Grant Gilmore, emerge oltre Atlantico. Si tratta, piuttosto, di valorizzare l'inesausta ricchezza dello strumento contrattuale per perseguire fino in fondo, e fors'anche razionalizzare al meglio, le finalità coltivate, talvolta con non poche difficoltà, da un istituto carico di gloria come, appunto, il *trust*.

Ecco, allora, che l'alternatività consisterebbe nella possibilità di impiegare uno strumento dalle funzioni speculari al *trust* attraverso l'applicazione della legge italiana (e non il richiamo ad una legge straniera), fornendo una risposta 'certa' in termine di regole: sì che, se il contratto di affidamento fiduciario sarà in grado di garantire che la 'fiducia' assicuri l'effetto di segregazione, a qual punto riuscirà molto più efficiente/funzionale gestire il rapporto secondo le peculiarità dello schema contrattuale piuttosto che con quelle di altra realtà straniera che riconosce quel rapporto come *trust*.

Michele Pepe

IL *CORPUS IURIS CANONICI* NELLA BIBLIOTECA DI STORIA DEL DIRITTO  
DELL'UNIVERSITÀ DI BARI: INCUNABOLI E CINQUECENTINE\*

ABSTRACT

Il contributo mira a mettere in evidenza la rilevanza delle edizioni canonistiche conservate all'interno della Biblioteca di Storia del diritto medievale e moderno del Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università di Bari. Esso, in particolare, si concentra sugli esemplari del XV e XVI secolo: dalla più antica edizione presente in biblioteca – un'impressione del *Decretum Gratiani* datata 1477 – all'edizione ufficiale del *Corpus* promossa da papa Gregorio XIII e stampata a Roma nel 1582.

The contribution aims to highlight the relevance of canonical editions preserved within the History of Medieval and Modern Law Library of the Department of Law in the University of Bari. It focuses, in particular, on 15th- and 16th-century specimens: from the oldest edition in the library – an impression of the *Decretum Gratiani* dated 1477 – to the official edition of the *Corpus* promoted by Pope Gregory XIII and printed in Rome in 1582.

PAROLE CHIAVE

*Corpus iuris canonici* – Edizioni giuridiche nei secoli XV e XVI– Università di Bari

*Corpus iuris canonici* – Juridical editions in XV and XVI century – University of Bari

SOMMARIO: 1. Introduzione 2. La formazione di un *corpus* normativo 3. Il *corpus* canonico e la diffusione della stampa 4. Incunaboli e cinquecentine del *Corpus* nella Biblioteca di Storia del diritto a Bari.

1. Il fondo antico della Biblioteca di Storia del diritto medievale e moderno del Dipartimento di Giurisprudenza nell'Università di Bari ha favorito, negli ultimi anni, il compiersi di numerosi studi – nell'ambito di diverse discipline –, che hanno evidenziato la ricchezza e l'eterogeneità del patrimonio librario, manoscritto e archivistico in essa contenuto<sup>1</sup>. Sul piano storico-giuridico, tra le molteplici eccellenze

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

Il presente contributo costituisce la versione aggiornata e ampliata del saggio *Le più antiche edizioni del Corpus iuris canonici nella biblioteca "Gennaro Maria Monti" dell'Università degli studi di Bari*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti" del Dipartimento di Giurisprudenza. Incunaboli e Cinquecentine*, Cacucci editore, Bari 2017, pp. 33-44.

<sup>1</sup> Tra i risultati più significativi di tale interesse cfr. F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti" del Dipartimento di Giurisprudenza. Incunaboli e Cinquecentine*, Cacucci

della Biblioteca, va annoverata la ricca collezione di edizioni del *Corpus iuris canonici* in grado di documentare, come avremo modo di dire, alcune tra le tappe più significative del percorso che consentì, con l'*Editio Romana* del 1582, il consolidamento di una versione ufficiale e stabile del *Corpus*. Versione, questa, che costituì, di fatto, la fonte principale del diritto della Chiesa fino alla promulgazione del *Codex* del 1917<sup>2</sup>.

Il rapporto fra Chiesa cattolica e diritto è sicuramente un rapporto molto antico, si potrebbe dire *originario*. È, infatti, sin dalle sue origini che la Chiesa ha operato quella che Paolo Grossi ha definito una “scelta per il diritto” e che si è manifestata nell’esigenza di «strutturarsi in ordinamento giuridico, di fissare un *proprio* diritto<sup>3</sup>». Sebbene non siano mancate, in passato, posizioni del tutto contrarie a tale ricostruzione – posizioni volte palesemente a delegittimare il Diritto canonico inteso come complesso normativo della Chiesa cattolica<sup>4</sup> – è proprio nei primi secoli che, all’interno della Chiesa, si svilupparono e consolidarono norme e pratiche giuridiche diversificate in ragione del luogo geografico in cui venivano a formarsi<sup>5</sup>.

Un superamento di questa frammentarietà si realizzò nel corso dell’XI secolo con l’attuazione della Riforma gregoriana che perseguì due obiettivi principali. Il primo era interno alla Chiesa: Gregorio VII, artefice della Riforma, volle fortemente che la Sede

editore, Bari 2017; G. Galante, *Un frammento membranaceo della Biblioteca “G. M. Monti” dell’Università degli studi di Bari “Aldo Moro”*, tesi di laurea in paleografia latina – A. A. 2017/2018 – Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”; M. Pepe, *Due inedite pergamene tra i materiali di “riuso” nella Biblioteca “Gennaro Maria Monti” dell’Università degli Studi di Bari*, in *International journal of legal history and institutions*, 5, 2021, pp. 373-427. Si rammenta, inoltre, come alcuni volumi della Biblioteca, caratterizzati dalla presenza di frammenti membranacei ebraici di riuso, sono stati censiti nell’ambito del progetto «Books within Books: Hebrew fragments in European libraries» coordinato dalla École Pratique des Hautes Études di Parigi e da University of Oxford e finanziato dalla Rothschild Foundation Hanadiv Europe. Cfr. url <https://bwb.hypotheses.org/616> (ultima consultazione 28 Dicembre 2024). Si cita, in fine, il progetto triennale *Books for future: in un fondo librario antico un sicuro valore per il futuro* finanziato, nel 2020, dalla Regione Puglia nell’ambito del programma REFIN (*Researche for innovation*) di cui lo scrivente è risultato affidatario nel SSD Ius19.

<sup>2</sup> Così E. Cortese, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2011, p. 361: «così completato, il *corpus* non mutò più: le nuove norme che dal Cinquecento in poi ovviamente non mancarono, ne rimasero fuori e vennero conservate nel *Bullarium* pontificio aggiornato periodicamente fino ai giorni nostri». Sul punto, cfr. anche P. Fiorelli, *Intorno alle parole del diritto*, Giuffrè, Milano 2008, p. 208 e G.S. Pene Vidari, *Lineamenti di storia giuridica*, Giappichelli, Torino 2013, p. 99.

<sup>3</sup> P. Grossi, *L’ordine giuridico medievale*, Laterza, Bari 2006, p. 110.

<sup>4</sup> Cfr. C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Il Mulino, Bologna 2014, pp. 29-31, in cui, in particolare, l’autore descrive la teoria elaborata a cavallo tra XIX e XX secolo dal teologo protestante Rudolph Sohm per dimostrare una supposta intrinseca incompatibilità fra cristianesimo e fenomeno giuridico.

<sup>5</sup> C.J. Errázuriz, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. 1, Introduzione, i soggetti ecclesiali di diritto*, Giuffrè, Milano 2009, p. 59. Cfr. anche M. Ascheri, *Istituzioni Medievali*, Il Mulino, Bologna 1999, p. 49. Ascheri sottolinea che a lungo le diverse comunità dei credenti in Cristo conservarono una propria autonomia e indipendenza tanto da poter affermare che, per buona parte del primo millennio, esistessero «le chiese, non la Chiesa<sup>5</sup>».

di Roma acquisisse un primato indiscusso rispetto a tutte le altre sedi episcopali secondo il principio *Roma prima sedes, a nemine iuducatur*<sup>6</sup>.

Il secondo, mai pienamente raggiunto, era relativo al rapporto fra la Sede romana e istituzioni politiche dell'orbe cristiano le quali avrebbero dovuto considerarsi tributarie del papa del loro potere e dunque a quello assoggettate<sup>7</sup>.

Il conseguimento di questo duplice risultato non poteva che avere nella "via giuridica", da sempre, come si è detto, familiare alla Chiesa, un percorso privilegiato.

Perché la figura del pontefice potesse primeggiare su quella di tutti gli altri vescovi e sulle istituzioni politiche laiche, infatti, era necessario anzitutto che il multiforme e variegato complesso normativo accumulatosi alluvionalmente nel corso dei secoli<sup>8</sup>, fosse ricondotto ad una unità organica e coerente che convalidasse le pretese del vescovo di Roma.

È questa una delle ragioni che spiega l'abbondante produzione, nel corso dell'XI secolo, di opere che miravano a una razionalizzazione e a una unificazione dell'enorme e disomogeneo materiale normativo prodotto nel corso del primo millennio<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Il percorso dell'affermazione del primato della Sede episcopale romana su tutte le altre si fondava sulla particolare posizione di Pietro rispetto agli altri apostoli. Particolarmente significativo, in tal senso, il passaggio di un'epistola inviata da papa Gregorio VII al conte di Fiandra: «[...]Dominus enim Iesus Christus beatum Petrum constituit principem apostolorum dans ei claves regni Celorum, et potestatem ligandi et solvendi in celo et in terra; super quem Ecclesiam sua etiam edificavit, commendans ei oves suas pascere». Cfr. S. Vacca, *Prima sedes a nemine iuducatur: genesi e sviluppo storico dell'assunto fino al Decreto di Graziano*, Pontificio Istituto biblico, Roma 1993, p. 212.

<sup>7</sup> Tutta la forza del pensiero politico del pontefice è riassunta nel notissimo *Dictatus Papae*. Il documento consta di ventisette lapidarie proposizioni nelle quali al pontefice, sia in ambito spirituale che temporale, si riconosce un potere supremo. Sulla genesi e la storia del documento cfr. tra gli altri E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., pp. 212-213.

<sup>8</sup> Fonte primaria nella costruzione giuridica della Chiesa, operante sin dalle sue origini, è la sacra Scrittura; completamento di questa fonte è la così detta *traditio*, cioè il complesso degli insegnamenti che non si trovano nella Scrittura. La *traditio* si distingue a sua volta in *divina* – costituita dai precetti trasmessi direttamente da Cristo agli apostoli – e *humana*; quest'ultima può ancora essere *apostolica* – comprendente i precetti insegnati dagli apostoli – ed *ecclesiastica* – risultante essenzialmente dalle opere dei Padri della Chiesa –. A queste fonti di origine divina – immediata o mediata –, si affianca il diritto umano propriamente detto che si manifesta principalmente nei *canoni* di sinodi e concili. Ugualmente di diritto umano le fonti normative che derivavano direttamente dall'autorità del pontefice che si affermarono maggiormente solo dopo che si fu stabilizzata la posizione di preminenza della Sede romana su tutte le altre Sedi episcopali. Cfr. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, Giuffrè, Milano 1954, pp. 171-172.

<sup>9</sup> Più che attraverso l'attività legislativa, la Riforma fu promossa attraverso nuove collezioni canoniche. Fra le opere composte in questi anni ve ne sono alcune direttamente orientate a supportare le istanze della Sede apostolica: tra queste la *Collezione dei 74 titoli* (1076 circa), dedicata quasi esclusivamente a illustrare la potestà suprema del papa; la *Collezione di Anselmo da Lucca* (1081) e la *Collezione del cardinale Deusdedit* (tra il 1083 e il 1086) che, come quella di Anselmo, contiene l'affermazione dei privilegi della Sede romana. Così C.J. Errázuriz, *Corso fondamentale*, cit., p. 72. Accanto a questi scritti, orientati a dimostrare il primato della Sede apostolica, ve ne sono altri i quali, pur mancando di uno spirito polemico così accentuato, risultano ugualmente funzionali agli scopi della Riforma – tra i quali, si è detto, vi era quello di superare la frammentarietà politica della Chiesa – in quanto si pongono come obiettivo la razionalizzazione e la unificazione del confuso materiale normativo. Se unica e gerarchicamente ordinata doveva essere la Chiesa, altrettanto unico e coerente doveva essere il suo diritto. Sul punto cfr. P. Erdő, *Storia della scienza del diritto canonico: una introduzione*, Pontificia

2. Il primo risultato stabile in quel percorso che portò la Chiesa ad avere un proprio *corpus* normativo, duraturo e universale, si realizzò intorno al 1140 con la *Concordia discordantium canonum* di Graziano. Il titolo dell'opera indica abbastanza chiaramente l'intento dell'autore: raggruppare, coordinandoli, un certo numero di testi – anche eterogenei – cercando di conciliarne il contenuto attraverso brevi passi di raccordo elaborati dallo stesso Graziano e detti nell'opera *dicta*<sup>10</sup>.

Nel corso del XIII secolo il percorso avviato con la Riforma poteva considerarsi concluso con l'indiscussa affermazione, all'interno della Chiesa, del primato del vescovo di Roma. Questa nuova situazione ebbe effetti relevantissimi sulla produzione normativa: lo strumento della lettera decretale – con cui i pontefici, sollecitati a risolvere dubbi canonici o a decidere di casi concreti particolarmente complessi, emanavano decreti vincolanti per chi ne avesse richiesto l'intervento<sup>11</sup> – divenne il più comune strumento utilizzato per creare diritto; man mano che il vescovo di Roma andò affermando il suo primato, essa cessò di essere vincolante solo per il caso rispetto a cui era stata emanata e con frequenza crescente acquisì una efficacia opponibile *erga omnes*<sup>12</sup>.

Università Gregoriana, Roma 1999, p. 26. Particolarmente significativi in questo filone, ad esempio, sono gli scritti di Ivo di Chartres e, fra questi, più di tutti, il suo *Decretum* con cui il prelado francese pone in essere un mirabile «tentativo di far ordine nello smisurato ma farraginoso arsenale dottrinale teologico-giuridico accumulato nel millennio separando i testi apocrifi da quelli autentici»; un «tentativo di armonizzare le *discordantiae* [...] che la vita plurisecolare della società ecclesiale aveva accumulato». Così P. Grossi, *L'ordine giuridico*, cit., p. 117.

<sup>10</sup> Strutturalmente il Decreto di Graziano si presenta costituito da *auctoritates* (testi autorevoli di eterogenea natura) e *dicta* (passi elaborati dall'autore al fine di coordinare ed armonizzare le *auctoritates* eventualmente discordanti). I testi utilizzati da Graziano nella sua compilazione sono quasi quattromila e hanno origine e natura eterogenea: si tratta di canoni di concili, decretali pontificie, brani tratti dall'opera dei Padri della Chiesa e testi di diritto romano; con i suoi *dicta*, che svolgono la funzione di tessuto connettivo dei testi citati, l'autore cerca di dimostrare come le *discordantiae* tra le *auctoritates* siano solo apparenti. Nella sua forma definitiva il *Decretum* si compone di tre parti: la prima è suddivisa in 101 *distinctiones* suddivise a loro volta in un numero variabile di *canones*; la seconda parte è divisa in 36 *causae* suddivise in *quaestiones* costituite ancora una volta da un certo numero di *canones*; la terza e ultima parte – analogamente alla prima – si divide in *distinctiones*, cinque in tutto, suddivise in *canones*: quest'ultima parte non contiene *dicta* di Graziano. Ciò ha fatto ritenere ad alcuni che essa possa essere stata aggiunta solo successivamente a una prima redazione dell'opera e non dall'autore. Cfr. C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., pp. 105-110.

<sup>11</sup> Cfr. Ivi, p. 50.

<sup>12</sup> Ivi, pp. 116-117: «Dalla metà del XII secolo in poi le decretali papali divengono il fattore propulsivo dell'unificazione della produzione ecclesiastica sulla linea della *cognitio* e lo strumento privilegiato della revisione e della razionalizzazione di tutto il sistema giuridico della Chiesa». In questo momento, infatti, «la decretale si qualifica non più come avente valore meramente giurisprudenziale, ma come legge generale di tipo astratto, vincolante per tutti i fedeli».

Sempre più di frequente, in ragione di ciò, vennero compilate raccolte di decretali: alcune di esse furono ufficialmente promulgate dai pontefici; altre rimasero nella condizione di raccolte private<sup>13</sup>.

Fra tutte le collezioni, in assoluto la più significativa fu quella voluta da papa Gregorio IX e promulgata con la costituzione *Rex pacificus* nel 1234. Essa abrogò tutte le raccolte di decretali prodotte fino ad allora e affiancò, sola, il Decreto di Graziano in un rapporto che potremmo definire di complementarità nonostante le due compilazioni, almeno formalmente, non potessero vantare uno *status* omogeneo: se la collezione gregoriana ebbe sin dall'inizio una sanzione ufficiale da parte della Sede apostolica, l'opera di Graziano – come avremo modo di dire in seguito – restò una raccolta privata anche quando, nella seconda metà del XVI secolo, fu inserita nella prima edizione ufficiale del *Corpus iuris canonici*<sup>14</sup>. Tale complementarità è emblematicamente testimoniata dall'uso, precocemente affermatosi, di indicare la collezione gregoriana con il nome più sintetico di *Liber Extra* perché, in essa, era raccolto il materiale normativo vigente che si trovava fuori – *extra*, appunto, – dal Decreto di Graziano<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> L'uso di raccogliere *epistulae decretales* è molto antico. Tra le prime collezioni – fu completata tra la fine del V secolo e l'inizio del successivo – la più nota e fortunata è certamente la *Collectio Dionisyana* di un monaco autodefinitosi, nella stessa raccolta, *Dionisius exiguus*. Vi furono inserite 38 decretali che andavano dall'epoca di papa Siricio (384-398) a quella di papa Anastasio II (496-498). La raccolta, incredibilmente fortunata, divenne una sorta di “codice ufficioso” della Chiesa tanto che, quando Carlo Magno si reccherà nel 774 a Roma vittorioso dell'ultima campagna contro i Longobardi, papa Adriano I gliela consegnerà con la richiesta di farla osservare nei suoi regni. Di poco successiva la *Collectio Hispana* o *Isidoriana* che comincia a circolare dal VII secolo. Il nome attribuito dalla storiografia tiene conto nel primo caso della provenienza geografica della raccolta. Il secondo è stato attribuito sulla scorta della constatata somiglianza tra la prefazione della collezione e quella delle *Etimologie* di Isidoro di Siviglia; somiglianza che ha suggerito ad alcuni potesse essere Isidoro stesso autore della collezione. Cfr E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., pp. 38-39. È però negli anni successivi alla Riforma che l'uso di compilare raccolte di decretali raggiunge il suo culmine. Tra il 1190 e il 1226 furono compilate ben cinque collezioni – le così dette *Quinque compilationes antiquae* – le quali venivano regolarmente utilizzate nelle scuole per lo studio del diritto canonico. Due di esse, la *Compilatio tertia* di Pietro di Benevento e la *Compilatio quinta* di Tancredo, furono inviate ufficialmente come autentiche dal Pontefice all'Università di Bologna. Cfr P. Erdő, *Storia della scienza*, cit., pp. 63-64.

<sup>14</sup> Cfr., tra gli altri, F. Treggiari, *Il lessico giuridico della povertà. ideale minoritico e diritto nel primo secolo dopo Francesco* in *Ius Ecclesiae*, 2, 2020, p. 567: «La bolla di Gregorio XIII di promulgazione del *Corpus iuris canonici* non mutò lo *status* giuridico delle sue varie parti: il *Decretum* e le due raccolte di *Extravagantes* continuarono pertanto ad essere raccolte private anche dopo il loro inserimento nell'*Editio Romana*». Sul punto cfr. anche *infra*, § 4.

<sup>15</sup> La realizzazione del *Liber Extra*, concepito per riordinare e sostituire il materiale normativo successivo al *Decretum Gratiani*, fu guidata dal domenicano Raimondo di Peñafort. Delle *Compilationes antiquae*, cui Raimondo attinse abbondantemente, furono tralasciate 383 decretali; ne furono aggiunte 7 di Innocenzo III e 195 dello stesso Gregorio IX. Ha osservato Andrea Padovani: «Raimondo di Peñafort andò ben oltre il mandato di rivedere, abbreviare, sopprimere le ripetizioni riscontrabili nelle fonti utilizzate». Egli, infatti, «aggiunse parole o interi periodi assenti nei testi originali, alterò il nome dei destinatari meno noti, risolse questioni dubbie di diritto conformandosi agli indirizzi scientifici prevalenti nelle università». Cfr. A. Padovani, *Gregorio IX*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice*, Istituto della Enciclopedia italiana, Roma 2012, p. 80. Quanto alla sua struttura, il *Liber Extra* segue l'ordine inaugurato dalla *Prima compilatio antiqua: iudex, iudicium, clericus, connubia, crimen*. I libri sono divisi in titoli a loro volta suddivisi in capitoli. Ai cinque libri segue



Nel 1298 un altro dotto papa-giurista, Benedetto Caetani, salito al soglio di Pietro con il nome di Bonifacio VIII, promulgò, con la costituzione *Sacrosantae Romanae Ecclesiae*, una nuova raccolta di decretali che andò ad abrogare tutte le raccolte successive al *Liber Extra* e a innestarsi sulla compilazione voluta da Gregorio IX. Non a caso per la raccolta di papa Caetani fu adottato il titolo di *Liber sextus papae Bonifacii VIII*: in cinque libri era suddiviso il *Liber Extra* di cui il *Sextus* si candidava a essere l'ultima parte pur essendo, a sua volta, suddiviso in cinque libri<sup>16</sup>.

Meno di vent'anni dopo – il 25 Ottobre 1317, con la bolla *Quoniam nulla* – papa Giovanni XXII<sup>17</sup> promulgò ancora una raccolta intitolata *Constitutiones Clementinae* in onore di Clemente V, suo predecessore e promotore di questa ulteriore compilazione. La breve collezione – le *Clementinae* contengono in tutto 106 capitoli a fronte del *Liber Extra* che, invece, ne contiene ben 1971 – andò a innestarsi – come fonte autentica – sul *Liber Sextus* di Bonifacio VIII chiudendo la stagione delle raccolte ufficiali di decretali<sup>18</sup>.

3. Una importante fase verso la cristallizzazione del *corpus* giuridico formatosi nel corso del Medioevo – le cui tappe più significative abbiamo solo schematicamente richiamato –, avverrà solo con l'applicazione della stampa a caratteri mobili e,

una raccolta di *regulae iuris*. Immediatamente dopo la sua promulgazione l'opera fu inviata allo *studium* di Bologna perché divenisse il testo di studio principale per i canonisti. Così M. Caravale, *Diritto senza legge: lezioni di diritto comune*, Giappichelli, Torino 2013, p. 73.

<sup>16</sup> La compilazione del *Liber Sextus* richiese circa quattro anni di lavoro. La collezione, promulgata il 3 Marzo 1298 con la costituzione *Sacrosantae Romanae Ecclesiae*, riunisce decretali – debitamente emendate al fine di eliminare eventuali incongruenze – emanate da pontefici precedenti; decreti dei concili di Lione del 1245 e del 1274; decretali di Bonifacio VIII e ottantotto *regulae iuris* formulate da Dino del Mugello. L'opera sostituiva – abrogandole di fatto – tutte le collezioni e le raccolte successive al *Liber Extra* ponendosi, come si è detto, in una posizione di continuità sostanziale e formale con la collezione gregoriana. Così C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., p. 123.

<sup>17</sup> Cfr. F. Treggiari, *Giovanni XXII e il diritto*, in *Giovanni XXII, cultura e politica di un papa avignonese*, Fondazione centro italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 2020, p. 69: «L'attività legislativa di Giovanni XXII iniziò già all'avvio del suo pontificato con la compilazione e la promulgazione (con la bolla *Quoniam nulla* del 25 ottobre 1317) delle decretali del suo predecessore Clemente V, con cui si chiuse la stagione delle raccolte ufficiali di norme pontificie avviata quasi un secolo prima».

<sup>18</sup> «Malgrado la modesta mole», le *Clementinae* «hanno lasciato il segno in più di una materia»: contengono un intervento del pontefice in merito alla dibattuta questione della povertà francescana – decretale *Exivi de Paradiso* – e due decretali estremamente importanti nell'ambito del diritto processuale – la *Dispendiosam* e la *Saepe* –. Così E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., pp. 357-358. A differenza delle raccolte citate in precedenza, che furono approntate in totale autonomia dalla Chiesa, le *Clementinae* parrebbero risentire in maniera sensibile della condizione del Papato la cui Sede era stata trasferita ad Avignone e che subiva il controllo diretto del re di Francia. Un esempio di questa condizione può considerarsi il mancato accoglimento, nelle *Constitutiones Clementinae*, della notissima Bolla *Unam Sanctam* con cui papa Bonifacio VIII ribadiva la sua visione ierocratica del potere pontificio contro le istanze autonomistiche del re francese Filippo il Bello. Cfr. C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., p. 123.

precisamente, tra il 1499 e il 1502<sup>19</sup>. In questo lasso di tempo, infatti, Jean de Chappuis, giurista licenziatosi in diritto canonico presso la prestigiosa Università di Parigi<sup>20</sup>, curò una edizione delle raccolte di norme di cui la Chiesa si era dotata nei secoli precedenti, conferendo al *corpus* normativo un assetto che si rivelerà definitivo e che, nella forma stabilizzata da Chappuis, costituirà il diritto ufficiale della Chiesa cattolica fino alla promulgazione, nel 1917, del Codice di diritto canonico<sup>21</sup>. Chappuis incluse nella sua edizione il *Decretum Gratiani*, le tre raccolte autentiche di decretali – il *Liber Extra*, il *Sextus* e le *Clementinae* –, più altre due brevi raccolte, sempre di decretali, che però, come il *Decretum*, non avevano mai ricevuto una sanzione ufficiale: si trattava delle *Extravagantes Iohannis XXII* e delle *Extravagantes communes* la cui sistemazione Chappuis curò personalmente<sup>22</sup>; al fine di significare in modo più efficace la interdipendenza delle raccolte e il loro rapporto organico, il giurista francese utilizzò la fortunata definizione di *Corpus iuris canonici* mutuandola evidentemente dall'ambiente civilistico all'interno del quale, già a partire dalla metà del XIII secolo, era stata coniata l'espressione di *Corpus iuris civilis* per indicare il complesso delle raccolte giustiniane del VI secolo<sup>23</sup>.

È facile immaginare quanto la plurisecolare storia editoriale del *Corpus iuris canonici* e, prima ancora, delle opere che ne fanno parte, sia ricchissima e intricata né

<sup>19</sup> Cfr. A Knecht, *Das neue Kirchliche Gesetzbuch Codex Juris Canonici: seine Geschichte und Eigenart*, K.J. Trübner, Strasburgo 1918, p. 11 nonché Aa.Vv., *Law magazine: or quarterly review of jurisprudence*, William Hein and company, Londra 1853, vol. II, p. 212.

<sup>20</sup> J.A. Brundage, *Medieval Canon Law*, Routledge, New York 1995, p. 199.

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, §2.

<sup>22</sup> Le *Extravagantes Iohannis XXII* contenevano decretali emanate da Giovanni XXII dopo il 1317 – dopo, dunque, la pubblicazione delle *Clementinae* –. Cfr. C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., p. 123. La raccolta fu curata da Gesselino de Cassanis, che la corredò del suo apparato di glosse. Alla redazione «Giovanni XXII non prestò, pare, alcuna assistenza. Nel 1500 Jean Chappuis ne suddividerà l'esiguo materiale in 14 titoli, stabilendo così il formato del testo che sarà seguito da ogni futura edizione, dalla *Editio Romana* del 1582 all'edizione Friedberg del 1879-81, del *Corpus iuris canonici*». Così F. Treggiari, *Giovanni XXII e il diritto*, cit., p. 69. Quanto alle *Extravagantes communes* – dette così poiché si trattava di decretali “comunemente” citate nei manoscritti medievali – erano state emanate tra il pontificato di Bonifacio VIII e quello di Sisto IV. Cfr. M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Il Mulino, Bologna 1994, p. 300.

<sup>23</sup> Così E. Cortese, *Le grandi linee*, cit., p. 360. Le analogie tra i due *corpora* erano state notate molto presto: generalmente si facevano corrispondere le collezioni di decretali al *Codex*; il Decreto di Graziano al Digesto. Sul punto cfr. anche A. Padovani, *Gregorio IX*, cit., secondo cui le analogie tra *Codex* e *Liber Extra* sono evidenti già dal titolo di apertura delle raccolte che per entrambe è *De summa Trinitate et fide catholica*. Si noterà come nella costruzione canonica mancasse un equivalente delle *Institutiones* giustiniane: sperando di ottenere una sanzione ufficiale del suo lavoro il canonista Paolo Lancellotti tentò di colmare questa lacuna pubblicando a Perugia nel 1563 un manuale per l'insegnamento intitolato *Institutiones iuris canonici*. L'opera, tuttavia, non fu mai promulgata anche se, dalla fine del XVI secolo, venne spesso pubblicata in appendice nelle edizioni del *Corpus*. Sulle *Institutiones* del Lancellotti, sulla loro genesi e la loro fortuna cfr. L. Sinisi, *Nascita e affermazione di un nuovo genere letterario. La fortuna delle Institutiones iuris canonici di Giovanni Paolo Lancellotti*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 77, 2004, pp. 53-95 e, dello stesso autore, il volume *Oltre il Corpus iuris canonici: iniziative manualistiche e progetti di nuove compilazioni in età post-tridentina*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2009.

questo breve contributo si propone di ripercorrerla in tutte le sue fasi. Lo scopo di queste poche pagine – assai più modesto – è quello di mettere in evidenza le tappe di cui la biblioteca di Storia del diritto dell’Università di Bari contiene testimonianza tenendo conto che la collezione della Biblioteca occupa, nella stessa, un posto di assoluto rilievo in quanto essa risulta costituita da un numero e una varietà di edizioni in grado di documentare la formazione e la stabilizzazione del *Corpus* stesso nel corso dei primi centocinquant’anni dall’invenzione della stampa.

Limitatamente al periodo che si intende prendere in esame – che comprende il XV e il XVI secolo –, soltanto al fine di percorrere alcune tra le tappe salienti della storia editoriale del *Corpus* con maggiore schematicità e agio e di contestualizzare le edizioni possedute dalla Biblioteca, si può immaginare di suddividere idealmente il lasso di tempo oggetto di approfondimento in tre momenti.

Un primo momento potrebbe essere considerato “non organico”. Almeno dal punto di vista editoriale, infatti, parrebbe non essere necessariamente perseguita, in questa particolare fase, una visione d’insieme, organica, appunto, delle opere che costituiscono il *Corpus* le quali, infatti, vengono stampate indipendentemente l’una dall’altra. Questa fase può farsi iniziare nel 1460, anno in cui viene impressa per la prima volta una delle opere del *Corpus*<sup>24</sup>, e terminare nel 1499 che è l’anno in cui, come

<sup>24</sup> A essere impresse per prime, tra le opere del *corpus*, furono le *Constitutiones Clementinae* stampate dai tipografi Schoeffer e Fust a Magonza il 25 Giugno del 1460: *Incipiunt constitutiones Clementis pape V, una cum apparatu domini Iohannis] Andree*, per Iohannem Fust civem Moguntinum et Petrum Schoiffher de Gernssheim, clericum diocesis eiusdem, [Magonza] 1460, XXV die mensis Iunii. Quanto alle altre opere del *Corpus*, ancora a Schoeffer e Fust si deve la prima edizione del *Liber Sextus*, datata 17 Dicembre 1465: *Incipit Liber Sextus decretalium Bonifacii pape octavi*, per Iohannem Fust civem Moguntinum et Petrum Schoiffer de Gernsshem, [Magonza] 1465, die vero decimaseptima mensis Decembris. Della storia di queste due rare edizioni, una accurata ricostruzione è in G. Valentinelli, *Libri membranacei a stampa della Biblioteca Marciana di Venezia*, Tipografia del commercio di Marco Visentini, Venezia 1870, pp. 26-30. Di alcuni anni successive, invece, le prime edizioni del *Decretum Gratiani* e del *Liber Extra*. Il primo porta la data del 1471 e fu stampato a Strasburgo dal tipografo Heinrich Eggestein: *In nomine sancte et individue Trinitatis incipit Concordia Discordantium Canonum*, per Henricum Eggestein, civem inclite civitatis Argentinae, [Strasburgo] 1471. Su questa edizione cfr. T.F. Dibdin, *Bibliotheca Spenceriana*, Longman, Hurst, Rees & Co. Printed at the Shakespeare Press, Londra 1814, pp. 342-343 nonché G. Amati, *Manuale di bibliografia del secolo XV*, Libreria e tipografia Pirotta, Milano 1854, p. 64 che considera quella appena citata la prima edizione di un libro a stampa con data certa nella città di Strasburgo. Il secondo non è datato, ma è ascrivibile al biennio 1470 - 1472. Quanto al luogo della stampa, nonostante alcune fonti lo individuino nella città di Magonza – così, per esempio, F. Nardi, *Tavola sinottica delle fonti di diritto ecclesiastico e della loro storia*, s.e., Padova 1843, p. 13 nonché F. Walter, *Manuale del diritto ecclesiastico di tutte le confessioni cristiane*, presso i fratelli Nistri, Pisa 1846, vol. I, p. 214 – si deve ritenere che esso sia in realtà la città di Strasburgo e che il tipografo sia ancora una volta Eggestein, già artefice della prima edizione del Decreto di Graziano: *Incipit compilatio nova decretalium Gregorii pape noni*, s.e., s.l., s.d., ma Henrich Eggestein, Strasburgo 1470-1472. Cfr., per la datazione e le altre indicazioni tipografiche il catalogo, predisposto dalla British Library e costantemente aggiornato all’url <http://isc.bl.uk/> (ultima consultazione 20 dicembre 2023). Stessa data topica e cronica sono indicate nel catalogo della Biblioteca Apostolica Vaticana che possiede un esemplare dell’edizione: cfr. l’url <https://www.vatlib.it/> (ultima consultazione 20 dicembre 2023). Abbiamo poi, per finire, le *Extravagantes Iohannis XXII* e le *Extravagantes communes* impresse per la prima volta in occasione della citata edizione di Chappuis. Cfr. S. di Paolo, *Le Extravagantes Communes*

abbiamo anticipato, Chappuis inizia la pubblicazione delle raccolte che costituiranno il *Corpus iuris canonici*<sup>25</sup>.

Un secondo momento, caratterizzato sì da organicità, ma non anche da ufficialità, può essere racchiuso tra l'edizione di Chappuis del 1499 e il 1582. Nel 1582, infatti, a Roma, sotto il pontificato di papa Gregorio XIII, dopo un accorto lavoro di revisione dei testi, fu pubblicata la prima edizione completa del *Corpus iuris canonici* che ricevesse una sanzione ufficiale<sup>26</sup>. In questa seconda fase, le opere del *Corpus* vengono sì stampate per lo più assieme secondo l'intuizione di Chappuis; le edizioni, tuttavia, non hanno un modello ufficiale su cui basarsi.

Il terzo e ultimo momento potrebbe essere collocato tra il 1582 e la fine del periodo preso in considerazione (dunque fino al 1600). Si tratta di una fase che potremmo considerare "organica e ufficiale" in quanto tutte le edizioni del *Corpus*, in questo periodo, si uniformano a quella ufficiale di Gregorio XIII stampata, come si è detto, a Roma nel 1582.

4. Come si è anticipato la Biblioteca possiede testimonianze di tutte le tre "fasi" ipotizzate.

Della prima, che abbiamo detto "non organica", la Biblioteca possiede un solo documento: si tratta di una edizione del *Decretum Gratiani* stampata a Venezia nel 1477<sup>27</sup>. L'edizione fu impressa dal tipografo Nicolas Jenson, giunto in Italia dalla Francia e attivo nella città lagunare dal 1470. Inizialmente dedito alla stampa di classici letterari latini, dal 1474, anno in cui pubblicò la prima edizione italiana del Decreto di Graziano, concentrò la sua attenzione sui testi giuridici, tanto di diritto canonico quanto di diritto civile<sup>28</sup>.

*nell'età dell'incunabolo: la bolla Unam Sanctam da Francesco Pavini a Jean Chappuis», in Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Kanonistische Abteilung, 91, 2005, p. 355.*

<sup>25</sup> La prima opera del *Corpus* pubblicata a cura di Chappuis furono le Decretales di Gregorio IX: *Gregorii IX Decretales cum glossa*, per Ulricum Gering et Bertoldum Rembolt, Parigi s.d., ma 1499. Cfr. A. Pettegree - M. Walsby, *French books III - IV: book published in France before 1601 in latin and languages other than French*, (A-G), Brill, Leiden-Boston 2012, p. 898.

<sup>26</sup> Cfr. C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., p. 176. Sul punto cfr. anche *supra*, § 2.

<sup>27</sup> *Incipit concordia discordantium canonum*, impressus singulari industria atque impensa Nicolai Ienson Gallici, Venezia 1477. Su questa edizione e in particolare sull'esemplare posseduto dalla biblioteca barese cfr. A. Trombetta, *Gli incunaboli della nostra biblioteca* in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., pp. 45-52. Più in breve, inoltre, cfr. N. Barbuti, N. Leccese (a cura di), *I libri antichi nell'Università degli studi di Bari. Catalogo della mostra*, Centro Stampa dell'Università degli Studi di Bari, Bari 1998, pp. 12-13.

<sup>28</sup> Originario della regione delle Ardenne, in Francia, Jenson giunse verso la fine del 1469 a Venezia e, l'anno successivo, iniziò la sua attività di tipografo imprimendo la *Praeparatio evangelica* di Eusebio di Cesarea. La sua prima edizione giuridica coincide con la prima edizione del *Decretum* stampata in Italia, datata 1474. Tra il 1475 e il 1479 Jenson pubblicò, singolarmente, tutte le opere del *Corpus iuris canonici* ai quali aggiunse una edizione del commento del Panormitano alle *Decretales* di Gregorio IX. Successivamente si dedicò alla pubblicazione delle opere del *Corpus iuris civilis*. La sua tipografia divenne una delle più note e floride d'Italia tanto che Sisto IV lo nominò, per i suoi meriti, conte palatino.

L'incunabolo della Biblioteca risulta essere la settima edizione del *Decretum* e, in particolare, la terza italiana in ordine di tempo<sup>29</sup>. Il testo è stampato con caratteri gotici neri a esclusione delle rubriche che, invece, sono impresse con inchiostro rosso; disposto su due colonne secondo l'impaginazione classica comune nei manoscritti medievali, reca a margine la glossa al Decreto nella forma consolidata da Bartolomeo da Brescia. Questi aveva iniziato il suo lavoro con la finalità di approntare una semplice revisione della glossa ordinaria già predisposta da Giovanni Teutonico<sup>30</sup>. Era tuttavia riuscito a confezionare un risultato che, per la qualità raggiunta, avrebbe in breve del tutto soppiantato l'opera da cui aveva preso le mosse<sup>31</sup>.

Quanto alle caratteristiche dell'esemplare barese, deve segnalarsi, per cominciare, la buona ornamentazione del testo realizzata mediante l'inserimento di numerose iniziali manoscritte con inchiostro alternato rosso e blu e vergate con modulo maggiore rispetto a quello dei caratteri stampati.

Curiosa, poi, la presenza di due elementi che identificano l'opera in maniera palesemente errata: il primo è una annotazione novecentesca apposta a lapis al verso del *colophon*, che reca scritto: *Liber VI decretalium Bonifacii VIII cum apparatu Iohannis Andree*. L'autore della nota, non si sa come, doveva aver evidentemente confuso il *Decretum* con il *Liber Sextus* di Bonifacio VIII. L'altra errata indicazione si trova al dorso del volume. Qui un tassello cartaceo in capitale maiuscola di imitazione difficilmente databile, reca la data dell'edizione ed il titolo *Decretales*. Anche in questo caso, dunque, il *Decretum* non è stato identificato e confuso, questa volta, con una

Si spense nel 1480 all'apice della sua fortuna. Su Jenson cfr. S. Veneziani, *Jenson, Nicolas*, in *Dizionario biografico*, cit., Roma 62, 2004, pp. 205-208 e la ricca bibliografia richiamata.

<sup>29</sup> Precedentemente il *Decretum* era stato stampato a Strasburgo nel 1471 e nel 1472; ancora nel 1472, ma a Magonza; a Venezia nel 1474; a Roma nel 1476 e, sempre nel 1476, a Basilea. Dopo l'edizione veneziana del 1477 e sino alla fine del secolo, l'opera di Graziano verrà impressa altre trentacinque volte. Per un elenco completo delle edizioni del XV secolo cfr. l'url <http://istc.bl.uk/> (ultima consultazione 20 Dicembre 2023).

<sup>30</sup> La glossa ordinaria al decreto di Graziano fu completata da Giovanni Teutonico intorno al 1215. Quando l'opera fu terminata erano state licenziate le prime tre *Compilationes antique* a cui, di fatti, nella glossa al *Decretum*, troviamo una serie di richiami. Cfr. P. Erdő, *Storia della scienza*, cit., specialmente pp. 48 e 62. Sulla glossa di Giovanni Teutonico e sulla sua sovrapposizione alle *Quinque compilationes*, cfr. R. Maceratini, *La glossa ordinaria al decreto di Graziano e la glossa di Accursio al codice di Giustiniano: una ricerca sullo status giuridico degli eretici*, Università di Trento, Trento 2003, pp. 17-18.

<sup>31</sup> Cfr. R. Abbondanza, *Bartolomeo da Brescia*, in *Dizionario biografico*, cit., 6, 1964, *ad vocem*: «L'opera principale di Bartolomeo, per la quale egli finì con l'occupare un posto di grande rilievo nella storia del diritto canonico e, più in generale, del diritto comune, è la revisione dell'*apparatus* di Giovanni Teutonico al *Decretum*, scritto poco dopo la fine del concilio lateranense del 1215, una revisione che doveva ben presto soppiantare completamente l'opera da cui aveva preso le mosse». Per una comparazione tra l'apparato di Giovanni Teutonico e quello approntato da Bartolomeo da Brescia, Abbondanza rimanda ai classici J. F. von Schulte, *Die Glosse zum Decret Gratians von ihren Anfängen bis auf die jüngsten Ausgaben*, in *Denkschriften der kaiserl. Gerold, Wien 1872*, voll. 21-22 e Id., *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart 1875.

raccolta di decretali, probabilmente con le Decretali di Gregorio IX, *Decretales* per eccellenza. Più in basso, sempre al dorso del volume, un talloncino cartaceo fornisce una interessante informazione utile alla ricostruzione della storia dell'incunabolo. Sul talloncino, scritto con inchiostro nero, si legge «n° 29 Balleani». La presenza di questo elemento indica che il volume proviene dalla biblioteca della nobile famiglia marchigiana dei Balleani, acquistata, nel 1993, dalla Biblioteca Comunale di Jesi: è certo, infatti, che prima di questa acquisizione, alcuni pezzi della biblioteca Balleani circolarono nel mercato librario antiquario<sup>32</sup>. Ben tre volumi approdarono nella biblioteca dell'Ateneo barese<sup>33</sup> tra cui, come si è detto, la prestigiosa edizione del *Decretum* acquistata dalla libreria antiquaria Gozzini di Firenze per la cifra ragguardevole di un milione di lire e registrata nel catalogo-inventario dell'Istituto di storia del diritto italiano il 18 Gennaio del 1973, durante la direzione del professor Guiscardo Moschetti<sup>34</sup>.

L'esemplare barese, di per sé significativo per la rarità e l'antichità dell'edizione nonché per la "tracciabilità" della sua storia, è reso unico dalla presenza di due *litterae* pontificie redatte su pergamena e utilizzate come carte di guardia del volume<sup>35</sup>. Le due pergamene, integre e in perfetto stato di conservazione, sono di poco precedenti all'edizione del *Decretum* e recano due epistole di papa Sisto IV.

La prima *littera* contenuta nel volume si presta ad essere agevolmente classificata come una *littera gratiosa*; nel caso di specie beneficiario e destinatario della lettera coincidono nella persona dell'ignoto Paulus Grossus. Le uniche notizie – scarsissime e non molto significative – che abbiamo a suo riguardo provengono dallo stesso

<sup>32</sup> Cfr. A. Casamassima (a cura di), *Catalogo del fondo Ennio Cortese: incunaboli e cinquecentine*, Olschki, Firenze 2012, p. 103.

<sup>33</sup> Pare opportuno segnalare la presenza in Biblioteca di altri due volumi provenienti dalla biblioteca Balleani: G. Gabrielli, *Consiliorum Hieronymi Gabriellii*, apud hæredem Hieronymi Scoti, Venezia 1596-1598; <Ducato di Borgogna>, *Consuetudines ducatus Burgundiæ*, ex officina Nicolai Bassæi, impensis Sigismundi Feyrabend, Francoforte sul Meno 1574. Entrambi i volumi portano, ai due frontespizi, una nota di possesso manoscritta che recita «Verginia Manuzi Guglielmi Balleani». Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., pp. 98, 153. Della famiglia Balleani esiste un importante archivio storico, anch'esso acquisito dal Comune di Jesi. Cfr. E. Conversazioni (a cura di), *L'Archivio Guglielmi Balleani conservato nella Biblioteca Comunale di Jesi*, Città di Jesi – Assessorato alla cultura, Jesi 1999. In particolare, p. 1 da cui conosciamo che la citata Virginia Manuzi, proprietaria dei libri conservati nella Biblioteca, sposò nel 1715 Gaetano Guglielmi Balleani.

<sup>34</sup> Cfr. *Volume secondo del catalogo inventario dell'istituto di storia del diritto italiano, università di Bari*, ms., n. 9716.

<sup>35</sup> La presenza delle due pergamene utilizzate come carte di guardia del volume costituisce un chiaro esempio di quel fenomeno conosciuto dagli storici come fenomeno del "riuso". In virtù di tale fenomeno, tra XV e XVI secolo, tra i legatori si affermò la prassi di utilizzare pergamene provenienti da vecchi codici o da archivi dismessi per foderare e rinforzare le edizioni a stampa. L'utilizzo di materiali usati aveva ragioni puramente economiche – la pergamena riciclata aveva costi decisamente più abbordabili – e, nel corso del XVI secolo, costituì un fenomeno di dimensioni talmente vaste che si affermò la figura di mercanti specializzati nel commercio di pergamene da riuso. Sul punto sia consentito il richiamo a M. Pepe, *Due inedite pergamene*, cit., pp. 378-380 e alla bibliografia ivi richiamata.

documento. Lo sappiamo rettore dell'arcipresbiterato di Mombaruzzo – piccolo centro in provincia di Asti tutt'ora appartenente alla Diocesi di Aquino – e canonista, per la precisione *Doctor decretorum*. All'interno del documento viene fatto espresso riferimento *specialibus favoris et gratiis* con cui Sisto IV dichiara di voler remunerare la dottrina, l'onestà, la sobrietà e in generale i lodevoli meriti del beneficiario portati a conoscenza del pontefice. Altrattanto esplicita la dichiarazione di voler provvedere alla concessione del beneficio *de speciali gratia*<sup>36</sup>.

La seconda lettera, dell'Aprile del 1473, inquadrabile, questa volta, nel genere delle *litterae iustitiae*, è indirizzata a Iacopo Zeno, vescovo di Padova e a Bernardo Terzi, abate del monastero benedettino di Santa Giustina nella stessa città<sup>37</sup>. La *littera* è emanata dal pontefice in seguito alla presentazione di una regolare *petitio* e con lo scopo di indicare la *via resolutionis* di una controversia sorta tra il proponente della *petitio* e il Capitolo cattedrale della città di Vicenza. Autore della *petitio* cui papa Sisto IV risponde è un personaggio di riguardo: il cardinale Marco Barbo. Veneziano, di nobili origini anche se la famiglia versava al momento della sua elevazione alla porpora in condizioni economiche piuttosto modeste, vantava una lontana parentela con Pietro Barbo, salito al Soglio di Pietro col nome di Paolo II nel 1464<sup>38</sup>. Nominato vescovo di Treviso nel 1455 da Callisto III<sup>39</sup> fu trasferito nella Sede vicentina proprio dal suo protettore, il neo eletto Paolo II<sup>40</sup>. La sua permanenza a Vicenza, tuttavia, fu breve poiché Paolo II lo volle presto a Roma. Fu creato cardinale nel 1467 con il titolo di San Marco e nel 1471 fu traslato dalla diocesi vicentina a quella di Aquileia<sup>41</sup>. Fu proprio il trasferimento alla nuova diocesi, probabilmente, a causare i presupposti per l'insorgere della vertenza tra il cardinal Barbo e il Capitolo di Vicenza e per la risoluzione della quale il prelado si era rivolto al pontefice. Come emerge dal documento, infatti, il Barbo denunciava un presunto sopruso perpetrato dal Capitolo vicentino, colpevole, stando alla *petitio* del cardinale, di avere usurpato i paramenti pontificali che gli spettavano di

<sup>36</sup> Ivi, pp. 424-425.

<sup>37</sup> Nell'*inscriptio* del documento l'indicazione dei destinatari avviene non mediante l'inserimento dei nomi propri – come abbiamo osservato nella *littera* precedente –, ma mediante il riferimento ai loro titoli e agli uffici da loro ricoperti. I nomi sono sostituiti dai così detti due punti “di reverenza”. Grazie, tuttavia, alla precisione della data cronica del documento, è possibile identificare entrambi i destinatari dell'epistola. Il primo, citato come *episcopus Paduanus*, è Iacopo Zeno, dotto vescovo di Padova dal 1460 al 1461. Sul punto cfr. N.A. Giustiniani, *Serie cronologica dei vescovi di Padova*, Nella stamperia del seminario, Padova 1786, p. CXXVI nonché il classico C. Eubel, *Hierarchia Catholica Medii Aevi*, typis Librariae Regensbergianae, Münster 1898, vol. II, p. 210. Il secondo può identificarsi nell'abate Bernardo Terzi di Borgo Val di Taro che resse il monastero dal 1472 al 1477. Lo stesso Terzi di Borgo di Val di Taro era già stato abate di Santa Giustina dal 1461-1467. Sul punto cfr. C. Carpanese, *Serie cronologica degli abati di Santa Giustina*, in *La badia di Santa Giustina: cenni storici-artistici*, Tip. Del Messaggero di S. Antonio, Padova 1943, pp. 50-51. Anche su questo secondo documento. Cfr. M. Pepe, *Due inedite pergamene*, cit., pp. 425-426.

<sup>38</sup> Su Marco Barbo cfr. G. Gualdo, *Barbo, Marco*, in *Dizionario biografico*, cit., 6, 1964, *ad vocem*.

<sup>39</sup> C. Eubel, *Hierarchia Catholica Medii Aevi*, cit., p. 248.

<sup>40</sup> Ivi, p. 267.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

diritto. Possiamo ipotizzare che il cardinale, in seguito alla sua partenza da Vicenza, avesse richiesto al Capitolo la restituzione dei suoi paramenti – che dobbiamo immaginare preziosi – e che tale restituzione fosse stata, per qualche motivo che ignoriamo, ripetutamente negata. Dopo tre anni dal trasferimento il cardinale, ancora insoddisfatto, si rivolge al pontefice per ottenere giustizia e vedersi riconosciuto il diritto alla restituzione dei paramenti spettantigli. Sisto IV risponde prontamente alla petizione del cardinale individuando delegando a Iacopo Zeno e Bernardo Terzi la decisione sul merito della vicenda e attribuendo loro, inoltre, ampia facoltà di risolvere la questione nei modi che avessero insindacabilmente individuato<sup>42</sup>.

Se il momento “non organico” è rappresentato dal solo esemplare del *Decretum* appena descritto, più cospicua la documentazione di quel periodo caratterizzato da una visione sì organica, ma non supportata, però, da alcun provvedimento ufficiale. La biblioteca possiede testimonianza di quattro diverse edizioni stampate in questo lasso di tempo.

La più antica è stata impressa a Lione dal tipografo Simon Vincent<sup>43</sup> tra il 1527 e il 1528; il *Corpus* fu stampato da Vincent suddiviso in tre tomi in 8°.

Al primo vi è il *Decretum Gratiani*<sup>44</sup>. Il confronto con l’edizione del *Decretum* stampata da Jenson a Venezia sembra piuttosto significativo. I cinquant’anni di evoluzione dell’arte della stampa paiono aver completamente mutato il modo di imprimere e presentare al pubblico una stessa opera. Anzitutto a cambiare sono gli aspetti formali: un grande volume *in folio* riccamente ornato quello di Jenson, un più agile tomo in 8° quello di Vincent il che sembra testimoniare quanto il libro stampato, in mezzo secolo, fosse divenuto un oggetto “d’uso”<sup>45</sup>. Cambia, inoltre, il contenuto. Se l’edizione di Jenson si limitava a proporre il *Decretum* con la sua glossa ordinaria manifestando una impostazione che era quella tipica dei manoscritti, in quella di Vincent vediamo affiancare al testo glossato, che resta la parte principale, una serie di complementi e apparati che lo arricchiscono. La stessa glossa, per cominciare, è integrata da brani tratti dal *Rosarium* dell’Arcidiacono<sup>46</sup>; seguono, poi, vari indici, una

<sup>42</sup> Sul documento e per la sua trascrizione cfr. Cfr. M. Pepe, *Due inedite pergamene*, cit., pp. 425-426.

<sup>43</sup> Su Simon Vincent cfr. M. Lecocq, *Simon Vincent, libraire-éditeur à Lyon de 1499 à 1532*, thèse d’Histoire de l’Université de Saint-Etienne, Lille 1983.

<sup>44</sup> *Decretum. Argumentum plenissimum Decreti huius [...] Decretum Gratiani*, opera Gilberti Deuilliers, impensis Symonis Vincent, Lione 1527. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca “Gennaro Maria Monti”*, cit., p. 112.

<sup>45</sup> La progressiva affermazione dei formati più ridotti, più facilmente collocabili e trasportabili, si verifica, sin dai primi anni del Cinquecento, con particolare evidenza tra i tipografi francesi. Cfr. G. Zappella, *Il libro antico a stampa: struttura, tecniche, tipologie, evoluzione*, Editrice Bibliografica, Milano 2004, p. 636.

<sup>46</sup> Guido da Baisio è ricordato generalmente nelle fonti come l’Arcidiacono a memoria dell’arcidiaconato della Chiesa di Bologna cui fu elevato nel 1296. Intitolò la sua opera più importante sul Decreto di Graziano, che terminò alla fine del 1300, *Rosarium Decretorum*. Si trattava di «un’opera di grande mole con cui il Baisio si proponeva di accrescere e completare la glossa ordinaria al *Decretum*: ne risultò una raccolta ricchissima di opinioni e dottrine dei precedenti decretisti, specialmente di Ugucione da Pisa, dal quale attinse a piene mani, di Giovanni da Fintona, del quale accolse la divisione in parti delle



raccolta di canoni conciliari, una di *canones penitentiales* e una assai poco documentata *vita Gratiani*<sup>47</sup>.

Al secondo tomo dell'edizione di Vincent abbiamo il *Liber Extra*<sup>48</sup>. Il testo delle *Decretales* è accompagnato, come di consueto, dalla glossa ordinaria di Bernardo da Parma e dai *casus* e dalle *additiones* dello stesso Bernardo<sup>49</sup>. A questo apparato, l'impressione di Lione, accosta un ulteriore apporto dottrinale: si tratta del fortunato *index decretalium* composto dal giurista Ludovico Bolognini<sup>50</sup> che fu spesso stampato nelle edizioni cinquecentesche delle *Decretales*<sup>51</sup>. Nel volume, infine, troviamo una *vita Gregorii noni* e, anche in questo caso, esaurienti indici.

Il terzo e ultimo tomo è dedicato alle altre quattro raccolte che, come si è detto, costituiscono il *Corpus*<sup>52</sup>: il *Liber Sextus*, le *Clementinae*, le *Extravagantes Iohannis*

distinzioni e cause del *Decretum* graziano e di Gerardo Senese». Cfr. F. Liotta, *Baisio, Guido da*, in *Dizionario Biografico*, cit., 5, 1963, pp. 293-97. Sulla profonda erudizione di Guido da Baisio e sulla sua conoscenza dei canonisti più antichi – grazie a cui Guido poté completare un'opera tanto estesa come il *Rosarium* –, cfr. A. Padovani, *Ricerche sulla cultura di Guido da Baisio*, in *Bulletin of medieval canon law*, 39, 2022. In particolare – sul punto cfr. p. 78 – Padovani osserva come il dato che in passato aveva maggiormente impressionato, nell'opera dell'Arcidiacono, fosse proprio «la ricchezza di conoscenze dimostrata, specialmente nel *Rosarium*, riguardo agli scritti dei canonisti più antichi».

<sup>47</sup> Come i più accreditati e recenti biografi di Graziano hanno affermato, le notizie sulla vita del monaco autore del *Decretum* sono estremamente ridotte e solo in sporadici casi possono considerarsi documentate e certe. Così K. Pennington, *La Biografia di Graziano, il Padre del Diritto Canonico*, in *Rivista internazionale di Diritto Comune*, 25, 2014-15, p. 48 secondo cui il ripetersi nel tempo di una serie di dati biografici non documentati potrebbe essere il frutto di una sorta di *horror vacui* provato dai suoi biografi i quali, per riempire il vuoto della loro ignoranza riguardo alla vita di un personaggio tanto illustre, destinato a essere considerato dopo la sua morte il padre del diritto canonico, consacrato come tale sin dal Trecento da Dante che l'aveva collocato nel suo Paradiso, «crearono un ricco arazzo di conoscenze illusorie circa Graziano durante i secoli XII e XIII». Analoga posizione assume G. Minnucci, *Graziano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero – Diritto*, 8, 2012, p. 76.

<sup>48</sup> *Decretales. Domini Gregorij pape noni decretales epistole*, opera Gilberti De Villiers, impensis Symonis Vincent, Lione 1528. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 114.

<sup>49</sup> Bernardo da Parma redasse la prima versione della glossa ordinaria al *Liber Extra* nel 1241; quella definitiva poco più di vent'anni dopo, precisamente nel 1263. Anche dopo il 1263 Bernardo continuò a lavorare all'interpretazione e allo studio del *Liber Extra* predisponendo addizioni e *casus* fino al 1271. Questo materiale dottrinale completato successivamente alla glossa venne regolarmente stampato nelle edizioni del *Liber Extra* del XVI secolo. Cfr. P. Erdő, *Storia della scienza*, cit., p. 90.

<sup>50</sup> Quella di Ludovico Bolognini è certamente una importante figura di giurista degli anni a cavallo tra XV e XVI secolo. Personaggio dalle molteplici attività – ottenne prestigiosi incarichi politici nella sua città, Bologna – fu cultore tanto del diritto civile quanto del diritto canonico. Sulla figura di Bolognini cfr. S. Caprioli, *Bolognini, Lodovico*, in *Dizionario Biografico*, cit., 11, 1969, pp. 337-352.

<sup>51</sup> Alcune notizie sull'indice di Bolognini in M.G. Tavoni, *"Per aconcio de lo lectore che desiderasse legiere piu in un luoho che nell'altro": gli indici nei primi libri a stampa*, in M. Santoro, M.G. Tavoni (a cura di), *I Dintorni Del Testo. Approcci alle periferie del libro. Atti del convegno internazionale*, Fabrizio Serra editore, Firenze 2005, pp. 74-75.

<sup>52</sup> *Sextus liber Decretalium. Liber sextus decretalium [...] quibus interseruntur nonnullae adnotationes ex utilissima Ioannis Andree novella decerpte [...] Clementine. Constitutiones cum summarijs literalibus casibus optimis notabilibus glossis ordinarijs [...] Extravagantes Ioannis XXII [...] Extravagantes communes [...]*, in edibus Gilberti Deuillers, impensis Simonis Vincent, Lione 1528.

*XXII e Communes*. Ciascuna di esse, pur raccolta in un unico tomo assieme alle altre, è, tuttavia, stampata autonomamente sul piano formale; ognuna, infatti, è preceduta dal proprio frontespizio ed è accompagnata dai consueti apparati.

Particolarmente elaborati i ricchi frontespizi che ornano i volumi. Ciascuno di essi si presenta articolato in una struttura architettonica costituita da due serie di quattro nicchie poste l'una sull'altra ai margini del foglio. Nella struttura delle quattro nicchie a sinistra si alternano figure di santi; nelle quattro nicchie a destra, invece, troviamo raffigurati i maggiori esponenti della scienza canonistica. I frontespizi non si ripetono identici nei diversi tomi. Tra i giuristi, a essere ritratti con più frequenza, sono Giovanni d'Andrea, Pietro d'Ancharano e Giovanni Teutonico. Tra i santi i tre grandi Padri della Chiesa Agostino, Girolamo e Ambrogio. L'accostamento tra le due categorie dei teologi e dei giuristi è ovviamente voluto e significativo giacché dà visivamente l'idea della derivazione del diritto della Chiesa non solo dall'opera dei giuristi, ma anche dalla antica tradizione teologica e patristica a testimonianza "plastica" della inscindibile unione tra diritto canonico e teologia<sup>53</sup>.

Oltre al bel frontespizio i volumi contengono tutti una ulteriore xilografia posta immediatamente prima l'inizio del testo. Essa raffigura sempre la medesima scena: in una sala affollata di vescovi e cardinali, assiso in trono, il pontefice è raffigurato nell'atto di ricevere i testi giuridici; di fronte a lui un notaio pare intento a formalizzare l'evento. Nella xilografia del volume delle *Decretales* ci pare interessante segnalare un curioso omaggio a Jeanne de Chappuis, artefice e "padre" di quella visione organica che abbiamo più volte richiamato. Al di sotto della scena descritta il tipografo ha inserito, incolonnandoli, una serie di brevi motti, le cui iniziali, stampate con un modulo leggermente maggiore e con inchiostro rosso, costituiscono l'acronimo del nome e del cognome del giurista francese:

<b>I</b> ncl <sup>ya</sup> pontificum legitans decreta sacrorum	<b>C</b> ecas sub latebras que sunt vitata recondens
<b>O</b> cia nunc felix dulcia lector habes	<b>H</b> uc oculos iuvenis porrige docte tuos
<b>H</b> ellespontiacis mergi deberet in undis	<b>A</b> niceps aut truncum nihil ista volumina gestant
<b>A</b> usus tam nitidum carpere livor opus <b>N</b> il facit ad tersos cumulata pecunia libros	<b>P</b> eligno credas singula digna stilo <b>P</b> ervalido liberte sagax munimine fultus
<b>N</b> ulla tenet similes bibliotheca notas	<b>U</b> mbo peregrina conteret arma tuus

<sup>53</sup> Sul legame inscindibile tra Diritto canonico e sacra scrittura, cfr. G. Minnucci, *La Unam Sanctam fra ecclesiologia e diritto* in G. Minnucci (a cura di), *I poteri universali e la fondazione dello studium Urbis. Il pontefice Bonifacio VIII dalla Unam Sanctam allo schiaffo di Anagni*, Monduzzi, Roma 2007, p. 103: «il fondamento del diritto canonico non può che essere individuato, innanzitutto, nella Sacra Scrittura, così come qualsiasi affermazione dogmatica del Romano Pontefice».

Excipium torva si spectes fronte volumen	Iamque videbuntur tectis pendentia summis
Secula per cuncta vivito lucis egens	Sumpta tua nuper clara trophea manu

Solo un accenno, in fine, alle caratteristiche degli esemplari della Biblioteca che, per altro, non mostrano particolari evidenze: tutti in buone condizioni, sono rilegati in mezza pergamena successiva – presumibilmente del XVIII secolo – e presentano piatti marmorizzati. Sporadici e discreti i segni lasciati da chi ha studiato nel tempo i volumi: per lo più tratti di penna paralleli alle colonne del testo o *maniculae* apposte nei margini del foglio, per evidenziare, evidentemente, passi ritenuti di particolare interesse.

Seconda in ordine di tempo, sempre collocabile in questa fase, è una edizione che, in un certo senso, si pone come eccezione alla ricostruzione sin qui proposta dimostrando come essa possa ritenersi solo indicativa e certamente non tassativa: si tratta, infatti, di una impressione “solitaria” del *Decretum*, non inserita, cioè, in una edizione completa del *Corpus*<sup>54</sup>. Ciò sembra essere un esempio di come l’intuizione di Chappuis, pur ampiamente seguita da editori e tipografi, non eliminò totalmente l’uso di imprimere separatamente le opere del *Corpus*.

Stampata ancora una volta a Lione, nel 1544, questa volta da Antoine Vincent, l’edizione contiene il testo del Decreto con la sua glossa ordinaria ed è arricchito da una *vita Gratiani*, da una serie di indici, da una raccolta di *flores totius Decreti*, da una di *canones penitentiales* e una di *canones apostolici*. In questa edizione, inoltre, troviamo la più antica testimonianza, nella biblioteca barese, della *Margarita Decreti* del domenicano Martino Polono<sup>55</sup>. Per la sua diffusione la *Margarita* si attesta

<sup>54</sup> *Decretum Gratiani ab innumeris propè mendis, quibus incuria temporum & in glossis & in textu passim scatebat [...]*, apud Antonium Vincentium, excudebat Dionysius de Harsy, Lione 1544. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca “Gennaro Maria Monti”*, cit., p. 112.

<sup>55</sup> La *Margarita* fu composta nella seconda metà del XIII secolo dall’erudito giurista domenicano Martino Polono; essa è concepita come un elenco alfabetico degli argomenti trattati nel *Decretum*: viene prima enunciato il tema; segue, poi, l’indicazione ragionata di tutti i canoni che di quell’argomento trattano. Martino nacque nella prima metà del XIII secolo ad Opava, città dell’attuale Repubblica Ceca che, all’epoca, faceva parte del regno di Boemia. Il nome di “Polono” gli fu attribuito nel corso del XIV secolo dai domenicani Bartolomeo da Lucca e Bernardo Gui. A Martino, morto a Bologna nel 1278, oltre alla *Margarita*, vengono attribuite diverse opere di vario argomento: *Sermones de tempore, de sanctis. Promptuarium exemplorum; De diversis miraculis; De schismate ecclesiae Graecorum; Historia de Guelfis*; alcuni studiosi gli attribuiscono anche un *De mirabilibus* e un *De descriptione Terrae Sanctae*. Cfr. T. Käppeli, *Scriptores ordinis Praedicatorum Medii Aevi*, Ad S. Sabinae, Roma 1980, vol. III, p. 114. Più recenti, sulla vita e l’opera di Martino Polono, cfr. W.V. Ikaš, *Martinus Polonus Chronicle of the Popes and Emperors: a Medieval Best-seller and its Neglected Influence on Medieval English Chronicles*, in *The English Historical Review*, 116, 2001, pp. 327-341 e A.D. von den Brincken, *Martin of Opava*, in *Encyclopedia of the medieval chronicle*, ed. Graeme Dunphy, Leiden-Boston 2010, vol. 1, pp. 1085-1088.

indubbiamente come uno dei più fortunati e citati apparati compilati per l'opera di Graziano<sup>56</sup>.

L'edizione in oggetto si presenta abbellita da un ricco frontespizio xilografato che riproduce la marca del tipografo inserita in una cornice architettonica e, al *verso* della prima carta, da una ulteriore xilografia in cui, alla presenza di un gruppo di laici ed ecclesiastici, in un ambiente che sembrerebbe una biblioteca, il pontefice assiso in trono riceve un grosso volume porto da uomo inginocchiato dinanzi a lui.

Quanto all'esemplare barese in particolare, è possibile determinare la sua provenienza in virtù della presenza di una nota di possesso presumibilmente del XVIII secolo apposta sul frontespizio e che recita *Francisci Bernardini*. Sul contropiatto anteriore, poi, un *ex libris* cartaceo, certamente successivo, testimonia la permanenza del volume nella biblioteca della medesima famiglia a distanza di alcuni decenni: vi leggiamo, infatti, "conte Federico Bernardini"<sup>57</sup>.

Concludiamo la nostra breve e sommaria ricostruzione soffermandoci sul terzo momento idealmente individuato: momento organico e, in più, ufficiale poiché, nel corso di esso, le edizioni del *Corpus* si uniformano all'edizione pubblicata nel 1582 per volere di Gregorio XIII.

La storia di questa edizione è piuttosto articolata: subito dopo il Concilio di Trento, infatti, si impose l'esigenza, per la verità da tempo avvertita, di arrivare ad una forma stabilizzata e ufficiale del *Corpus iuris canonici*. All'indomani della sua elezione al soglio di Pietro, avvenuta nel 1566, papa Pio V costituì una prima commissione che avrebbe dovuto riesaminare l'intero materiale che costituiva il *Corpus*. I lavori dei *correctores Romani* si protrassero per molti anni e si concentrarono particolarmente sull'emendazione del Decreto di Graziano che non aveva ancora mai ricevuto un riconoscimento ufficiale da parte della Chiesa. Più in generale e al di là delle istanze schiettamente filologiche, si deve osservare come i *correctores* furono chiamati a una importante operazione "politica". Essi, cioè, operarono con l'obiettivo finale di rendere

<sup>56</sup> La fortuna di cui godette la *Margarita* è efficacemente testimoniata dalla frequenza con cui essa fu pubblicata in appendice al Decreto per tutto il Cinquecento. Sul punto cfr. P. Erdő, *Storia della scienza*, cit., pp. 63-64.

<sup>57</sup> La famiglia Bernardini, di cui Francesco e Federico – rispettivamente padre e figlio – furono due illustri esponenti fra XVII e XVIII secolo, era stanziata a Lucca dove tutt'ora esiste il palazzo Bernardini. Cfr. F. Farneti - D. Lenzi (a cura di.), *Realtà e illusione nell'architettura dipinta - Atti del convegno internazionale di studi, Lucca 26-28 Maggio 2005*, Alinea editrice, Lucca 2006, p. 410. Al conte Federico, dall'editore lucchese Luigi Guidotti, fu dedicata la ristampa del volume *Le azioni di Castruccio Castracane degli Antelminelli signore di Lucca* nel 1843. Dalla dedica apprendiamo che il proprietario della cinqueantina ora in possesso della biblioteca barese aveva la dignità di ciambellano del duca di Lucca, che ricopriva la carica di maggior comandante della milizia urbana, che era stato insignito della Croce di San Giorgio per il merito militare e che era cavaliere del Sovrano Ordine di Malta. Cfr. A. Manuzio, *Le azioni di Castruccio Castracane degli Antelminelli signore di Lucca. Con la genealogia della famiglia descritta da Aldo Manucci*, tipografia Guidotti, Lucca 1843, p. 1 n. n.

pienamente inserito il *Corpus* medievale in quel contesto giuridico, teologico e pastorale rinnovato e che era venuto a crearsi in seguito al grande Concilio<sup>58</sup>.

L'opera di revisione si concluse nel 1580; il primo Luglio di quell'anno Gregorio XIII, divenuto papa nel 1572 in seguito alla morte di Pio V, con la costituzione *Cum pro munere*, approvò l'opera dei revisori nel suo complesso. Il *Corpus iuris canonici*, nella sua nuova forma, ufficiale e definitiva, fu dunque pubblicato a Roma nel 1582<sup>59</sup>. La pubblicazione di una versione ufficiale del *Corpus* ebbe una duplice importanza: «pratica, perché i testi delle collezioni riunite» furono «filologicamente emendati; giuridica perché da allora in poi» essa fu considerata «come testo autentico per la prassi forense e per l'insegnamento del diritto<sup>60</sup>».

Della fase editoriale che abbiamo individuato e che consideriamo avviata con l'edizione romana del 1582, la Biblioteca possiede due testimonianze.

Anzitutto proprio la storica edizione del 1582 posseduta, per altro, in due diverse copie. Essa si presenta come una prestigiosa edizione *in folio* quasi a testimoniare l'importanza della nuova impressione, la prima, come abbiamo detto, ad ottenere nel suo insieme una sanzione ufficiale.

Il *Corpus* è suddiviso in quattro tomi. I primi due sono dedicati al Decreto di Graziano<sup>61</sup>; il terzo alle *Decretales* di papa Gregorio IX<sup>62</sup>; il quarto al *Liber Sextus*<sup>63</sup>, alle *Clementinae* e alle *Extravagantes Communes et Iohannis XXII*.

Quanto agli apparati che contraddistinguono questa prima edizione ufficiale non si registrano variazioni significative rispetto alle passate edizioni. Non è, questo, un dato di secondario interesse. Esso sembra testimoniare, infatti, come non solo le glosse ordinarie, ma anche gli altri apparati e complementi citati in precedenza avessero sviluppato in via del tutto autonoma e senza una sanzione ufficiale un tale rapporto di

<sup>58</sup>Cfr. O. Condorelli, *Un'opera ancora da studiare: l'Editio Romana del Corpus iuris canonici*, in *Bulletin of medieval canon law*, 39, 2022, p. 130: L'attività dei *correctores* «non poteva limitarsi a produrre una nuova edizione dei testi canonici medievali con il loro corredo interpretativo costituito dagli apparati di glosse e dalle addizioni tratte da opere dei giuristi medievali. Essa doveva altresì presentare un testo che tenesse conto delle modifiche introdotte dal concilio di Trento e, più in generale, offrì un'essenziale informazione sugli sviluppi dottrinali che, nelle materie trattate nel *Corpus*, erano intervenuti nel pensiero giuridico e ancor più nel pensiero teologico».

<sup>59</sup> Cfr., fra gli altri, il classico E. Friedberg, *Corpus iuris canonici*, Tauchnitz, Leipzig 1879, vol. I, coll. LXXVI-LXXX e, più recente, M.E. Sommar, *The Correctores Romani: Gratian's Decretum and the Counter-Reformation humanists*, LIT Verlag, Zurigo 2009.

<sup>60</sup> Così C. Fantappiè, *Storia del diritto canonico*, cit., p. 176.

<sup>61</sup> *Decretum Gratiani emendatum et notationibus illustratum vna cum glossis, Gregorii XIII. pont. max. iussu editum*, tomi I-II, In aedibus Populi Romani, Roma 1582. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 113.

<sup>62</sup> *Decretales d. Gregorii papae IX. suae integritati vna cum glossis restitutae*, In aedibus Populi Romani, Roma 1582. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 116.

<sup>63</sup> *Liber sextus decretalium d. Bonifacii papae VIII. suae integritati vna cum Clementinis & Extravagantibus, earumque glossis restitutus*, In aedibus Populi Romani, Roma 1582 Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 118.

complementarità con i testi da non poter non ricevere una conferma autoritativa allorché la Chiesa procedette alla edizione ufficiale del *Corpus*.

Il Decreto, supportato dalla sua glossa ordinaria, è stampato, come anticipato, in due volumi. Il primo comprende l'intera *pars prima*, le prime dodici *causae* della *pars secunda* e una serie di indici per agevolare la consultazione del testo e della glossa. Il secondo volume contiene il resto del *Decretum* con la sua glossa, una raccolta di canoni penitenziali e apostolici e la già citata *Margarita* di Martino Polono.

Quanto detto per i due volumi del *Decretum* vale, essenzialmente, anche per i due volumi di decretali. Secondo l'impostazione da tempo seguita nelle edizioni del *Corpus* le decretali sono accompagnate dalle loro glosse ordinarie e dai consueti apparati tra cui, per il *Liber Extra*, è proposta la *Tabula* del Bolognini di cui abbiamo detto.

L'ultima edizione che si vuole prendere in esame a conclusione delle brevi riflessioni proposte sul patrimonio della Biblioteca di storia del diritto e, in particolare, della collezione in essa contenuta di opere del *Corpus iuris canonici*, è una edizione italiana stampata a Venezia proprio nell'estrema porzione del segmento temporale considerato: si tratta, infatti, di una edizione del 1600.

L'impressione dà piena testimonianza della uniformità e della coerenza cercata e ottenuta con l'edizione ufficiale del 1582. Essa, infatti, la richiama espressamente sui frontespizi: con la dicitura *Gregorii XIII. pont. max. iussu editum* sul frontespizio del *Decretum* e con la dicitura *ad exemplar Romanum diligenter recognitæ* sui frontespizi delle *Decretales di Gregorio IX* e sul volume aperto dal *Liber sextus*. L'edizione si presenta pressoché identica all'*editio Romana*: è anch'essa divisa in quattro tomi e anche gli apparati proposti sono esattamente gli stessi<sup>64</sup>. Unica differenza è nel formato. L'edizione veneziana, infatti, è stampata in 4°; si tratta, ovviamente, di un fatto non casuale: se l'edizione romana, la prima ufficialmente sanzionata, aveva riavuto la veste solenne e significativa dell'*in folio*, le successive poterono presto tornare a dimensioni più contenute: meno dispendiose e più facilmente manipolabili.

Un elemento che caratterizza l'esemplare barese di questa edizione si rinviene nel secondo tomo del *Decretum*, che ospita la *pars secunda* dell'opera di Graziano – a partire dalla causa XV – e la *pars tertia*. Legata con il *Decretum*, infatti, troviamo, posta

<sup>64</sup> *Decretum Gratiani emendatum, et notationibus illustratum, unà cum glossis, Gregorii XIII. pont. max. iussu editum. Et nunc recens cum additionibus [...] Augustini Caraitæ*, tomi I-II, apud Magnam Societatem, Venezia 1600. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 113. *Decretales d. Gregorii papæ IX suæ integritati vna cum glossis restitutæ, ad exemplar Romanum diligenter recognitæ*, [Lucantonio Giunta il giovane], Venezia 1600. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 116. *Liber sextus decretalium d. Bonifacii papæ VIII. Clementis papæ V. constitutiones, Extrauacantes [!] tum viginti d. Ioannis papæ XXII. tum communes. Hæc omnia cum suis glossis suæ integritati restituta, & ad exemplar Romanum diligenter recognita*. [Lucantonio Giunta il giovane], Venezia 1600. Cfr. F. Nocco, *Catalogo*, in F. Mastroberti, A. Trombetta (a cura di), *La Biblioteca "Gennaro Maria Monti"*, cit., p. 116.,

davanti a quello, un'altra cinquecentina<sup>65</sup>. Si tratta delle *Additiones super Decreto* dell'ebolitano Agostino Caravita<sup>66</sup>. Non sappiamo con precisione quando le *Additiones* – considerate evidentemente un utile complemento all'opera di Graziano – furono aggiunte al volume del *Decretum*. Ciò che possiamo dire con buon margine di certezza è che le due cinquecentine si trovano legate insieme almeno dalla metà del XVII secolo; a quest'epoca, infatti, pare ascrivibile la legatura pergamenea che caratterizza i quattro tomi del *Corpus*.

<sup>65</sup> A. Caravita, *Additiones super Decreto ad modum illustris ac celeberrimi iureconsulti Augustini Caravitae*, Giunta, Venezia 1600.

<sup>66</sup> Il Caravita nacque ad Eboli nella prima metà del XVI secolo. Dopo aver esercitato a lungo l'attività di avvocato venne nominato giudice del Sacro Regio Consiglio nel 1577. Dotto giurista, tanto in ambito civilistico quanto canonistico, scrisse delle *Additiones novae ad quasdam leges Codicis* e le citate *Additiones super Decreto*. Sul Caravita cfr. il classico L. Giustiniani, *Memorie storiche degli scrittori del Regno di Napoli*, Nella stamperia simoniana, Napoli 1787, t. I, pp. 216-217 e, recentemente, AaVv., *Studi e ricerche su Eboli*, Laveglia, Salerno 2002, p. 126.

Francesco Perchinunno

## IL REFERENDUM ABROGATIVO: THE DARK SIDE OF DEMOCRACY\*

### ABSTRACT

La recente tornata referendaria offre interessanti spunti di approfondimento sul *referendum* abrogativo e sulle sue criticità. Tra le principali ragioni della crisi di tale istituto di democrazia diretta, attestato dal mancato raggiungimento del quorum partecipativo previsto dalla carta costituzionale, vi anzitutto quella dell'inerzia del parlamento italiano su temi complessi che necessitano di riforme e per i quali il terreno più idoneo appare quello dell'iniziativa legislativa ordinaria. Vi è poi una ragione legata alle modalità di formulazione dei quesiti referendari, sempre più frequentemente caratterizzati da domande eterogenee e prive di una "matrice razionalmente unitaria" che di fatto impediscono "risposte consapevoli ed univoche". Il rischio è che il *referendum*, da uno strumento essenziale di democrazia diretta, possa trasformarsi gradatamente in un distorto strumento di democrazia rappresentativa.

The recent *referendum* session offers interesting insights into the abrogative *referendum* and its critical issues. Among the main reasons for the crisis of this institution of direct democracy, attested by the failure to reach the participation quorum envisaged by the constitutional charter, there is the inertia of the Italian Parliament on complex issues that need reforms for which the most suitable terrain is the ordinary legislative initiative. Moreover, there is a reason linked to the methods of formulation of the referendum questions, increasingly characterized by heterogeneous questions and without a "rationally unitary matrix" which in fact prevent "aware and unambiguous answers". The risk is that the *referendum*, from an essential instrument of direct democracy, could gradually transform into a distorted instrument of representative democracy.

### PAROLE CHIAVE

*Referendum* – principio democratico – Corte costituzionale

*Referendum* – principle of democracy – constitutional Court

SOMMARIO: 1. Premessa e delimitazione del tema. – 2. La recente tornata referendaria e le novità sulle modalità di raccolta delle firme. – 3. Le ragioni del *referendum* tra inerzia legislativa e principio di leale collaborazione. – 4. Criticità diffuse e zone d'ombra nel *referendum* sull'eutanasia legale. – 5. Limiti e ragioni ostative nel giudizio di ammissibilità referendaria. – 6. Brevi spunti di riflessione a margine della sentenza n.50/2022. – 7. Brevi considerazioni conclusive.

1. Il rinnovato interesse per le iniziative referendarie, attestato dalle recenti proposte (otto in totale) di *referendum*, si pone in evidente distonia con l'esito

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



dell'ultima tornata in materia di giustizia, se si considera che non è stato raggiunto il *quorum* degli aventi diritto per alcuno dei cinque quesiti che hanno superato il vaglio di ammissibilità registrandosi, tra l'altro, la più bassa affluenza in una consultazione referendaria<sup>1</sup>. Alla tornata del 12 giugno 2022 hanno partecipato, infatti, il 21% circa degli aventi diritto di voto, percentuale anche inferiore al *referendum* sulla legge elettorale del 2009 (23%) e più recentemente, all'iniziativa referendaria del 2016 sulle trivelle che aveva registrato la partecipazione popolare del 31%<sup>2</sup>.

La disamina sistematica degli esiti fallimentari delle iniziative referendarie induce nuovamente ad una riflessione in ordine alla proficuità del ricorso al *referendum*, sia quale strumento di modifica al vigente sistema normativo, sia quale rimedio

<sup>1</sup> In dottrina, l'istituto del *referendum* abrogativo e lo studio della giurisprudenza in tema di limiti all'ammissibilità delle richieste referendarie hanno dato vita a numerosi, intensi e diversificati dibattiti. Si è ragionato, tanto in ordine alle cause del complessivo ridimensionamento che, sia pur con qualche oscillazione, per lungo tempo ha contraddistinto lo strumento referendario. Interessanti spunti in F. Modugno, *Corte costituzionale e referendum abrogativo - anno 2015*, in *Federalismi*, Editoriale Focus Fonti del diritto n. 2, 05/06/2015. Per un inquadramento preliminare sull'istituto in esame, cfr., *ex multis*, M. Luciani, *Articolo 75 - Il referendum abrogativo*, in *Comm. Cost.*, (a cura di) G. Branca e A. Pizzorusso, Bologna - Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 2005, p. 1 ss., Bologna 2005; G.M. Salerno, *Il Referendum*, Cedam, Padova 1992; A. Barbera, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum*, Mulino, Bologna 2003, P. Carnevale, *Il Referendum abrogativo e i limiti alla sua ammissibilità nella giurisprudenza costituzionale*, Cedam, Padova 1992; più recentemente, A. Morrone, *La Repubblica dei referendum. Una storia costituzionale e politica (1946-2022)*, Mulino, Bologna 2022. (inserire luogo edizione)

<sup>2</sup> Con riferimento all'ultima iniziativa referendaria in tema di giustizia, i quesiti sono stati promossi dai Radicali, dalla Lega e da nove consigli regionali (Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Sicilia, Umbria, Veneto): il primo e il secondo quesito riguardano la "responsabilità civile dei magistrati" e la "separazione delle carriere", mentre il terzo verte in tema di "custodia cautelare". Il quarto *referendum* sulla giustizia è finalizzato all'abolizione della legge Severino nella parte in cui prevede la sanzione accessoria dell'incandidabilità e del divieto di ricoprire cariche elettive e di governo dopo una condanna definitiva; il quinto quesito riguarda il requisito della raccolta firme per il magistrato che intende candidarsi al Consiglio superiore della magistratura ed il sesto ed ultimo concerne la valutazione dei magistrati, in particolare sugli organi che hanno il compito di valutare l'operato dei magistrati e che possono essere composti anche da membri non togati che però ad oggi non possono esercitare il diritto di voto sulle valutazioni dei magistrati, diritto assegnato ai soli membri togati. Differente matrice, poi, si coglie nel *referendum* sull'eutanasia legale (su cui si tornerà in seguito) che ha proposto l'abrogazione di quella parte dell'articolo 579 del codice penale che punisce l'omicidio di una persona consenziente, dando spazio e legittimazione – fatta eccezione per le ipotesi in cui è compiuta contro una persona incapace, un minorenne o un individuo a cui il consenso sia stato estorto – all'eutanasia attiva che si compie con la somministrazione del farmaco necessario a morire, attualmente vietata in Italia. Infine, al vaglio di ammissibilità è stata sottoposta la proposta di *referendum* sulla cannabis il cui obiettivo era quello di abrogare parte del Testo Unico in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope andando ad incidere, sia sul piano della rilevanza penale, sia su quello delle sanzioni amministrative, su una serie di condotte riconducibili alla disciplina sulle droghe. In ordine alla prima, la finalità perseguita era quella di depenalizzare la coltivazione ed eliminare la custodia cautelare in carcere per qualsiasi condotta illecita relativa alla cannabis, trasformando la pena finale applicata in concreto, da detentiva a pecuniaria, fatta eccezione per le condotte associative finalizzate al traffico illecito; quanto, poi, ai profili sanzionatori amministrativi, l'obiettivo era di elidere la sanzione della sospensione della patente di guida e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori, attualmente previste per tutte le condotte finalizzate all'uso personale di qualsiasi sostanza stupefacente o psicotropa.

all'imperversante e diffuso clima di insoddisfazione dell'opinione pubblica nei confronti dei propri rappresentanti<sup>3</sup>. L'accennato dato statistico avvalorava le perplessità cui si è fatto cenno e il dato incontrovertibile del mancato raggiungimento del quorum previsto dalle vigenti disposizioni costituzionali non fanno che attestare il diffuso senso di sfiducia e il crescente distacco che si è generato tra corpo elettorale e rappresentanza politica, pur sussistendo anche altri fattori di delegittimazione dello strumento referendario.

Si pensi, ad esempio, alla opportunità o meno di investire il corpo elettorale di tematiche spesso pregne di tecnicismo giuridico e di complesso contenuto lessicale e che implicano contemporaneamente tra le altre, valutazioni socio-culturali, giuridiche, etico-religiose e politico-economiche. Tali ragioni legate alla oggettiva difficoltà di richiedere una consultazione popolare su tematiche complesse e di non facile soluzione, appaiono avvalorate dal ricorso a metodologie poco lineari ed accessibili. Si allude alla necessaria sussistenza dei requisiti indicati dalla giurisprudenza costituzionale che dovrebbero indurre i promotori a formulare quesiti "chiari e univoci" per agevolare l'approccio del cittadino alle tematiche in discussione e consentire l'approdo ad una scelta quanto più ragionata e consapevole.

Vi è poi una ragione legata alle modalità di formulazione dei quesiti, sempre più frequentemente caratterizzati da domande eterogenee e prive di una "matrice razionalmente unitaria" che di fatto impediscono "risposte consapevoli ed univoche". Il *referendum* da "uno strumento essenziale di democrazia diretta" si è gradatamente trasformato in un "distorto strumento di democrazia rappresentativa".

2. Tra le particolarità dell'intensa stagione della recente referendaria occorre registrare che per la prima volta la raccolta di firme, oltre che nel modo tradizionale, è stata consentita anche attraverso il Sistema Pubblico di Identità Digitale (SPID), con evidente semplificazione del processo di raccolta delle firme. Il metodo alternativo di reperimento delle firme potrebbe aver inciso sui dati finali contribuendo – soprattutto in una fase emergenziale – al raggiungimento delle soglie numeriche necessarie e i requisiti indicati dall'art. 75 cost. e dalla legge 25 maggio 1970, n. 352.

<sup>3</sup> Nel primo numero di questa Rivista, approssimandosi l'iniziativa referendaria finalizzata all'abrogazione della legge elettorale n.270/2005, ci si poneva analoghi interrogativi, sul presupposto che gli esiti delle tornate referendarie rivelano l'oggettiva perplessità che caratterizza oggi detta iniziativa che, pur conservando la sua natura democratica, se utilizzato nelle forme meno conformi al dettato costituzionale (e alla ormai consolidata giurisprudenza costituzionale), rischia di accentuare il divario e la disgregazione in corso, ma soprattutto di non conseguire gli obiettivi generati dal crescente disordine normativo (in alcuni casi anche dai denunciati vuoti legislativi). Sia consentito rinviare, in tal senso, a F. Perchinunno, *Rilievi in tema di ammissibilità del referendum abrogativo*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Taranto*, Cacucci, Bari 2012, p471 ss.

Il più suffragato, quanto a numero di firme raccolte, è quello sull'eutanasia, avendo raccolto le sottoscrizioni di 1,24 milioni di italiani<sup>4</sup>, mentre il *referendum* sulla *cannabis* ha registrato il dato di 630 mila<sup>5</sup>, tutte raccolte esclusivamente con il nuovo metodo della "firma *online*" cui si è fatto ricorso, con particolare celerità, alla luce dei risultati ottenuti con l'utilizzo dello Spid per la raccolta firme sull'eutanasia<sup>6</sup>.

Per inciso, insieme alle altre, era stata avanzata un'ulteriore proposta referendaria finalizzata all'abolizione della caccia (divieto per qualsiasi attività venatoria) che pur avendo superato la soglia necessaria di firme (520 mila, con 74 mila in formato digitale) è stata dichiarata (ordinanza della Corte di cassazione 15.12.2021, in ossequio al disposto di cui all'art. 32 della legge n. 352 del 1970) non conforme a quanto sancito dall'art. 75 cost., poiché non appoggiata dalle firme di almeno 500.000 elettori<sup>7</sup>.

I sei *referendum* sulla giustizia, promossi dalla Lega e dal Partito Radicale, sono riusciti a raccogliere una media di 700 mila firme, ma in realtà sono poi passati da un'altra strada. A farne richiesta sono infatti stati i consigli regionali di Basilicata, Friuli-Venezia Giulia, Liguria, Lombardia, Piemonte, Sardegna, Sicilia, Umbria e Veneto (tutte regioni governate dal centrodestra)<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> L'Ufficio centrale per il *referendum* istituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza 15 dicembre 2021, ha dichiarato conforme a legge la richiesta di *referendum* abrogativo (eutanasia) – con denominazione: «*Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente)*» (il corsivo si usa solo per espressioni straniere e latine. Fare uso, eventualmente, delle virgolette secondo i criteri). Il quesito posto al vaglio è il seguente: «Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398, comma I limitatamente alle seguenti parole "la reclusione da sei a quindici anni; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole "Si applicano"?».

<sup>5</sup> L'Ufficio centrale per il *referendum*, in data 12 gennaio 2022, dopo la verifica sulle firme raccolte dal Comitato promotore, ha dato il via libera anche al *referendum* sulla cannabis. Dal seguente tenore «Volete voi che sia abrogato il Decreto del Presidente della Repubblica del 9 ottobre 1990, n. 309, avente ad oggetto "Testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza", limitatamente alle seguenti parti: Articolo 73, comma 1, limitatamente all'inciso "coltiva"; Articolo 73, comma 4, limitatamente alle parole "la reclusione da due a 6 anni e"; Articolo 75, limitatamente alle parole "a) sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni;"?» (il corsivo si usa solo per espressioni straniere e latine. Fare uso, eventualmente, delle virgolette secondo i criteri).

<sup>6</sup> L'istituto del *referendum* ha conosciuto una significativa espansione attraverso la digitalizzazione della fase della formazione della richiesta operata dall'art. 38 quater, L. 29 luglio 2021, n. 108 di conversione del d.l. 31 maggio 2021, n. 7. Sul punto, cfr. P. Inturri, *Pandemia e compressione dei diritti fondamentali: l'eccezione del referendum*, in *Federalismi.it*, Focus - La tenuta dello stato costituzionale ai tempi dell'emergenza da Covid-19. Profili giuridico-finanziari", fasc. n.3/2023, p. 228 ss.

<sup>7</sup> L'Ufficio centrale per il *referendum* istituito presso la Corte di cassazione, con ordinanza non definitiva del 29 novembre 2021, preso atto che non era stata raggiunta la soglia dei 500.000 elettori, aveva concesso termine sino al 10 dicembre 2021 per l'eventuale deposito di memorie e conclusioni scritte intese a contestare l'esistenza di detta circostanza; decorso invano detto termine, non essendo stata raggiunta la soglia indicata dall'art. 75 della costituzione, ha rilevato che la richiesta referendaria non è conforme a legge, con nuova ordinanza 15 dicembre 2021.

<sup>8</sup> L'Ufficio centrale per il *referendum*, con ordinanze (tutte) rese in data 29 dicembre 2021, ha dichiarato conformi ai requisiti previsti dalla legge 25 maggio 1970, n. 352, e seguenti richieste di *referendum*:

«Limitazione delle misure cautelari: abrogazione dell'ultimo inciso dell'art. 274, comma 1, lett. c), codice di procedura penale, in materia di misure cautelari e, segnatamente, di esigenze cautelari, nel processo penale» (correggere corsivo ed inserire, eventualmente virgolette secondo i criteri; controllare in parti simili nelle note) e sul seguente quesito: «Volete voi che sia abrogato il decreto del Presidente della Repubblica 22 settembre 1988, n. 447 (Approvazione del codice di procedura penale) risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: art. 274, comma 1, lett. c), limitatamente alle parole: "o della stessa specie di quello per cui si procede. Se il pericolo riguarda la commissione di delitti della stessa specie di quello per cui si procede, le misure di custodia cautelare sono disposte soltanto se trattasi di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a quattro anni ovvero, in caso di custodia cautelare in carcere, di delitti per i quali è prevista la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni nonché per il delitto di finanziamento illecito dei partiti di cui all'art. 7 della legge 2 maggio 1974, n. 195 e successive modificazioni"?». L'ufficio ha poi dichiarato conforme la richiesta di *referendum* denominata "Abrogazione del Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi" e sul seguente quesito: «Volete voi che sia abrogato il decreto legislativo 31 dicembre 2012, (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1, comma 63, legge 6 novembre 2012, n. 190)?». Alla stregua delle precedenti proposte referendarie, quella denominata "Abrogazione del Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi", caratterizzata dal seguente quesito: «Volete voi che sia abrogato il decreto legislativo 31 dicembre 2012, (Testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo conseguenti a sentenze definitive di condanna per delitti non colposi, a norma dell'art. 1, comma 63, legge 6 novembre 2012, n. 190)?». Altra iniziativa, dichiarata conforme, quella denominata: "Partecipazione dei membri laici a tutte le deliberazioni del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e dei Consigli giudiziari. Abrogazione di norme in materia di composizione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e dei Consigli giudiziari e delle competenze dei membri laici che ne fanno parte" e sul seguente quesito: «Volete voi che sia abrogato il Decreto Legislativo 27 gennaio 2006, n. 25 (Istituzione del Consiglio direttivo della Corte di cassazione e nuova disciplina dei Consigli giudiziari, a norma dell'articolo 1, comma 1, lettera c) della legge 25 luglio 2005 n. 150), risultante dalle modificazioni e integrazioni successivamente apportate, limitatamente alle seguenti parti: art. 8, comma 1, limitatamente alle parole "esclusivamente" e "relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 7, comma 1, lettere art. 16, comma I, limitatamente alle parole: "esclusivamente" e "relative all'esercizio delle competenze di cui all'articolo 15, comma 1, lettere a), d) ed e) ")?». Altra proposta che ha superato il vaglio di conformità, intitolata: "Responsabilità civile diretta dei magistrati: abrogazione di norme processuali in tema di responsabilità civile dei magistrati per danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie", il cui quesito è il seguente: «Volete voi che sia abrogata la Legge 13 aprile 1988, (Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad essa successive limitatamente alle seguenti parti: art. 2, comma 1, limitatamente alle parole "contro lo Stato"; art. 4, comma 2, limitatamente alle parole "contro lo Stato"; art. 6, comma 1, limitatamente alle parole "non può essere chiamato in causa ma"; art. 16, comma 4, limitatamente alle parole "in sede di rivalsa, art. 16, comma 5, limitatamente alle parole "di rivalsa ai sensi dell'articolo 8"?». Infine, il *referendum* denominato: "Abrogazione di norme in materia di elezioni dei componenti togati del Consiglio Superiore della Magistratura", sul seguente quesito: «Volete voi che sia abrogata la legge 24 marzo 1958, n. 195 (Norme sulla costituzione e il funzionamento del Consiglio Superiore della Magistratura), nel testo risultante dalle modificazioni e integrazioni ad esso successivamente apportate, limitatamente alla seguente parte: articolo 25, comma 3, limitatamente alle parole "unitamente ad una lista di magistrati presentatori non inferiore a venticinque e non superiore a cinquanta. I magistrati presentatori non possono presentare più di una candidatura in ciascuno dei collegi di cui al comma 2 dell'art. 23, né possono candidarsi a loro volta"?».

I sei quesiti riguardano la riforma del Consiglio superiore della magistratura, la responsabilità diretta dei magistrati e la loro valutazione, la separazione delle carriere, i limiti agli abusi della custodia cautelare e l'abolizione del decreto legislativo 31 dicembre 2012, n. 235 (c.d. decreto Severino).

L'introduzione della nuova disciplina della sottoscrizione elettronica per le tornate referendarie e per le proposte di legge di iniziativa popolare, si va a conformare alle previsioni della legge di bilancio 2021 che aveva disposto l'istituzione di una piattaforma per la raccolta delle firme digitali<sup>9</sup>. Con una norma transitoria si era sancito – con decorrenza dal 1° luglio 2021 e fino alla data di operatività della piattaforma – che la raccolta delle firme necessarie per uno dei *referendum* di cui agli articoli 75, 132 e 138 della costituzione, nonché per la raccolta dei progetti di legge, fosse consentita anche mediante documento informatico, sottoscritto con firma elettronica qualificata<sup>10</sup>.

Le richiamate recenti modifiche hanno consentito l'estensione dell'ambito di operatività della piattaforma anche alle procedure di raccolta delle firme degli elettori da effettuare anche mediante SPID e sistemi analoghi per i *referendum* previsti dagli articoli 75 (abrogativo), 132 (variazioni territoriali) e 138 (revisione costituzionali) della costituzione e per la proposta dei progetti di legge di iniziativa popolare (articolo 71 della costituzione). Il diritto di voto è inglobato in un complesso e articolato quadro evolutivo finalizzato alla semplificazione dei criteri di accesso e di esercizio del diritto stesso; la piattaforma acquisisce i dati dei promotori e rende disponibile alla sottoscrizione la proposta di *referendum* che viene inviata all'Ufficio centrale per il *referendum* cui compete la verifica della validità delle firme raccolte elettronicamente<sup>11</sup>.

Nella passata legislatura si sono registrate diverse iniziative legislative relative alla promozione del voto elettronico, presentate anche alla luce delle indicazioni dell'Unione europea al riguardo, in linea con gli indirizzi per la trasformazione digitale dell'Europa entro il 2030. Tra gli obiettivi, quello di garantire che entro il 2030 la vita

<sup>9</sup> La l. 30 dicembre 2020, n. 178, “Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2021 e bilancio pluriennale per il triennio 2021-2023” (in GU n.322 del 30-12-2020 - Suppl. Ordinario n. 46) è stata varata con il precipuo fine di contribuire a rimuovere gli ostacoli che impediscono la piena inclusione sociale delle persone con disabilità e di garantire loro il diritto alla partecipazione democratica, attraverso la realizzazione di una piattaforma di raccolta delle firme digitali da utilizzare per gli adempimenti connessi al voto referendario.

<sup>10</sup> Si tratta del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (in G.U. - Serie generale - n. 129 del 31 maggio 2021), coordinato con la legge di conversione 29 luglio 2021, n. 108, recante: «Governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure». Nello specifico, nel titolo dedicato alla “transizione digitale”, è inserito l'art. 38-quater che ha recentemente disciplinato innovative: “Misure di semplificazione per la raccolta di firme digitali tramite piattaforma o strumentazione elettronica ai fini degli adempimenti di cui agli articoli 7 e 8 della legge 25 maggio 1970, n. 352”.

<sup>11</sup> Le misure adottate che originariamente riguardavano esclusivamente le elezioni del 2021, sono state prese nuovamente in considerazione in ragione della perduranza del quadro epidemiologico connesso alla diffusione del Covid-19, con l'obiettivo di assicurare il necessario distanziamento sociale nell'ambito delle operazioni di votazione in questione.

democratica e i servizi pubblici online siano completamente accessibili a tutti, comprese le persone con disabilità, anche attraverso il voto elettronico che dovrebbe incoraggiare ad una maggiore partecipazione dei cittadini alla vita democratica. Allo stesso tempo è stata avviata, come detto, la digitalizzazione di alcune fasi del procedimento preparatorio per le consultazioni elettorali e referendarie.

3. Le ragioni sottese all'ultima stagione referendaria sono molteplici e altrettanto estesi e differenziati sono gli ambiti che investono le iniziative in corso: dall'eutanasia legale alla giustizia, fino alla legalizzazione della coltivazione della *cannabis*. L'improvviso risveglio non può ritenersi casuale<sup>12</sup>. Ed infatti, il rinnovato interesse verso il *referendum* abrogativo da parte di associazioni, partiti, comitati e degli stessi cittadini può trovare spiegazione anzitutto nell'esigenza di regolamentare delicate tematiche sempre più dibattute nell'attualità, a fronte di una denunciata (diffusamente) inerzia del parlamento italiano. Negli ultimi anni sono in effetti numerose le iniziative legislative sollecitate sia dalle proposte di matrice popolare, sia dagli interventi della Consulta in seno a giudizi incidentali di costituzionalità a fronte di una lenta risposta o di un prolungato silenzio del parlamento.

Si pensi, fra tutti, al delicato e complesso tema dell'eutanasia, da tempo al centro del dibattito civile e delle iniziative di riforma popolari e non di rado oggetto di decisioni dei giudici di merito e di legittimità, sino alle recenti declaratorie della Corte costituzionale, investita solo su parte della più vasta e articolata problematica, ossia in ordine ai profili di legittimità costituzionale di norme penali afferenti al "suicidio assistito".

Il fenomeno che è sotteso alle frequenti e diffuse sollecitazioni può sintetizzarsi nel principio costituzionale di leale collaborazione tra poteri dello Stato, più volte evocato dalla stessa Consulta nelle pronunce adottate, spesso interlocutorie ed in materia penale, per lasciar spazio al parlamento e consentire l'adozione di ogni opportuna riflessione e iniziativa, quanto più celere<sup>13</sup>. Nell'occasione, la Corte ha fatto ricorso al rinvio della decisione "a data fissa" e alla tecnica della "*doppia pronuncia*", richiamando appunto lo "spirito di leale collaborazione istituzionale" che deve contraddistinguere il rapporto tra il giudice delle leggi e il parlamento, in particolare se al vaglio della Corte si pongono materie legislative – al centro dei dibattiti e delle dinamiche politiche e culturali, caratterizzate da un elevato grado di sensibilità e

<sup>12</sup> Sul fenomeno della crisi del *referendum* e della perdita di democraticità dell'istituto, si è ampiamente dibattuto. Sia consentito rinviare alle riflessioni di; *Id.*, *Legittimità costituzionale del referendum: problemi applicativi*, *ibidem*, 2008, pp. 211-220.

<sup>13</sup> Si allude alle ordinanze di "incostituzionalità accertata ma non dichiarata" in tema di suicidio assistito (n. 207/18), diffamazione di stampo giornalistico (n. 132/2020) ed ergastolo ostativo (n. 97/2021). Sul punto, volendo, F. Perchinunno, *Riflessioni a prima lettura sull'ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 2/2020, pp. 206-222; *Id.*, *Prime riflessioni sull'ordinanza n.97/2021 della Corte costituzionale*, *ibidem*, Focus "Human Rights", n.1/2021, pp. 197-221.

strettamente correlate a diritti inviolabili e libertà costituzionali – in ordine alle quali, il terreno più idoneo appare quello dell’iniziativa legislativa ordinaria<sup>14</sup>.

Appare indubbio che il principio richiamato estenda i propri effetti anche al rapporto che intercorre tra potere legislativo e potere di iniziativa referendaria, sol che si consideri il dettato normativo di cui all’art. 75 cost., sempre che i quesiti proposti non vadano ad incidere sul *referendum* “abrogativo”, trasformandolo di fatto in “propositivo” o generando anomale alterazioni della normativa di risulta, tali da impedire che la stessa possa essere, all’esito del *referendum* stesso, autoapplicativa<sup>15</sup>.

La situazione di stallo – certamente aggravata dalle recenti restrizioni pandemiche che hanno di fatto rallentato o addirittura sospeso le normali attività politiche – ha sicuramente influito sulla scelta di ricorrere, a più riprese e su più fronti, allo strumento referendario, con l’obiettivo sia pur solo parziale, ma spesso prodromico a successivi, necessari interventi di riforma, per lo meno al fine di rendere organica ogni singola materia posta sotto la scure del *referendum*.

Allo stesso modo, può aver sortito ulteriori effetti auspicati dai promotori dell’ultima tornata, il ricorso alla firma elettronica e la possibilità di raccogliere

<sup>14</sup> La Corte ha già esplicitato (cfr. Relazione sull’attività della Corte costituzionale nel 2019 del Presidente della Corte costituzionale del 28 aprile 2020 in *cortecostituzionale.it*.) le ragioni sottese alla scelta della “doppia pronuncia”, evidenziando la necessità di rafforzare il dialogo della stessa Corte con il Legislatore. «...La tecnica della decisione “in due tempi”, emersa già in occasione della vicenda del caso Cappato, in materia di “fine vita”, può ritenersi quale “sperimentazione di una nuova via processuale al medesimo scopo di contemperare il rispetto della discrezionalità del legislatore e la necessaria garanzia dei principi costituzionali”.... ». Il profilo di innovatività della tecnica processuale in esame si è ispirato ad alcune esperienze tratte dal diritto comparato (Corte suprema canadese e dalla Corte suprema del Regno Unito) – come emerso nella parte motiva della precitata ordinanza n.207 del 2018 – al fine di contemperare l’esigenza di rimuovere un vizio di incostituzionalità dalla disposizione dell’art. 580 c.p. e lasciare in primis al legislatore lo spazio per intervenire in una materia altamente sensibile, al centro dei dibattiti e delle dinamiche politiche e culturali. Si rinvia, in dottrina, a: A. Ruggeri, *Fraintendimenti concettuali e utilizzo improprio delle tecniche decisorie nel corso di una spinosa, inquietante e ad oggi non conclusa vicenda a margine di Corte cost. ord. n. 207 del 2018*, in *Consulta Online*, 2019, fasc. I (Estr.) 21 febbraio 2019, p. 92 ss.; *Id.*, *Replicato, seppur in modo più cauto e accorto, alla Consulta lo schema della doppia pronuncia inaugurato in Cappato (nota minima a margine di Corte cost. n. 132 del 2020)*, ibidem, 2020, fasc. II, (Estratto), 9 luglio 2020; A. Morrone (a cura di), *Il “caso Cappato” davanti alla Corte costituzionale*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it), 2018, p.10 ss.; C. Bottari, *Consenso informato e testamento biologico*, in *Aa.Vv.*, *Diritto amministrativo e società civile*, Volume I - Studi introduttivi, Bologna, Bononia University Press, 2018, pp.649- 662.; R. Pinardi, *La Corte ricorre nuovamente alla discussa tecnica decisionale inaugurata col caso Cappato*, in *Forum Quad. cost.*, n.3/2020, p. 103 ss.; E. Grosso, *Il rinvio a data fissa nell’ordinanza n. 207/2018. Originale condotta processuale, nuova regola processuale o innovativa tecnica di giudizio?*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 543; M. Picchi, *Un nuovo richiamo allo spirito di leale collaborazione istituzionale nel rispetto dei limiti delle reciproche attribuzioni: brevi riflessioni a margine dell’ordinanza n. 132/2020 della Corte costituzionale*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc.3/2020, p. 1411 ss.; volendo, a F. Perchinunno, *Riflessioni a prima lettura sull’ordinanza n.132/2020 della Corte costituzionale*, cit., spec. p. 214.

<sup>15</sup> Giova richiamare la definizione operata dalla Corte costituzionale (sent. n. 118/2015) circa l’istituto in esame, quale «strumento di raccordo tra il popolo e le istituzioni rappresentative...anche quando non produce effetti giuridici immediati sulle fonti del diritto, il *referendum* assolve alla funzione di avviare, influenzare o contrastare processi decisionali pubblici, per lo più di carattere normativo...».

adesioni ai singoli *referendum* proposti tramite l'uso di firme elettroniche, dello SPID, modalità ritenute di recente equivalenti al consenso espresso con una firma cartacea, pur se è lecito ipotizzare in futuro la Corte di cassazione e la Corte costituzionale potrebbero essere (potenzialmente) sommerse di richieste referendarie proprio in considerazione dell'evidente semplificazione del procedimento di raccolta firme<sup>16</sup>.

4. Tornando al tema centrale ed ai rilievi in ordine alla limitata corresponsione delle iniziative referendarie al principio di democraticità (oltre alla frequente assenza di rispondenza dei quesiti referendari ai vigenti principi normativi e agli univoci e dettagliati canoni giurisprudenziali) è sufficiente porre sotto la lente di ingrandimento, a titolo esemplificativo, il recente quesito in tema di “omicidio del consenziente” (art. 579 c.p.), finalizzato all'inserimento nel nostro ordinamento della c.d. “eutanasia legale”. Il primo dato emerso è stato quello della tenuta della identità e della natura dello strumento referendario, essendo apparso evidente, dalla semplice lettura del quesito e del contesto normativo da cui è stato estrapolato, quale avrebbe potuto essere la normativa di risulta e quali le conseguenze che simile operazione avrebbe comportato<sup>17</sup>.

I rilievi che sono stati formulati dalla dottrina, già prima del vaglio operato dalla Consulta, afferivano sia a profili formali che materiali. Dal punto di vista formale, l'operazione chirurgica sulla norma in esame è apparsa a dir poco azzardata, avendo posto in collegamento disposizioni diverse tra loro, sia per contenuto prescrittivo che per finalità; la *ratio* del primo comma dell'art. 579 c.p., infatti, si offre come eccezione alla regola generale sull'omicidio sancito dall'art. 575 c.p., attraverso la previsione di un affievolimento di pena per tutte le condotte dell'omicidio del consenziente. Nel secondo comma, poi, è sancito il divieto di applicazione delle aggravanti comuni (art. 61 c.p.), mentre al terzo comma è disciplinata una deroga all'eccezione indicata nel

<sup>16</sup> Il parlamento è tornato ad occuparsi dei *referendum* abrogativi. Ampiamente dibattute – grazie ai numerosi contributi offerti dalla dottrina – le abbinare proposte A.C. 726 (Ceccanti ed altri) e A.C. 1173 (D'Uva ed altri) di modifica dell'articolo 71 della costituzione nella parte in cui disciplina l'iniziativa legislativa popolare, tramite l'introduzione di una procedura ‘rinforzata’ che si può concludere, al verificarsi di alcune condizioni, con lo svolgimento di una consultazione referendaria.

Cfr. A. Morrone, *Audizione presso la Camera dei deputati, (I commissione - Affari costituzionali), sulle proposte di legge cost. n. 726 (Ceccanti e altri) e n. 1173 (D'Uva e altri)*, in [www.riformeistituzionali.gov.it/it/audizioni-informali-ac-117](http://www.riformeistituzionali.gov.it/it/audizioni-informali-ac-117). ID., (Editoriale) *L'iniziativa popolare propositiva: per una democrazia plebiscitaria contro la democrazia rappresentativa?*, in questa Rivista, n. 23/2018; ID., *Crisi del parlamentarismo e iniziative*, ibidem, n.3/2019 (numero speciale), pp. 257-261; A. Morelli, *Il referendum propositivo: un'analisi costi-benefici*, ibidem, n. 6/2019.

<sup>17</sup> Il quesito recitava testualmente: “Volete voi che sia abrogato l'art. 579 del codice penale (omicidio del consenziente) approvato con regio decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, comma 1 limitatamente alle seguenti parole «la reclusione da sei a quindici anni.»; comma 2 integralmente; comma 3 limitatamente alle seguenti parole «si applicano?»”. Cfr., A. Morrone, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, in *La via referendaria al fine vita. Ammissibilità e normativa di risulta del quesito sull'art. 579 c.p.*, atti del Seminario Ferrara, 26 novembre 2021, a cura di G. Brunelli, A. Pugiotto, P. Veronesi, in *Forum di quaderni costituzionali* (Rassegna), fasc. n. 1 del 2022, p. 165 ss.



primo comma, con la previsione dell'applicazione delle norme sull'omicidio doloso, qualora il fatto sia commesso contro persone che il legislatore ritiene non possano aver manifestato correttamente il proprio consenso (i cd. soggetti vulnerabili).

Al di là dei dubbi che si sono immediatamente appalesati, in relazione ai criteri introdotti dalla sentenza n.16/1978 (e dalle successive decisioni ad essa correlate)<sup>18</sup>, tali da rendere problematica di volta in volta la previsione circa gli esiti referendari – incognite cui non si è sottratta certamente l'iniziativa in esame – il quesito ha implicato concreti profili di criticità per la tecnica adottata di cesura chirurgica e saldatura delle residue disposizioni.

Il quesito si è esposto ad una declaratoria di inammissibilità, anzitutto a causa del suo carattere propositivo che lo rende estraneo alla funzione meramente abrogativa assegnata all'istituto di democrazia diretta previsto dall'art. 75 cost.; l'intervento operato sul testo vigente dell'art. 579 c.p. facendo ricorso alla tecnica del ritaglio, ovvero chiedendo l'abrogazione, quanto all'indicata porzione del comma primo, tendeva ad ottenere, per effetto della saldatura dei brani linguistici che permangono, un insieme di precetti normativi aventi altro contenuto rispetto a quello originario. Si tratta di una tecnica finalizzata anch'essa ad un'abrogazione parziale della legge, non di per sé causa di inammissibilità del quesito (*ex plurimis*, Corte Cost., n. 26/2017 e n. 28 del 2011), talvolta anche necessaria per consentire la riesplorazione di una compiuta disciplina già contenuta *in nuce* nel tessuto normativo, ma compressa per effetto dell'applicabilità delle disposizioni oggetto del *referendum* (cfr. Corte Cost., n. 16 e n. 15 del 2008, n. 34 e n. 33 del 2000, n. 13 del 1999).

Nel caso di specie, tuttavia, si è assistito ad un'operazione di alterazione della struttura linguistica della disposizione, generatrice di un assetto normativo sostanzialmente nuovo in grado, potenzialmente, di realizzare uno stravolgimento della natura e della funzione propria del *referendum* abrogativo. L'intervento avrebbe portato ad una trasformazione delle condotte – oggi sanzionate penalmente – in condotte lecite, a tal punto che l'uccisione di un altro individuo, ottenuto il suo consenso, fatte salve le

<sup>18</sup> Tra le cause più frequenti dell'esito fallimentare delle recenti iniziative referendarie, infatti, deve anzitutto annotarsi quella correlata ai criteri utilizzati nella formulazione dei quesiti e la dichiarata distonia con le indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale nella nota pronuncia n. 16/1978. L'individuazione di categorie di leggi a carattere costituzionalmente obbligatorio, ovvero essenziali per il funzionamento dell'ordinamento democratico o talmente vincolate ai precetti costituzionali da essere intangibili allo strumento referendario (almeno alle proposte abrogative totali) si è offerta come un'occasione per evidenziare che esistono valori di ordine costituzionale (senza tempo), riconducibili alle strutture o ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, anche al di là della stessa lettera dell'art. 75 secondo comma cost. Per una completa analisi dei profili connessi alla ben nota sentenza del '78, *ex multis*, G. Azzariti, *Il "modello" della sentenza n. 16 del 1978 e il carattere abrogativo del referendum: un ritorno al futuro?*, in *Costituzionalismo.it*, 2005, n. 2; I. Nicotra, *Le zone d'ombra nel giudizio di ammissibilità del referendum abrogativo*, Atti del Convegno "Le zone d'ombra della giustizia costituzionale. I giudizi sui conflitti di attribuzione e sull'ammissibilità del referendum abrogativo", Giappichelli, Torino, p. 229 ss., 2007.

ipotesi di cui all'ultimo comma (soggetti "vulnerabili") sarebbe divenuta non più punibile, ma lecita.

Dal punto di vista materiale, è stato affermato, dall'accennata natura propositiva e non più solamente abrogativa consegue che il quesito referendario è trasformato in un potere normativo che riguarda in termini positivi la politica criminale, in aperta violazione della riserva di legge assoluta stabilita, dall'art. 25, c. 2, cost., a favore degli organi dell'indirizzo politico<sup>19</sup>. L'iniziativa dei promotori non avrebbe inciso, infatti, sull'abrogazione di una disposizione penale, ma avrebbe trasformato la scelta punitiva conservando, all'esito del ritaglio referendario, la sola fattispecie di punibilità a tutela dei c.d. vulnerabili, così introducendo, quale regola generale, quella della liceità dell'omicidio nelle ipotesi di dichiarato consenso da parte della vittima. Fondamentalmente si tratta di un'operazione tesa al sovvertimento di tutta la *ratio* della norma in esame, in evidente collisione con i principi generali del codice penale vigente e dell'intero ordinamento giuridico, posti a tutela – in ossequio ai principi costituzionali – della vita umana.

I rilievi espressi in sintesi inducono a ritenere che il *referendum* "sull'eutanasia legale" si è presentato con misura eccedente rispetto all'argine del "costituzionalmente consentito", andando a snaturare nella forma e nella sostanza l'istituto in esame<sup>20</sup>. In buona sostanza, il recente vaglio di ammissibilità avrebbe dovuto superare un limite, per molti versi invalicabile, contenuto nell'obiettivo di rendere lecito l'omicidio del consenziente (senza limiti e controlli), ma in forza dell'esclusivo consenso della vittima, realizzando un intervento di chirurgia normativa difficilmente consentita allo stesso legislatore, anzitutto per le norme costituzionali poste a protezione del bene vita. Ciò lascia margini di dubbio, inducendo ulteriormente a inquadrare anche il *referendum* in esame tra quelli "di tipo propositivo" e a ritenere che lo stesso sia andato ben oltre i limiti che la stessa giurisprudenza costituzionale ha delineato ormai da tempo, in tema di limiti soggettivi e oggettivi all'iniziativa popolare referendaria.

5. La già menzionata iniziativa referendaria si presta ad altre considerazioni strettamente correlate al tema oggetto di disamina. Ed infatti, l'iniziativa in esame, oltre a generare il concreto rischio di un pericoloso deragliamento dai binari costruiti dalla

<sup>19</sup> A. Morrone, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, cit., spec. p. 166.

<sup>20</sup> A. Morrone, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, cit., p. 167. «...Basti solamente fare una verifica comparatistica, per accertare facilmente che in nessun ordinamento statale raffrontabile sussiste una disposizione analoga a quella che si vorrebbe introdurre con il *referendum* presente. Le legislazioni esistenti sulla cd. eutanasia – che rappresentano pur sempre un'eccezione – e anche quelle più spinte (Olanda, Spagna, Portogallo), partono dal valore della vita umana al fine di rintracciare delle fattispecie, in genere coincidenti con situazioni-limite, in cui rendere possibile il commiato da questo mondo in maniera scrupolosa e misurata, passando attraverso procedure specifiche, svolte in ambienti sanitari e sotto il fondamentale controllo del medico, e, certamente, non lasciate affatto alla completa disponibilità del soggetto privato...».

vigente normativa sul *referendum* abrogativo, è apparsa sin da subito in evidente distonia con l'orientamento espresso sul *thema decidendum*, di recente, dalla stessa Corte costituzionale<sup>21</sup>. Nell'occasione, la Consulta non ha compiuto alcun percorso argomentativo finalizzato alla depenalizzazione dell'aiuto al suicidio, essendosi limitata ad intervenire sulla parte in cui la norma censurata non escludeva la punibilità del soggetto che agevoli (rispettando i limiti indicati dalla legge n. 219/2017) l'esecuzione del proposito suicidario, autonomamente e liberamente formatosi, di persona tenuta in vita da trattamenti di sostegno vitale e affetta da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche che lo stesso malato terminale reputa intollerabili.

Sul punto, in altre occasioni è stata dibattuta la questione afferente al principio di "tutela minima dei valori costituzionali", in ordine ai quali il giudice delle leggi ha prestato particolare cura, proprio in seno alle questioni legate alle vicende referendarie. Si pensi alle decisioni assunte dalla Corte costituzionale sui quesiti referendari in tema di procreazione medicalmente assistita (legge n. 40/2004) e di interruzione volontaria della gravidanza (legge n. 194/1978)<sup>22</sup>. La Corte, nelle iniziative referendarie come

<sup>21</sup> Il precedente specifico risale alla recente alla doppia pronuncia (Corte cost., ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019) resa dalla Corte costituzionale sul "caso Cappato" e alla declaratoria di parziale illegittimità dell'art. 580 c.p., circostanza nella quale il giudice delle leggi ha riaffermato il fondamentale valore della vita umana, confermando nella sua intrezza la sua centralità e ha ribadito l'obbligo da parte dello Stato di assicurarne la massima protezione.

<sup>22</sup> Sul diritto alla vita l'intervento della Corte costituzionale è stato evocato in più occasioni, come nel caso della sentenza n.35 del 1997. Con ampio cenno a tutta la vigente normativa internazionale e comunitaria, il giudice delle leggi ha riconosciuto che la legge n. 194/78 assicura, nel nostro ordinamento, il livello minimo di tutela giuridica del diritto alla vita, al di sotto del quale non è consentito andare. Cfr., volendo, F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, Cacucci, Bari, 2000; *Id.*, *Tutela minima del diritto alla vita: profili costituzionali (nota sentenza a Corte Costituzionale n°35/1997)*, in *Quaderni Forensi*, fasc. 1/2000. La Corte, come noto, si è espressa successivamente sulle istanze referendarie tese all'abrogazione totale e parziale della legge n. 40/2004, dichiarando inammissibili le istanze "massimali" ed ammissibili quelle parziali, rievocando la categoria di leggi a contenuto costituzionalmente vincolato. Ci si è interrogati al lungo sui vantaggi di un'abrogazione di meri frammenti di una norma e sui rischi di tali iniziative abrogative parziali in termini di depauperamento dei principi fondanti e della stessa *ratio* originaria di ogni atto normativo. Si tratta di interventi manipolativi che spesso tendono a dissolvere le ragioni di conservazione della normativa di risulta di una legge mutilata del suo primitivo fondamento logico e giuridico. Altra cosa, però, è il tentativo di introdurre una nuova disciplina del tutto estranea a quella desumibile dalla legge sottoposta a *referendum*. Per una disamina dei profili connessi alla legge n.40 del 2004 «Norme in materia di procreazione medicalmente assistita» e alle succitate pronunce di ammissibilità della Corte Costituzionale rese in occasione del *referendum* del 2005, cfr.: F. Modugno, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*; A. Barbera, *La fecondazione assistita alla luce dei principi e della giurisprudenza costituzionale*; L. Eusebi, *Lo statuto dell'embrione, il problema eugenetico, i criteri della generazione umana. La legge n. 40/2004 e i quesiti referendari*, contributi versati in Atti del Convegno presso l'Accademia dei Lincei su "La procreazione assistita: problemi e prospettive", Roma, 31 gennaio 2005; A. Morrone, *Ubi scientia ibi iura*, in *Consulta online*, Studi, 2014; A. Ruggeri, *'Tutela minima' di beni costituzionalmente protetti e referendum ammissibili in tema di procreazione medicalmente assistita (nota a "prima lettura" di Corte cost. nn.45 - 49 del 2005)*, in

quella di recente posta al vaglio, tra i profili da porre in disamina, ha sistematicamente inteso occuparsi della natura “costituzionalmente vincolata” della norma oggetto del *referendum* e delle disposizioni che residuerebbero dall’abrogazione, verificando appunto il livello di tutela minima del “diritto fondamentale alla vita” meritevole di adeguata protezione costituzionale (sul punto, si rinvia, *ex plurimis*, Corte cost., nn. 16/1978, 26/1981, 35/1997, 45/2005)<sup>23</sup>. L’orientamento ormai consolidato da parte del giudice delle leggi ha indotto a ritenere, sul punto, che l’intento referendario di elidere integralmente il reato di omicidio del consenziente – nella misura in cui determini nocimento nella sfera di protezione della vita dei più deboli – fosse destinato ad una declaratoria di inammissibilità diretta a preservare, da una grave lesione, una norma a contenuto costituzionalmente vincolato, come quella fatta oggetto di *referendum*.

Vi è poi un ulteriore profilo che merita approfondimento, anche alla luce dell’orientamento espresso dalla Consulta sui requisiti di ammissibilità che implicano, come conseguenza logica e giuridica, che i quesiti referendari debbano possedere, tra le altre, chiarezza, univocità ed omogeneità. Nel caso preso in esame, i dubbi sono emersi sulla genuina manifestazione della sovranità popolare non tanto sul quesito in sé, per come formulato agli elettori, quanto sull’espressione utilizzata dal comitato promotore di “eutanasia legale” non apparsa idonea ad esaltare le possibilità di scelta più genuine ed univoche. La campagna referendaria – al di là delle regole vigenti – dovrebbe tendere a chiarire quella che è la finalità ed evitare che la possibilità di scelta degli elettori non sia fittizia o alterata, ma ispirata ad una *ratio* puntuale; l’iniziativa è dotata di siffatta *ratio* quando in esso sia incorporata l’evidenza del fine intrinseco all’atto abrogativo (requisito della trasparenza ed evidenza del fine intrinseco dell’atto abrogativo)<sup>24</sup>.

La “chiarezza” è il termine di riferimento dell’intera operazione referendaria, (univocità ed omogeneità sono direttamente funzionali) ed essa va intesa come «inconfondibilità della domanda» da sottoporre agli elettori, nel rispetto della fondamentale esigenza che sia loro garantita l’espressione di un voto consapevole<sup>25</sup>. E’ vero che la tecnica adoperata del “ritaglio” non per forza crea dubbi di sorta, forse anche circa la normativa di risulta, ma è altrettanto vero che, nel caso preso in esame, l’etichetta utilizzata di “eutanasia legale” è apparsa sin da subito foriera di equivoci interpretativi, per la mal celata finalità di indurre i cittadini ad abrogare una

*Quad. cost.*, 2005; E. Lamarque, *Referendum sulla procreazione assistita: l’inammissibilità del quesito totale*, ivi, p. 381 ss.

<sup>23</sup> La tutela apprestata dall’art. 579 c.p. al diritto alla vita, infatti, implica necessariamente l’inquadramento della norma stessa tra le «leggi ordinarie a contenuto costituzionalmente vincolato», «il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali)» (Corte cost., sent. n. 16/1978) né quelle «la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la costituzione» (sent. n. 35/1997).

<sup>24</sup> Cfr., in tal senso, Corte cost., sent. n. 29/1987.

<sup>25</sup> Sul punto, si v. Corte cost., sent. n. 28 del 1981.

disposizione normativa, con l'idea di liberalizzare l'eutanasia e non la fattispecie penale sottesa all'omicidio del consenziente (pur considerando, per esempio, che detta disciplina meriterebbe di essere preservata e di rimanere in vigore)<sup>26</sup>.

Per scongiurare il determinarsi di così insuperabili inconvenienti, il quesito referendario, nella sua interezza (comprensivo della denominazione) dovrebbe incorporare l'evidenza del fine intrinseco all'atto abrogativo, la *ratio* che lo ispira e un comune principio, la cui eliminazione o permanenza viene fatta dipendere dalla risposta del corpo elettorale.

Ovvio che l'analisi volta a verificare in concreto se il quesito sia chiaro (univoco ed omogeneo) non può che essere condotta dalla Corte singolarmente, richiesta per richiesta (sent. n. 47/1991), unitamente alla chiarezza della normativa di risulta; sicché il carattere oggettivamente ambiguo, rilevabile sia nel quesito referendario (nella sua interezza), sia nella normativa di risulta, viene a riflettersi nell'assenza di univocità della domanda referendaria, privando della naturale funzione democratica l'istituto in esame, in forte distonia anche con le indicazioni ricavabili dagli atti dell'Assemblea costituente. Si potrebbe obiettare che simile verifica sarebbe da effettuare – preferibilmente – prima ancora che vengano apposte le firme occorrenti a sostenere ciascuna richiesta, così da agevolare gli stessi sottoscrittori nella individuazione dell'esatto valore e portata delle loro manifestazioni di volontà (in assenza di esplicite previsioni nella legge n. 352 del 1970), ma l'orientamento della Corte costituzionale è in grado di sopperirvi agevolmente, in attesa che una futura riforma possa anticipare i tempi del predetto controllo, magari ad altra fase ed organo.

6. In occasione della declaratoria di inammissibilità del quesito referendario in tema di eutanasia legale è stata ripristinata l'usanza prevista del passato che prevede una conferenza stampa del Presidente della Corte, subito dopo lavori particolarmente intensi della Corte che hanno portato a molteplici esiti e hanno destato un forte interesse nell'opinione pubblica, al fine di esplicitare, con indicazioni di sintesi, le ragioni del *decisum*<sup>27</sup>. Particolare interesse ha suscitato il preambolo del Presidente Amato che ha

<sup>26</sup> I dubbi evidenziati, volendo sintetizzare, si fondano sull'esigenza di evidenziare che l'eutanasia è cosa ben diversa dall'omicidio del consenziente: la disciplina legale dell'eutanasia (sempre nel rispetto della necessaria tutela del "bene vita") non si sarebbe raggiunta con l'esito favorevole del quesito in esame che tendeva, semmai, alla liberalizzazione dell'omicidio del consenziente. Il rischio era che l'esito favorevole del *referendum* in esame avrebbe finito per «relativizzare il valore fondamentale della vita umana». In tal senso, A. Morrone, *Un referendum propositivo per relativizzare il valore fondamentale della vita umana*, cit. p.168. L'A. evidenzia che parlare di "eutanasia legale" sia equivalente ad una "truffa delle etichette" e ciò in considerazione del fatto che: «...il risultato normativo perseguito è oggettivamente di rendere lecita una pluralità indeterminata di condotte, non adeguatamente circoscrivibili a priori, e neppure facendo riferimento alle tre generiche fattispecie dei vulnerabili che resterebbero punite, le quali hanno come fine la privazione della vita umana col consenso dell'interessato...».

<sup>27</sup> All'esito della udienza camerale del 15 febbraio 2022, la Corte costituzionale aveva fatto diramare l'ormai consueto comunicato stampa, indicando, in attesa delle motivazioni le ragioni di sintesi della

richiamato, in quell'occasione, l'incidenza delle campagne informative che precedono simili iniziative referendarie nell'opinione pubblica e l'importanza, in sede interpretativa, delle parole che vengono utilizzate per presentare e indirizzare il corpo elettorale; è stato rimarcato, come nella sorpresa e amarezza che ha destato in molti la decisione della Corte, abbia giocato un ruolo determinante la definizione conferita dagli stessi promotori di “*referendum* sull'eutanasia”. Infatti, nel caso di specie si era creata la legittima aspettativa – a parere del Presidente – di un *referendum* avente ad oggetto la sofferenza di quelle persone che sono ammalate, magari incurabili, temi sui quali la Corte si era già recentemente occupata in merito alla depenalizzazione del suicidio assistito; ma così non è stato, trattandosi di *referendum* non incentrato sull'eutanasia, ma sull'omicidio del consenziente<sup>28</sup>. Il rischio che si sarebbe configurato – si è detto nel corso della conferenza stampa – era quello di legittimare l'omicidio del consenziente in casi che si collocano al di fuori della sfera eutanasi, ossia tutti i casi nei quali una persona non malata terminale, né in condizione di sofferenza, per altre ragioni possa decidere di porre fine alla propria esistenza, accordando un consenso affidabile e credibile e trovando qualcuno che, sulla base di quel consenso, voglia provvedere a fare l'iniezione letale<sup>29</sup>.

decisione. Nello specifico, era stato affermato che l'eventuale abrogazione, sia pur parziale della norma in esame, non avrebbe assicurato il livello minimo di tutela costituzionalmente necessaria della vita umana, che nel caso delle persone deboli e vulnerabili assume una portata più rafforzata. Successivamente, con comunicato 16 febbraio 2022 era stata preannunciata una conferenza stampa del Presidente della Corte costituzionale, alle ore 18,00 dello stesso giorno, terminata la camera di consiglio sui *referendum*.

<sup>28</sup> Sicché, ad avviso del Presidente, arrivare ad un voto con l'aspettativa che esso riguardi l'eutanasia, ma di fatto invece legittima l'omicidio del consenziente, va ad alterare la stessa scelta del corpo elettorale. Non a caso, al punto 3.3 del *considerato in diritto*, la Corte ha poi evidenziato, nella decisione (sent. n.50/2022), come anche l'Ufficio centrale per il *referendum* presso la Corte di cassazione, dopo aver proposto, con ordinanza non definitiva del 30 novembre 2021, una denominazione del quesito referendario nella quale non compariva la parola «eutanasia» – in specie, quella di «Abrogazione parziale dell'art. 579 del codice di penale (omicidio del consenziente)» – non ha poi accolto, con l'ordinanza conclusiva del 15 dicembre 2021, la richiesta dei promotori di aggiungere a tale denominazione la frase «Disponibilità della propria vita mediante consenso libero, consapevole, informato». E ciò in considerazione del fatto che l'integrazione proposta prospettava un bilanciamento tra i due diritti che vengono in gioco (diritto alla vita e diritto all'autodeterminazione) che non trova fondamento nella sentenza n. 242 del 2019 e non «è rispettoso dei limiti di un quesito di natura abrogativa, spingendosi piuttosto sul terreno di scelte eventualmente spettanti agli organi istituzionalmente competenti all'adozione di una disciplina organica della materia».

<sup>29</sup> C'è da ritenere, ascoltando le parole del Presidente, che la scelta del ripristino della conferenza stampa sia stata principalmente dettata proprio dall'esigenza di chiarire le ragioni sottese alla declaratoria di inammissibilità del quesito referendario sull'art. 579 c.p. e tanto si può cogliere dalle successive esternazioni. La doglianza è condensata nella confessione che: «...leggere o sentire che chi ha preso la decisione che abbiamo preso ieri non sa che cos'è la sofferenza mi ha ferito ha ferito tutti noi e ci ha ferito ingiustamente...», pur nella consapevolezza che si tratti di un giudizio critico - frutto di un equivoco generato dal ricorso alla parola “eutanasia” – espresso ...». da persone che si sono orientate a favore del *referendum* in esame, pensando che fosse in tema di eutanasia, mentre «...è un *referendum* che apre l'immunità penale a chiunque uccide qualcun altro col consenso di questo...».

Il comunicato del 2 marzo 2022, ha riassunto le ragioni poste a sostegno del giudizio di inammissibilità del quesito sull'omicidio del consenziente, mettendo in evidenza come lo stesso non assicuri la tutela minima del diritto alla vita<sup>30</sup>.

Principio cardine della decisione è la tutela della vita umana, apparsa alla Corte incompatibile con una iniziativa referendaria finalizzata a rendere lecito l'omicidio di chiunque abbia prestato, a tal fine, un valido consenso. Ed infatti, l'abrogazione di frammenti lessicali dell'articolo 579 c.p. e la conseguente saldatura dei brani linguistici rimanenti – a parere della Corte – avrebbe reso penalmente lecita l'uccisione di una persona con il consenso della stessa al di fuori dei tre casi di “consenso invalido” (terzo comma dell'art. 579 c.p.)<sup>31</sup>, così riconoscendo «la piena disponibilità della vita da parte di chiunque sia in grado di prestare un valido consenso alla propria morte, senza alcun riferimento limitativo». Di fatto, l'approvazione della proposta referendaria – rendendo indiscriminatamente lecito l'omicidio di chi vi abbia validamente consentito, a prescindere dai motivi per i quali il consenso è prestato, dalle forme in cui è espresso, dalla qualità dell'autore del fatto e dai modi in cui la morte è provocata – avrebbe comportato il venir meno di ogni tutela, con la conseguenza che siffatta sfera di liceità (come riferito nell'accennata conferenza stampa) sarebbe andata ben al di là dei casi nei quali la fine della vita è voluta dal consenziente prigioniero del suo corpo a causa di malattia irreversibile, di dolori e di condizioni psicofisiche non più tollerabili<sup>32</sup>.

La ratio sottesa all'incriminazione dell'omicidio del consenziente, infatti, è quella di «...proteggere il diritto alla vita, soprattutto – ma non soltanto – delle persone più deboli e vulnerabili di fronte a scelte estreme, collegate a situazioni, magari solo momentanee, di difficoltà e sofferenza, o anche soltanto non sufficientemente meditate...». La protezione del diritto alla vita, ha precisato la Corte, non può soccombere incondizionatamente rispetto alla libertà di autodeterminazione essendo costituzionalmente necessario operare sempre un giudizio di bilanciamento che garantisca un livello minimo di minima della vita umana.

La Corte, in parte motiva, ribadisce i ben noti tratti peculiari e la natura del giudizio di ammissibilità del *referendum* abrogativo, evidenziando le caratteristiche specifiche ed autonome rispetto agli altri giudizi ad essa riservati, non potendo discutersi, in seno allo stesso, circa i profili di illegittimità costituzionale, sia della legge oggetto di

<sup>30</sup> Il terzo comunicato, diramato il 2 marzo 2022, è intitolato: «Inammissibile il quesito sull'omicidio del consenziente: non assicura la tutela minima del diritto alla vita».

<sup>31</sup> Si tratta delle ipotesi di punibilità nei confronti di chiunque cagioni la morte di un uomo, se il fatto è commesso contro una persona minore degli anni diciotto, oppure inferma di mente, o che si trova in condizioni di deficienza psichica, per un'altra infermità o per l'abuso di sostanze alcoliche o stupefacenti o contro una persona il cui consenso sia stato dal colpevole estorto con violenza, minaccia o suggestione, ovvero carpite con inganno.

<sup>32</sup> Seguendo l'assunto della Corte, peraltro, le situazioni di vulnerabilità e debolezza (come tali, degne di maggior tutela) possono associarsi a fattori di varia natura (affettivi, familiari, sociali o economici), non esauendosi alla minore età, infermità di mente e deficienza psichica, oltretutto l'esigenza di tutela della vita umana contro la collaborazione da parte di terzi a scelte autodistruttive anche non adeguatamente ponderate, va oltre la stessa categoria dei soggetti vulnerabili.

*referendum*, sia della normativa risultante dall'eventuale abrogazione referendaria<sup>33</sup>, ma dovendosi operare soltanto una «valutazione liminare ed inevitabilmente limitata del rapporto tra oggetto del quesito e norme costituzionali, al fine di verificare se [...] il venir meno di una determinata disciplina non comporti ex se un pregiudizio totale all'applicazione di un precetto costituzionale»<sup>34</sup>.

Nello specifico, il quesito referendario sull'art. 579 c.p., costruito con la cosiddetta tecnica del ritaglio, avrebbe configurato una normativa di risulta in grado di consacrare la "liberalizzazione" della scelta, a prescindere dalle motivazioni che possono indurre una persona a chiedere la propria morte, non necessariamente legate a un corpo prigioniero di uno stato di malattia, bensì anche a situazioni di disagio di natura del tutto diversa (affettiva, familiare, sociale, economica e via dicendo), sino al mero "*taedium vitae*". Parimenti irrilevanti, poi, sarebbero apparse la qualità del soggetto attivo (non necessariamente un esercente la professione sanitaria), le ragioni da cui questo è mosso, le forme di manifestazione del consenso e i mezzi usati per provocare la morte. Si desume, pertanto, che l'iniziativa referendaria – sorta quale reazione all'inerzia del legislatore nel disciplinare la materia delle scelte di fine vita, anche dopo i ripetuti moniti provenienti dalla stessa Corte (sentenza n. 242 del 2019 e ordinanza n. 207 del 2018) – era destinata, nell'idea dei promotori, a fungere da volano per il varo di una legge che riempia i vuoti lasciati dal *referendum*<sup>35</sup>.

Il percorso argomentativo seguito dalla Consulta conduce alla natura costituzionalmente necessaria della normativa oggetto del quesito che, come tale, resta sottratto all'abrogazione referendaria, con conseguente inammissibilità del quesito stesso. La disciplina in esame, seguendo il ragionamento della Corte, pur essendo suscettibile di modifiche legislative o sostituzioni con altra disciplina, non può essere puramente e semplicemente abrogata, perché verrebbe ad essere intaccato l'insopprimibile livello minimo di tutela costituzionale<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Corte cost., sentenze n. 27 del 2017, n. 48, n. 47 e n. 46 del 2005.

<sup>34</sup> Corte cost., sentenze n. 24 del 2011, n. 16 e n. 15 del 2008 e n. 45 del 2005.

<sup>35</sup> Sul punto, infatti, in parte motiva (punto 4 del *considerato in diritto*) la Corte sottolinea quanto siano irrilevanti, in sede di giudizio di ammissibilità del *referendum*, «i propositi e gli intenti dei promotori circa la futura disciplina legislativa che potrebbe o dovrebbe eventualmente sostituire quella abrogata; né ad una richiesta referendaria abrogativa, quale è quella prevista dall'art. 75 della costituzione, è possibile di per sé attribuire un significato ricostruttivo di una nuova e diversa disciplina. Ciò che conta è la domanda abrogativa, che va valutata nella sua portata oggettiva e nei suoi effetti diretti, per esaminare, tra l'altro, se essa abbia per avventura un contenuto non consentito perché in contrasto con la costituzione» (sentenza n. 17 del 1997).

<sup>36</sup> A simile approdo la Corte perviene ricostruendo l'intero percorso giurisprudenziale che ha delineato a partire dalla sentenza n. 16 del 1978, l'esistenza di «valori di ordine costituzionale, riferibili alle strutture od ai temi delle richieste referendarie, da tutelare escludendo i relativi *referendum*, al di là della lettera dell'art. 75 secondo comma Cost.». Tra le categorie individuate nella richiamata pronuncia del '78, le disposizioni legislative ordinarie a "contenuto costituzionalmente vincolato", il cui nucleo normativo, se alterato o privato di efficacia, può comportare la lesione dei corrispondenti specifici disposti della costituzione stessa (o di altre leggi costituzionali). All'interno di questa categoria di norme si collocano le leggi ordinarie che contengono l'unica necessaria disciplina attuativa conforme alla



Il nucleo di costituzionalità ed il livello insopprimibile di tutela racchiuso nell'art. 579 c.p. è correlato al diritto alla vita, un diritto che si colloca in posizione apicale nell'ambito dei diritti fondamentali della persona, tra quei diritti che occupano nell'ordinamento una posizione "privilegiata", quale "essenza dei valori supremi sui quali si fonda la costituzione italiana"<sup>37</sup> e "matrice prima di ogni altro diritto, costituzionalmente protetto, della persona"<sup>38</sup>. Peraltro, di recente, la Corte ha ribadito che il diritto alla vita è il "primo dei diritti inviolabili dell'uomo"<sup>39</sup>, presupposto per l'esercizio di tutti gli altri diritti da cui discende «il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo: non quello – diametralmente opposto – di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire»<sup>40</sup>.

Sul punto, la Corte ha ribadito il «cardinale rilievo del valore della vita» che, se non può tradursi in un dovere di vivere a tutti i costi, neppure consente una disciplina delle scelte di fine vita che, «in nome di una concezione astratta dell'autonomia individuale», ignori «le condizioni concrete di disagio o di abbandono nelle quali, spesso, simili decisioni vengono concepite» (ordinanza n. 207 del 2018). Infatti, come evidenziato in precedenza, tutte le volte in cui viene in rilievo il bene della vita umana,

norma costituzionale (cfr. sentenze n. 26/1981 e 16/1978) e le leggi ordinarie, la cui eliminazione ad opera del *referendum* priverebbe totalmente di efficacia un principio o un organo costituzionale «la cui esistenza è invece voluta e garantita dalla costituzione (cfr. sentenza n. 25/1981)». Con la sentenza n. 35 del 1997, poi, quest'ultima ipotesi è stata estesa anche a quelle «leggi ordinarie la cui eliminazione determinerebbe la soppressione di una tutela minima per situazioni che tale tutela esigono secondo la costituzione», mentre la sentenza n. 49 del 2000 ha puntualizzato che le leggi «costituzionalmente necessarie», poiché sono «dirette a rendere effettivo un diritto fondamentale della persona, una volta venute ad esistenza possono essere dallo stesso legislatore modificate o sostituite con altra disciplina, ma non possono essere puramente e semplicemente abrogate, così da eliminare la tutela precedentemente concessa, pena la violazione diretta di quel medesimo precetto costituzionale della cui attuazione costituiscono strumento». Infine, con la sentenza n. 45 del 2005, infine, si è ulteriormente precisato, per un verso, che la natura di legge costituzionalmente necessaria può anche essere determinata dal fatto che una certa disciplina «coinvolg[a] una pluralità di rilevanti interessi costituzionali, i quali, nel loro complesso, postulano quanto meno un bilanciamento tra di essi che assicuri un livello minimo di tutela legislativa», e per l'altro, che «il vincolo costituzionale può anche riferirsi solo a parti della normativa oggetto del quesito referendario o anche al fatto che una disciplina legislativa comunque sussista». Per una disamina in ordine ai profili innovativi dalla sentenza n.35/1997, sia consentito rinviare a F. Perchinunno, *Interruzione della gravidanza e diritto alla vita. Profili costituzionali*, cit.; *Id.*, *Tutela minima del diritto alla vita: profili costituzionali*, cit.

<sup>37</sup> Corte cost., sentenze n. 1146 del 1988 e n. 35 del 1997.

<sup>38</sup> Corte cost., sentenza n. 238 del 1996.

<sup>39</sup> Corte cost., sentenza n. 242 del 2019 e ordinanza n. 207 del 2018 (in tema di suicidio assistito) e sentenza n. 223 del 1996.

<sup>40</sup> Nella prima delle due note pronunce emesse dalla Corte in tema di suicidio assistito (ordinanza n. 207 del 2018) era stato evidenziato come dall'art. 2 cost. - non diversamente che dall'art. 2 CEDU - discenda il dovere dello Stato di tutelare la vita di ogni individuo e non certo quello - diametralmente opposto - di riconoscere all'individuo la possibilità di ottenere dallo Stato o da terzi un aiuto a morire. Peraltro, che dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 CEDU, non possa derivare il diritto di rinunciare a vivere, e dunque un vero e proprio diritto a morire, è principio riconosciuto dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, proprio in relazione alla tematica dell'aiuto al suicidio (sentenza 29 aprile 2002, *Pretty contro Regno Unito*).

la libertà di autodeterminazione non può mai prevalere incondizionatamente sulle ragioni di tutela del medesimo bene, risultando, al contrario, sempre costituzionalmente necessario un bilanciamento che assicuri una sua “tutela minima”. La disposizione in esame, sottesa alla tutela della vita, non può essere per tali ragioni puramente e semplicemente abrogata, perché non verrebbe in tal modo preservato il livello minimo di tutela richiesto dai referenti costituzionali ai quali essa è ancorata.

7. In conclusione, occorre interrogarsi – al di là degli esiti del vaglio di ammissibilità di volta in volta risultanti dal giudizio della Consulta – anche sugli effetti che può comportare un quesito referendario che non si pone in conformità con i principi normativi e giurisprudenziali sottesi all’istituto in esame. Diffusamente si è pervenuti alla medesima soluzione ossia quella di ritenere che, molto frequentemente, l’iniziativa legislativa ordinaria appaia attualmente la strada percorribile più appropriata e proficua<sup>41</sup>.

Torna ancora una volta in auge il dibattito sulla natura del *referendum* abrogativo che si è prestato ad essere utilizzato frequentemente da diversi soggetti politici e in diversi contesti; in simili ipotesi, il *referendum* ha perso la propria natura abrogativa, snaturandosi nella propria ragione ispiratrice per divenire «surrettiziamente propositivo» (*ex plurimis*, Corte cost., nn. 13/2012, 28/2011, 43/2003, 23 e 38 e 38/2000, 13/1999).

Il freno posto dalla Corte costituzionale – in seno ad una scelta ben delineata di distinguere *referendum* parziali (ammissibili) e *referendum* manipolativi (inammissibili) – si è incentrato sull’affermazione di principio secondo cui il quesito

<sup>41</sup> D'altronde, le osservazioni formulate dalla stessa Corte costituzionale nella richiamata sentenza n.16/1978 erano chiaramente indirizzate verso una delimitazione dello spazio di applicazione del *referendum* abrogativo. «...spetta invece a questa Corte di non dare adito all'abrogazione di quelle specie di leggi...che debbano considerarsi sottratte alla sfera di operatività dei voti popolari in esame; senza di che si potrebbero verificare, attraverso il consenso e l'apporto della Corte stessa, effetti abrogativi che la costituzione ha implicitamente ma sicuramente voluto riservare ad organi ed a procedure ben diversi dal corpo elettorale e dal *referendum* regolato nell'art. 75 Cost. (con esiti analoghi a quelli che si avrebbero ammettendo che una disposizione di legge ordinaria potesse abrogare - sia pure illegittimamente - un articolo della costituzione). Se infatti il *referendum* abrogativo assumesse ad oggetto qualunque tipo di legge in senso tecnico, ordinaria o costituzionale indifferentemente, la conseguenza sarebbe ben difficilmente compatibile con l'attuale regime di costituzione rigida. Accanto all'apposito procedimento di revisione e di formazione delle "altre leggi costituzionali", disciplinato dall'art. 138 Cost., si verrebbe, cioè, ad inserire un procedimento destinato alla sola abrogazione delle leggi costituzionali nonché - coerentemente - della costituzione stessa, che in nessun modo potrebbe venire armonizzato con il primo di questi due istituti. Per colmare le lacune dell'iter configurato dall'art. 138 (ad esempio, in tema di iniziativa delle leggi, di promulgazione e di pubblicazione), è possibile ed anzi necessario ricorrere alle norme dettate dagli artt. 71 e seguenti della costituzione, relativamente alla funzione legislativa ordinaria. Ma la disciplina del *referendum* abrogativo non attiene affatto all'esercizio di tale funzione da parte delle Camere, e non è comunque utilizzabile per colmare nessuna delle lacune predette. Al contrario, la stessa previsione di uno specifico *referendum* approvativo, contenuta nel secondo comma dell'articolo 138, contribuisce ad escludere che in tema di revisione e di legislazione costituzionale vi sia posto per un ulteriore *referendum* abrogativo, nelle medesime forme previste per le leggi ordinarie...».

referendario non possa introdurre una nuova disciplina del tutto estranea a quella desumibile dalla legge sottoposta a *referendum* (a partire dalla sent. n. 36 del 1997)<sup>42</sup>.

D'altronde il monito espresso, anche di recente, dal giudice delle leggi è nella direzione di prendere coscienza che tali norme – ancorate ai principi costituzionali, ancor più se contrassegnate da riserve di legge (si pensi alla materia penale) – potranno essere abrogate esclusivamente per sostituzione con una nuova disciplina, compito che solo il legislatore rappresentativo è in grado di assolvere. Il *referendum* popolare abrogativo si palesa nella specie strumento insufficiente, in quanto idoneo a produrre un mero effetto ablatorio "*sine ratione*" (Corte cost., n. 29/1987).

L'auspicio (si è sempre più convinti) è che, travolti dalle singole referendarie, non si perda di vista il preminente obiettivo di ripristinare correttezza, effettività e democraticità nel ricorso allo strumento referendario.

<sup>42</sup> Si è discusso tanto e con specifici approfondimenti sulla natura del *referendum* in esame e sulle deformazioni che ne hanno contaminato lo spirito democratico e sull'uso spesso distorto di tale istituto, veicolo per plebisciti o voti popolari di fiducia, imprigionato in scelte politiche dei partiti o dei gruppi organizzati frequenti sostenitori delle iniziative referendarie. L'obiettivo resta quello di ripristinare l'effettività e la democraticità di tale strumento referendario, cui sembrano divergere quelle iniziative di matrice manipolativa o approvativa di nuovi principi, ossia un *referendum* «surrettiziamente propositivo», ipotesi non ammessa dalla costituzione, perché tale istituto non può «introdurre una nuova statuizione, non ricavabile ex se dall'ordinamento». Il dibattito è da tempo all'attenzione delle Camere e non sono mancate proposte di modifica delle vigenti disposizioni legislative in materia (ad es. in merito al *quorum* richiesto dall'art. 75, sia per la proposta referendaria che per l'approvazione della stessa) sollecitate dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza della Corte costituzionale che pur dichiarando un'apertura verso *referendum* creativi, capaci di modificare, attraverso l'abrogazione di singole parole, il significato della disposizione (sent. n. 15/2008), nel tentativo di recuperare l'originaria configurazione abrogativa del *referendum* ha poi precisato che il quesito può, attraverso la tecnica del ritaglio, espandere le potenzialità intrinseche della normativa vigente ma non deve avere come effetto la sostituzione della disciplina vigente con una nuova estranea al contenuto della legge sottoposta al *referendum* (Corte cost., nn. 13/1999, 33 e 34 del 2000, 15, 16, 17 del 2008).

Erika Prado Rubio

PHILIP II'S LEGISLATION FOR THE MAINTENANCE OF PUBLIC ORDER IN  
THE HISPANIC NETHERLANDS\*

ABSTRACT

Nel 1566, Filippo II affrontò il tumulto nei Paesi Bassi spagnoli. L'heritage giuridico complesso, gli interessi dell'élite locale e le tensioni religiose, alimentate dal protestantesimo, trasformarono le Diciassette Province in una crisi. Il Compromesso di Breda di quell'anno cruciale fermò temporaneamente la persecuzione dell'eresia, consentendo ai Calvinisti di prosperare. La mossa dei nobili olandesi segnò una svolta, creando un'atmosfera de facto permissiva per i predicatori riformati.

In 1566, Philip II faced turmoil in the Hispanic Netherlands. The complex legal heritage, local elite interests, and religious tensions, fueled by Protestantism, turned the Seventeen Provinces into a crisis. The Compromise of Breda in that pivotal year temporarily halted heresy persecution, allowing Calvinists to flourish. The Dutch nobles' move marked a turning point, creating a de facto permissive atmosphere for Reformed preachers.

PAROLE CHIAVE

Monarchia spagnola – Paesi Bassi – Eresia – Filippo II.

Spanish Monarchy – Netherlands – Heresy – Philip II.

SOMMARIO: 1. The Year 66. – 2. The Iconoclast Fury. – 3. The Decree of August 23<sup>rd</sup>. – 4. The Performance of The Great Nobles. – 5. Tournai and Valenciennes. – 6. The Fury in Madrid.

1. When the year 1566 came around, the situation in the Hispanic Netherlands had long been one of the main concerns of Philip II, who in 1559 left those lands under the rule of his half-sister, Margaret of Parma. The confusing web of privileges uses and customs that constituted the region's juridical heritage, the interests of the local elites and the thorny religious question, in a territory where various branches of Protestantism had found fertile ground to take root, ended up turning Philip II's Seventeen Provinces of Flanders into a hornet's nest or, rather, into a pressure cooker.

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

Throughout 1566 was a key year. In it, the Dutch nobles who signed the Compromise of Nobility or, as it was better known in Spain, the Compromise of Breda, managed to wrest from the governor the so-called Moderation, temporarily suspending the application of the decrees of persecution of heresy in the Netherlands and creating a climate of de facto permissiveness that was taken advantage of by the Reformed preachers, mainly Calvinists, to exponentially increase their activities in the region.

While this was taking place in the Netherlands, the Dutch nobles decided to send the Lord of Montigny - younger brother of the Count of Horn, one of the most prestigious nobles of the Netherlands - and the Marquis of Berghes to Madrid to obtain royal ratification of the Moderation<sup>1</sup>, since Margaret had conditioned the policy of permissiveness adopted to the subsequent ratification by Philip II. Although Montigny belonged to one of the most deeply rooted families of the Low Countries, it is possible that it was not the wisest choice, given the existing conviction in the Spanish Court that the duke was intimately related to his French relatives, the Chatillons, who were considered to be bitter enemies of the interests of the Hispanic Monarchy<sup>2</sup>.

The arrival of Montigny coincided with the arrival of a series of letters that brought alarming news to the Court. In a letter dated July 4, the accountant Alonso del Canto reported that Brederode, one of the most active Dutch nobles in his opposition to the policies of the Monarchy, and other self-proclaimed “beggars” were secretly gathering forces to unleash a military insurrection, taking advantage of the mood generated by the many Genevan and Huguenot preachers who circulated in the Netherlands with some freedom, thanks to the Moderation<sup>3</sup>. This news was confirmed by other letters, sent by Marguerite, and dated July 21. In view of the existing situation, in them the governor advised the monarch to either accede to the petitions that were sent to him or to respond firmly, since the intermediate position seemed to have become untenable<sup>4</sup>.

Felipe II summoned the Council of State, in order to analyze with its members, the convenience of ratifying the Moderation, granted by the governor in April. In the deliberations that followed were present the Duke of Alba, the Prince of Eboli, the Duke of Feria, Don Antonio de Toledo, Don Juan Manrique, Don Luis Quijada, as well as the three advisers of Flanders of Philip II: Hopperus, Tisnacq and Courteville<sup>5</sup>. The Council reported to the monarch on July 26 and, before the favorable opinion of the synod, the king accepted good part of the terms agreed by Margaret: attenuation in the rigor with which the decrees on religion were applied in the Low Countries and paralyzation of

<sup>1</sup> L. Geever, *How to save a life? Alonso de Lallo, secretary to the count of Horn, on a mission to the Spanish Court (1566-1567)*, in R. Vermeir, M. Ebben, R. Fagel (a cura di), *Agentes e identidades en movimiento España y los Países Bajos siglos XVI-XVIII*, Sixel, Madrid 2011, p. 73.

<sup>2</sup> M. Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro. Fernando Álvarez de Toledo, III duque de Alba*, Espasa, Madrid 2007, p. 313.

<sup>3</sup> AGS, Estado, leg. 529, fols. 61-62.

<sup>4</sup> H. Kamen, *Felipe de España*, Siglo XXI Editores, Madrid 1997, p. 118.

<sup>5</sup> M. Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro*, cit., p. 313.

the action of the diocesan inquisitors in the episcopates of the Low Countries<sup>6</sup>. No less important was the acceptance by Philip II to pardon all those involved in the events that led to the Compromise of Breda for any crime arising from their actions in this regard<sup>7</sup>.

However, in Montigny's eyes, what had been granted by Philip II was not enough and he let him know so<sup>8</sup>. Montigny's words had the opposite effect to that intended and, stimulated by some of the most intransigent characters present at his Court - such as the Bishop of Arcole, papal legate who, since the arrival of the Duke, tried by all means to prevent him from achieving his objectives<sup>9</sup> - Philip had one of his notaries, Don Pedro de Hoyos, brought to his presence. Before the jurist, the Duke of Alba and a very reduced group of assistants, on August 9, 1566 Philip II proceeded to put on record that he had made the previous concessions with the will to avoid greater evils, which supposed to declare that they had been obtained forcing the royal will and not as yours of the true desire of the monarch. This implied the legal nullity of what was granted, since the free will of the disposing party is essential to give validity to an act of a legal nature<sup>10</sup>. The pardon to the participants in the Compromise, the moderation in the rigor of the placards and the suspension of the activity of the ecclesiastical inquisitors in the dioceses of the Netherlands were thus annulled<sup>11</sup>.

Any chance of Philip reconsidering his position ended on September 3, when he received a new set of letters from Margaret from the Netherlands, in which the governor reported events even more disturbing than the previous ones: the Iconoclastic Fury<sup>12</sup>.

2. The Iconoclastic Fury was not something that happened suddenly, but rather the Spanish authorities had been perceiving a growing aggressiveness in the actions of some reformed radicals. Throughout the winter of 1564-65, Friar Lorenzo de

<sup>6</sup> The Inquisition that acted in the Netherlands was not state, but ecclesiastical, dependent on the bishops, which completely differentiated it from the Spanish Inquisition. On the latter can be seen recent studies, such as M. Fernández Rodríguez, *Los intentos externos de modificar el funcionamiento jurídico de la inquisición*, in *Revista de la Inquisición*, 26, 2023; Id., *Estructura y normativización de la Inquisición romana en la modernidad*, en *Ihering*, 5, 2022.

<sup>7</sup> «The princes of Flanders likewise use the 'general pardon.' Not entirely without reason is it doubted as a means of grace. In my opinion the general pardon can be seen as a combination of the prerogative of grace and the prerogative of legislation. Sovereigns already in the Middle Ages made use of the possibility of allowing deviations from the *ius commune* in the form of privileges, *ex certa scientia, motu proprio*, notwithstanding *tali lege*» (H. De Schepper, *Pena o gracia en Flandes bajo Carlos V y Felipe II, 1521-1598*, in J. A. Martínez Millán (a cura di), *Felipe II (1598-1998). Europa dividida, la monarquía católica de Felipe II*, Parteluz, Madrid 1998, p. 798.

<sup>8</sup> M. Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro*, cit., p. 314.

<sup>9</sup> F. Strada, *Décadas de las guerras de Flandes*, Marcos-Miguel Bousquets y Compañía, Amberes 1748, p. 406

<sup>10</sup> M. Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro*, cit., pp. 313-314.

<sup>11</sup> De Schepper indicates that the cause of Philip II's backtracking on his concessions was the news that in Flanders the incidents of the Iconoclastic Fury were taking place (H. De Schepper, *Pena o gracia en Flandes*, cit., p. 804). However, following the above, it seems that the decision had already been made when the news of the Fury, which began in August 1566, reached the monarch.

<sup>12</sup> These letters are preserved in AGS, Estado, leg. 530 (*Simancas General Archive* in Spanish).

Villavicencio had already sent news to Madrid, in his correspondence with Secretary Eraso, of a large number of attacks carried out by Protestant radicals against monasteries throughout the territory of the Netherlands, highlighting that some had taken place in cities as important as Bruges, Antwerp, Leuven and Brussels<sup>13</sup>.

Another serious warning of what was to come took place in Tournai, where the local authorities had been unable to deal with the rise of Calvinism and had been forced to agree to allow their preachers to hold mass sermons outside the city walls, where they were also given permission to erect a place of worship. By the spring of 1565 there were four Calvinist preachers active in Tournai, including Guy de Bray, the author of the Walloon Confession. The magistrates took no action to prevent their actions, and did not even order the city gates closed to prevent the population from attending the sermons, so it is not surprising that there were those who considered that half of the magistrates and most of the population of the city had, at the very least, Reformed sympathies. Margaret of Parma's pleas to the local authorities to be more active in the fight against the heretics were met with fine words, but no tangible action in that direction, and the tension only increased as the summer progressed<sup>14</sup>. By the end of July, the Calvinists of Tournai even dared to hold public funerals following their own ceremonies in the city's parishes<sup>15</sup>.

The disorders reached a new dimension in August 1566, in the region of the Westkwartier, a textile industrial center formed by seven castellanies and small towns -Hondschoote, Armentières, Poperinge and Nieuwerkerke- within the county of Flanders, subject to its own laws. The area was suffering in a very intense way the accumulated consequences of the economic difficulties developed during the previous years<sup>16</sup>, and the destruction of the industrial fabric of the region generated an unemployment problem that reached with special intensity the unemployed urban proletariat, facilitating the critical social mass for a violent outbreak. In addition, there was a deep tradition of religious rebellions in the area, such as those led in the region by Jacob Peyt between 1323 and 1328, with the Westkwartier also bringing together almost half of the heresy trials that had been initiated in the county of Flanders in the previous years<sup>17</sup>. The result of this mixture of circumstances was the outbreak that the Flemish called Beeldenstorm - literally, "the storm of the statues"<sup>18</sup> - being known by the Spanish as "the Iconoclastic Fury"<sup>19</sup>.

<sup>13</sup> AGS, Estado, leg. 526, doc. 97, fol. 3.

<sup>14</sup> E.J. Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium: Provincial Elites, State Power and the Franco-Belgian Frontier, 1667—1794*, Brill, Buffalo 2006, p. 52.

<sup>15</sup> L. Deschryver, *You Only Die Once: Calvinist Dying and the Senses in Lille and Tournai During the Dutch Revolt*, en *Early Modern Low Countries*, 4, 2020, p. 35.

<sup>16</sup> P. Arnade, *Beggars, iconoclasts and civic patriots. The political culture of the Dutch Revolt*. Cornell University, Nueva York, 2008, p. 95.

<sup>17</sup> Ivi, p. 96.

<sup>18</sup> J.L. Notario López, *El laberinto de Flandes*, HRM, Madrid 2022, p. 44.

<sup>19</sup> P. Geyl, *The revolt of the Netherlands*, Benn, London 1932, p. 92.

Iconoclasm had been associated, in the Protestant religious context<sup>20</sup>, with Calvinism, since Calvin himself had on several occasions lashed out against the images in Catholic churches, inciting his followers to destroy them as idols<sup>21</sup>. Therefore, and given the spread of Calvinism in the area, it was not an unknown religious phenomenon in the Netherlands in 1566. In fact, Charles V had already been forced to enact a placard from Mechelen to deal with attacks on Catholic images located in Flemish places of worship. However, what was new and surprising about the events of 1566 was the intensity and extent of the attacks: in the western part of the county of Flanders alone, about four hundred Catholic establishments were attacked during the disturbances<sup>22</sup>.

The Rage began on August 10, 1566<sup>23</sup>. The first tumultuous attack targeted the chapel of St. Lawrence in Steenverode<sup>24</sup>, a Catholic temple, and was carried out by a crowd composed mostly of Calvinists who had been listening to a fiery sermon delivered by Sebastian Matte<sup>25</sup>. Inside the religious space, the assailants proceeded to destroy all the sacred images they found inside.

Led by Matté and Jacques de Buzere, the Calvinist radicals extended the attacks to neighboring towns<sup>26</sup>. The incidents multiplied and spread throughout the Westkwartier during the following days, and reached beyond, to the point that, to a greater or lesser extent, they affected the seventeen territories of the Spanish Netherlands<sup>27</sup>. Some elements have led to qualify the spontaneous nature of the outbreak. There are numerous sources that show that, apart from a truly committed nucleus of iconoclastic Calvinists - which Parker estimates at no more than one hundred - the bands of assailants were formed for the most part by unemployed individuals, many of whom joined them in exchange for salaries offered by the town halls that had come under Calvinist control. Thus, the pay received by the members of these gangs was equivalent to the wages of a skilled worker<sup>28</sup>.

<sup>20</sup> Although iconoclasm is, in essence, a religious phenomenon, there have also been cases of what is called "political iconoclasm", as was the case of the destruction of religious images during the French Revolution (P. Burke, *Visto y no visto. El uso de la imagen como documento histórico*, Deusto, Barcelona 2005, p. 239).

<sup>21</sup> G. Parker, *España y la rebelión de Flandes*, Nerea, Madrid 1989, p. 74.

<sup>22</sup> Ivi, p. 77.

<sup>23</sup> G. Jaansen, *Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas. L'opposition loyale de Philippe III de Croÿ, duc d'Aarschot et comte de Beaumont (1565–1577)*, en Y. Junot, Y V. Soen, (ed.), *Noblesses transrégionales : les Croÿ et les frontières pendant les guerres de religion (France, Lorraine et Pays-Bas, xvie-xviii siècle)*, Brepols, Turnhout 2020, p. 159.

<sup>24</sup> P. Arnade, *Beggars*, cit., p. 90; J.G. De Wolf, *Burocracia y tiempo como actores en el proceso de decisión*, en *Cuadernos de Historia Moderna*, 28, 2003, p. 100.

<sup>25</sup> P.M. Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, Cambridge, New York 1978, p. 11.

<sup>26</sup> P.M. Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 11.

<sup>27</sup> Although Margaret of Parma wrote to Philip II complaining that mobs had assaulted and killed government officials in Brussels, even among contemporaries it was striking how little physical violence during the Fury was directed against members of the Catholic clergy. (P.M. Crew, *Calvinist preaching*, cit., p. 32).

<sup>28</sup> G. Parker, *España y la rebelión*, cit., p. 77.



On the 14th, the main church of Saint Omer was stormed<sup>29</sup>, making it clear that the attacks of the 10th had not been an isolated event. On August 15, the mobs arrived in Ypres, a very desirable target for the Reformed radicals, since its prelate, Maarten van Rhyetoven, had been an inquisitor and active defender of religious persecution, actively collaborating in the actions of the feared Titelmans<sup>30</sup>. The bishop tried to get Count Egmont, the governor of the city, to return to the city, believing that the nobleman's prestige would contain the rioters. However, by the time the nobleman returned it was too late, and the attacks had affected most of the Catholic temples in the town, as well as Beveren, a traditional place of pilgrimage<sup>31</sup>.

On August 18 the riots reached Oudenaarde, Marguerite's native town, and on August 20, ten days after the initial incident, they broke out in Antwerp, where, ten days after the incident in Steenvoorde, incidents and attacks on Catholic churches and convents were already multiplying<sup>32</sup>. Although there had already been a warning of what was about to happen, when on August 15 a statue of the Virgin had to return to its temple during one of the processions on the occasion of the feast of the Ascension, the Antwerp authorities were overcome by circumstances and unable to restore order on their own<sup>33</sup>. So they sought an agreement with the local Calvinist leaders, allowing them to preach in specific places inside the city and thus partly lifting the ban on their preaching within the city walls. This probably had something to do with the fact that Orange, who had been sent to Antwerp in July to ensure order, had left a few days earlier to attend a meeting of the Order of the Golden Fleece in Brussels<sup>34</sup>.

The incidents did not end in Antwerp; on the contrary, the spread of the riots gathered speed. On August 22, iconoclastic attacks began in Bois Le Duc. On the same day, in Ghent, mobs led by Lievy Onghena ransacked all the churches in the city. They took the sacred images into the streets, mutilating them and gouging out their eyes, and then beheaded them in a simulation of a public execution<sup>35</sup>. On August 23, attacks also began to take place in Tournai, where the Calvinist activity that had taken place since the previous April had created an extremely unstable context. There, the cathedral and most of the city's churches were ransacked<sup>36</sup>. Only one day later, on August 24, the

<sup>29</sup> J. Azcárraga Servet, *Felipe II: el Toisón de Oro y los sucesos de Flandes*, en *Cuadernos de Historia del Derecho*, 6, 1999, p. 470.

<sup>30</sup> P. Arnade, *Beggars*, cit., p. 98.

<sup>31</sup> P.M. Crew, *Calvinist preaching*, cit., p. 11.

<sup>32</sup> V. Soen, *The Beeldenstorm and the Spanish Habsburg Response (1566-1570)*, en *BMGN-LCHR (Bijdragen en Mededelingen van de Geschiedenis der Nederlanden-Low Countries Historical Review)*, 131, 2016, p. 104. In the city, five convents, three churches and a beguinage were sacked in only four hours, after which the assailants left for Middleborough, which they attacked the following day (Parker, *Spain and the Flanders Rebellion*, cit., p. 78).

<sup>33</sup> In fact, during the riots, the local magistrates remained locked in the town hall, perhaps fearing for their own safety, leaving it only when the assaults ceased (G. Parker, *España y la rebelión*, cit., p. 79).

<sup>34</sup> P.M. Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 11.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 53.

Fury also broke out in Valenciennes<sup>37</sup>, and September was already affecting the northernmost regions of the Netherlands, such as Groningen, where attacks were recorded in the village of Winsum<sup>38</sup>. In Leiden, where the riots were particularly violent, it was the local nobles themselves who were at the head of the riots, led by Jacob Oom and Arent van Duivenvoorde<sup>39</sup>.

The reaction of the local authorities to the incidents was generally passive, something that most of the magistrates would justify a posteriori on the grounds that they had been overwhelmed by the speed with which the disturbances spread. Many were only concerned with their own safety and, «when the iconoclastic movement began, they all took refuge in the town hall and remained there until it was all over»<sup>40</sup>. In areas where the local guard had been ordered to protect Catholic places of worship, these forces refused to fight against their fellow citizens «for the Church, the pope or the monks», fulfilling only their duty to be stationed at the entrance of the temples, but without intervening in a practical way when they were assaulted<sup>41</sup>. In other places, in order to contain the disturbances, the local authorities ceded to the Calvinists, who formed the nucleus of the rioters, the use of churches until then of Catholic confession, which both Margaret of Parma and Philip II bitterly disapproved of<sup>42</sup>.

The poor performance of the local magistrates led Fray Lorenzo de Villavicencio, after the worst of the tumults, to recommend to Philip II that the urban officials and the local guards, which he called “guilds”, in the places where the Fury had encountered less opposition from the authorities, be carefully investigated:

Lo primero mandar al magistrado, que llamen a todos los offmanes<sup>43</sup> y capitanes de las guildes que hay en aquella villa y mirar si son católicos y sin infamia de herejía ni de favor de herejes ni defensores ni encubridores de ellos. Y al que fuere infamado, quitarle este oficio y preminencia, y dar orden como lo tenga otro que sea católico y tenga nombre y fama de ello, y a este se le tome por el magistrado juramento que sea fiel defensor y protector de la fe y que no consentirá que en su guilda sea recibido ni este ninguno que tenga infamia de herejía sino que ha de jurar que habiendo alguno que tenga error o infamia de herejía que le echara de la guilda y lo entregara al magistrado para que le castigue. Esta prevención es muy importante porque, como Vuestra Majestad sabe, hay en todas las villas de aquellos Estados Bajos estas guildes de arcabuceros, de ballesteros y de flecheros y otras que están muy pobladas de ciudadanos ricos y armados, los cuales si en Amberes y Bolduque y Tornay y

<sup>37</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 11.

<sup>38</sup> Arnade, *Beggars*, cit., p. 91.

<sup>39</sup> A. Pettegree, *Emden and the dutch revolt*, Clarendon, Oxford 1992, p. 126.

<sup>40</sup> Parker, *España y la rebelión de Flandes*, cit., p. 79.

<sup>41</sup> *Ibidem*, pp. 77-78.

<sup>42</sup> , L.T. Maes, *Resumen de la Historia del Derecho en los antiguos Países Bajos*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 24, 1954, p. 74.

<sup>43</sup> Villavicencio himself clarified, in a note in the margin of the main text, that these offmans were the "principal and noble head of a brotherhood or company of warriors". (AGS, Estado, leg. 536, Doc. 55, fol. 2).

Valenciennes, y en toda Holanda fueran católicos, es cierto que no solo pudieran impedir el rompimiento de las imágenes, más pudieran con facilidad romper a los herejes sediciosos y matarlos. Mas como estas guildes eran heréticas, no acudieron a remediar los males y al fin prevalecieron los herejes<sup>44</sup>.

Fortunately, as both contemporary sources and later historiography point out, during the iconoclastic attacks only a very limited number of lives were lost. On the contrary, the destruction and damage caused to Catholic buildings and their contents were very notable, although in those places where the local authorities responded immediately, with firmness and forcefulness, to the rioters, the disturbances ceased almost immediately, and public order was hardly disturbed. This was the case in Mechelen, Lille, Louvain, Bruges - a city where Calvinism was in itself relevant - or Marchiennes, where a mercenary named Fery de Guyon put to flight those who intended to attack the churches of the town<sup>45</sup>.

3. In view of what was happening, on August 20, the governor summoned to her presence the knights of the Golden Fleece and the members of her Council of State, to consult them on how to deal with the situation<sup>46</sup>. With the absence of the Duke of Aerschot and the Count of Mega, the faction in favor of parleying with the rioters in order to avoid a bloodbath, composed of Orange, Horn and Egmont, prevailed over those in favor of harshly repressing the riots, an option preferred by Arenberg and Mansfeld. Influenced by Orange, «architect of the agreement»<sup>47</sup>, Margaret authorized the prince, Horn and Egmont to negotiate for the iconoclastic leaders, as well as not to use force to prevent their preaching, if these were limited to certain places, they surrendered their weapons and did not cause disorders, referring to a later ratification by Philip II<sup>48</sup>:

Mediante las cosas contenidas en la carta de seguridad y teniendo respeto a la fuerza que no se puede excusar y necesidad que reina por el presente, Su Alteza será contenta que los señores que tratan el concierto con los gentileshombres les digan que, quitando las armas al pueblo, en las partes donde de hecho se hacen las prédicas y sermones y contentándose sin hacer escándolo o desorden, no se usará de fuerza ni de hecho contra ellos en las dichas partes, ni a las idas ni a las venidas, hasta que por Su Majestad, con parecer de los Estados Generales, otra cosa se ordenare, y con condición que ellos no estorvarán por ninguna vía o manera que sea la religión católica ni el

<sup>44</sup> AGS, Estado, leg. 536, Doc. 55, fol. 2

<sup>45</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 35; Parker, *España y la rebelión de Flandes*, cit., p. 78.

<sup>46</sup> Notario López, *El laberinto de Flandes*, cit., p. 45.

<sup>47</sup> J. W. Spaans, *Catholicism and resistance to the reformation in the Northern Netherlands*, G. Marnef Ph, Amsterdam 1999, p. 154.

<sup>48</sup> Jaansen, *Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas*, cit., p. 159; Geyl, *The revolt of the Netherlands*, cit., p. 94.

ejercicio de ella, antes dejarán libremente usar los católicos de su iglesia, en la forma y manera que en el tiempo pasado. Fecho en Bruselas, a los 23 de agosto de 1566<sup>49</sup>.

Margaret's text gave rise to confusion. For the governor, what was being authorized was for the Calvinists to continue only with their sermons and even that always outside the walls of the cities. On the contrary, the Reformed interpreted it as an authorization to carry out any type of ceremony, rite or sacrament, even within the cities themselves, understanding it as a sort of “religious truce” that, in practice, only applied to the Calvinists, since the Lutherans only formed a relevant community in Antwerp and the Anabaptists were still considered more a sect than a part of Protestantism<sup>50</sup>.

Alarmed by the turn of events, Margaret wrote to Philip II on August 28, asking him to come in person at the head of an army, to regain control of the situation. This was an idea rooted in most of the Spaniards who had a direct knowledge of the affairs of Flanders, as it was the case of the Valencian humanist Furió Ceriol, librarian regió, who indicated to Felipe in that year 1566: «The Dutch are sick, their disease is dangerous, the remedy is uncertain, and His Majesty is the physicist»<sup>51</sup>.

Under the protection of the decree of August 23, in many villages the Calvinist leaders assumed the functions of municipal magistrates, giving reason to those who feared that their objective was not to obtain tolerance, but to create bastions under Calvinist government, in the image and likeness of Geneva. At Furnes, a Reformed pastor went to the local magistrates and demanded that they destroy the sacred images in the town; when they refused to do so, a host of thousands, led by Calvinist preachers, stormed the town on October 8, although local forces were able to repel them<sup>52</sup>.

In Ghent, in the first days of October, a Calvinist synod met and decided to propose to Philip II to give him three million ducats in exchange for granting religious tolerance to his faith<sup>53</sup>. However, a specialist like Crew believes that there are serious reasons to suspect that this was the real intention of the fundraising that the synod undertook, since they ended up serving to arm the mobs in order to stand up to the royal forces that were trying to reinstate order. That this may have been the end of the money from the beginning seems to be indicated by the fact that six of the ten collectors had actively participated in the iconoclastic attacks and eight of the ten would end up participating in the military clashes against the royal troops. Moreover, the Lutheran community in the region initially participated in the fundraising, but soon abandoned it, believing that

<sup>49</sup> B. Mendoza, *Comentarios de lo sucedido en las Guerras de los Países Bajos*, MD, Madrid 2008, pp. 189-190.

<sup>50</sup> G. Marnef, *The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585*, en P. Benedict., G., Marnef, H. Van Nierop, M. Venard, (ed.), *Reformation, revolt and civil war in Frande and the Netherlands. 1555-1585*, Amsterdam, 1997.p. 56.

<sup>51</sup>D. Lagomarsino, *Furió Ceriol y sus Avisos acerca de los Estados Bajos*, en *Bulletin Hispanique*, 80, 1978, p. 102.

<sup>52</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 16.

<sup>53</sup> Marnef, *The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585*, cit., p. 58.

the Calvinists wanted to use the money to arm themselves to achieve their own political and religious agenda<sup>54</sup>. Marnef differs from this interpretation, who considers that the will to deliver the money to the king was sincere, and that the funds were diverted to finance the armed struggle only in the face of the threat posed by the arrival of Alba's troops<sup>55</sup>.

In autumn another synod took place, the Synod of Antwerp, a meeting of Calvinists whose original purpose was to find a confession of faith whose terms were covered by the general framework of the Confession of Ausburg<sup>56</sup>, presented to Charles V in the diet of that German city in 1530. With this, it was hoped that a certain coincidence of interests could be formed between the Calvinist movement, the magistrates of the cities and the nobles. It was decided to officially adopt the Walloon Confession or Belgic Confession, but the synod went much further and took on a different meaning when the debate about the legitimacy of resorting to force of arms, if necessary, to defend the interests of their faith came to the fore<sup>57</sup>. This was a long-standing topic of debate within Calvinism, as it had arisen as to whether it was licit to use force to free those who were imprisoned because of professing Calvin's ideas<sup>58</sup>.

The Synod of Antwerp chose to consider legitimate the use of force in defense of the faith, opening the door to armed confrontation with the authorities.

Faced with the continuing deterioration of the situation, and realizing that some of the territories that were under the administration of Orange, Egmont and Horn tolerance was going beyond what was allowed by the agreement of August 23<sup>59</sup>, on October 15 Margaret was forced to prohibit again all public manifestation of the Reformed confessions, since the Calvinists were beginning to erect their own temples openly<sup>60</sup>. However, this did not put an end to the incidents either. In Maastricht, on November 3, there were new attacks on Catholic churches and images, but this time the rioters were not content with this, and barricaded themselves in the Market Square, confronting the forces sent to restore order to the city. In Hasselt, led by Herman Moded, the Calvinists took control of the city by attacking the officials, recruited militias and razed the churches. The inhabitants were declared enemies of the king<sup>61</sup>.

Faced with the impossibility of achieving a return to peaceful order and the impotence of the local authorities and forces to achieve it, Marguerite ordered the establishment of military garrisons inside the cities. Five cities, where the Calvinists had taken control, such as Tournai or Valenciennes, refused to let these forces enter,

<sup>54</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 17.

<sup>55</sup> Marnef, *The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585*, cit., p. 57.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 57.

<sup>57</sup> M. Van Gelderen, *The political thought of the Dutch revolt (1555-1590)*, Cambridge, New York 1992.

<sup>58</sup> Marnef, *The dynamics of reformed religious militancy: The Netherlands, 1566-1585*, cit., p. 52.

<sup>59</sup> Geever, *How to save a life? Alonso de Laloo, secretary to the count of Horn, on a mission to the Spanish Court (1566-1567)*, cit., p. 74.

<sup>60</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 13.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 16.

which was tantamount to declaring rebellion, so they were besieged by the governor's troops<sup>62</sup>.

4. Count Horns, who had been a negotiator for the Monarchy at the Peace of Cateau-Cambresis - as well as Orange<sup>63</sup> - commanded the fleet that transported Philip II to Spain in 1559<sup>64</sup> and was captain of his bodyguard until his return to Flanders in 1563<sup>65</sup>, was sent to Tournai to deal with the local Calvinist leaders, but his mission ended without any positive result, and ended up arousing Margaret's misgivings about what, in her opinion, were the Count's excessive sympathy towards the rebels<sup>66</sup>. With the royal garrison entrenched in the citadel and under the command of an officer, Moulbais, of undoubted loyalty to the Crown and who refused to cooperate with the civil authorities established by the Calvinists, Tournai was plunged into a situation of impasse that extended throughout the autumn of 1566<sup>67</sup>.

William of Orange, for his part, went to Antwerp, in an attempt to have his authority reestablish the situation in the city of the Scheldt. On arriving at the town, the prince found that the Calvinists were already preaching inside the walls, something that he partially remedied, authorizing them only to do so in an old Franciscan monastery, which the nobleman narrated as follows in a letter he sent to Philip II months later, on April 16, 1567:

Sire: Estando las revueltas en este país de Vuestra Majestad tan grandes y viendo el poco medio de poder advertir a Vuestra Majestad de ninguna intimidad del estado del país no he querido importunar a Vuestra Majestad con mis cartas, y también porque durante estas revueltas he estado poco con Su Alteza, la cual en el comienzo me envió a esta villa para tenerla y mantenerla en el servicio y obediencia de Vuestra Majestad y en tranquilidad y reposo y todo el dicho país en general, en lo cual me he empleado de tal manera que gracias a Dios esta villa tan importante jamás se ha desvergonzado a ninguna rebelión aunque muchos del populacho han estado muy delante de hacer inconsideradamente mucha insolencia que ciertamente merecen muy grande castigo, de lo que ha pesado mucho a los buenos del pueblo, y también sepa Vuestra Majestad que todo esto sucedió en mi ausencia y antes de que yo fuese enviado por su alteza a esta villa la cual cuando yo vine se hallaba en tal desorden que puedo asegurar a Vuestra Majestad como cosa notoria que estaba en términos de perderse y arruinarse, lo cual Vuestra Majestad podrá entender la verdad de ello a su venida, aunque veo los

<sup>62</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 18.

<sup>63</sup> J. E. Hortal Muñoz, *Los asuntos de Flandes. Las relaciones entre las cortes de la Monarquía Hispánica y de los Países Bajos durante el siglo XVI*, Editorial Académica Española, Madrid 2011, p. 73.

<sup>64</sup> Notario López, *El laberinto de Flandes*, cit., p. 17.

<sup>65</sup> The captaincy of the corps guard was one of the offices of the House of Burgundy of Philip II that, as a rule, had to be in the hands of a Fleming (Hortal Muñoz, *Los asuntos de Flandes*, cit., p. 61).

<sup>66</sup> Rebellion and other related crimes were always a notable concern for the Monarchy. On this, referring to another period, see M. Fernández Rodríguez, M., *Delitos y orden público en el estado constitucional: fenomenología, normas e instituciones*, Dykinson, Madrid, 2023.

<sup>67</sup> Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 53.

que al presente el acuerdo porque querían meter las prédicas dentro de la villa y se puso en aventura de perderse y por no hallar medio ni orden para señalarles lugar fuera fue necesario de darles el monasterio de los franciscos donde antes predicaban, de donde el magistrado nunca les pudo echar, pero de todas las partes donde comenzaron a hacer predicas dentro de la villa después del acuerdo los hice quitar<sup>68</sup>.

Once the above-mentioned agreement was concluded in Antwerp, Orange went to The Hague, where the provincial states, according to the prince, offered him 50,000 guilders in gratitude for having pacified the area, which Orange refused, always according to his version after the fact, fearing, probably with reason, the bad reputation that could bring him to accept them and to demonstrate the disinterestedness of his services to the Crown:

Después vine a La Haya donde se habían juntado los estados del dicho país, los cuales viendo lo que yo había hecho por apaciguarlo todo me hacían un presente de cincuenta mil florines, lo cual no me venía mal a propósito, como Su Majestad fácilmente lo podrá conjeturar para comenzar a sobrellevar mis deudas grandes que tengo y he hecho en el servicio de Su Majestad imperial, y en el de Vuestra Majestad, así en guerras como en otros viajes y jornadas, pero no los quise aceptar para que se entienda se vea que los servicios que yo hago no proceden por avaricia ni por mi particular interés, sino solamente de verdadera afición que siempre he tenido y he de tener toda mi vida y como la he de hacer siempre al servicio de Vuestra Majestad y bien del país y en parte lo rehusé también por la fama que había<sup>69</sup>.

From the Hague, Orange returned to Antwerp, where Hoogstraten, who had been left in charge of the square after the prince's departure, was having trouble maintaining order. The Calvinists had gathered an armed crowd - Orange speaks of 20,000 men - in Maix Brugge, a place near Antwerp, with which they intended to come to the aid of the besieged Valenciennes. However, Orange managed to convince them to lay down their arms and their attitude:

Esta junta se puso en armas en grandes juntas hacían hasta muchos millares de ellos en un lugar que se llama Maix Brugge, los cuales aunque con gran trabajo y mañas y peligro de más vidas fueron finalmente reposados quitándoles las armas y la artillería que tenían y todas las cosas se pacificaron como de antes sin ninguna efusión de sangre, gracias a Dios, de lo cual había apariencias porque había de todas partes más de veinte mil hombres en armas de lo que podrá dar testimonio el magistrado y las naciones de mercaderes y los buenos vecinos de esta villa<sup>70</sup>.

<sup>68</sup> Carta del príncipe de Orange a Felipe II, AGS, Estado, leg. 536, doc. 49, fols. 2-3.

<sup>69</sup> AGS, Estado, leg. 536, fol. 2.

<sup>70</sup> AGS, Estado, leg. 536, fol. 4.

The fractious town seemed to be finally pacified in March 1567, when Orange signed a capitulation with the city on March 13, whose content deserves to be reproduced in its entirety:

Primeramente, que todos los vecinos y moradores de esta villa, de cualquier religión que sean hasta ahora admitidos, harán juramento en manos de su excelencia y señoría de que ellos quedarán leales a Su Majestad el rey nuestro señor y a la villa, y que ayudarán a guardar la dicha villa a servicio de Su Majestad y para el común sosiego y prosperidad de ella y de los moradores, en todo y por todas sus posibilidades.

Ítem, que ni los dichos gobernadores ni tan poco los soberanos concederán de entrar de fuera alguna guarnición o gente de armas, sino con el consentimiento expreso de todos los miembros de esta villa y con consejo general, sin hacer diferencia por causa de la religión.

Ítem que cualquiera hará su extrema diligencia para que las libertades ancianas y privilegios de esta villa sean guardados y especialmente la bienvenida del rey, que se llama en flamenco *blyde incompta*.

Ítem para el común sosiego y prosperidad de esta villa y conservación del tráfico y negociación de ella, los contratos hechos con los de la religión en el mes de septiembre quedarán en su fuerza y vigor hasta tanto que por Su Majestad con los estados generales otramante sea ordenado sobre el caso de la religión.

Ítem, que todos los miembros y así mismo los de la religión y juntamente los eclesiásticos de esta villa prometerán unos a otros, pero a lo contrario, que ayudarán y defenderán con todo su poder los unos a los otros, si por ventura alguna violencia les fuera hecha.

Ítem, para más seguridad y tranquilidad de cualquiera persona, las llaves de las puertas se entregarán luego en manos de su excelencia y su señoría, los cuales ordenarán cuando se ha de abrir o cerrar dichas puertas.

Ítem, que de aquí en adelante se ha de tener grande y buena guarda juntamente con los vecinos y soldados, sin haber alguna diferencia a causa de la religión, de tal manera que lo mismo será ordenado por los dichos gobernadores según la exigencia del tiempo la cual dicha guarda se acostumbrará de aquí adelante lo que ordenaren los dichos señores gobernadores.

Ítem, que todo lo que ha sido hecho hasta ahora sea entendido ser hecho para conservación de esta villa y que por eso ni por otras causas acontecidas el día de ayer o hoy ninguna será castigado ni corregido en cuanto el caso toca a los dichos gobernadores.

Ítem que cualquiera persona no siendo de la guarda se haya de volver luego a su casa a entender en su oficio, como es acostumbrado de hacer.

Ítem que por los dichos gobernadores para mayor seguridad de la villa se tomaran con aviso de los miembros, hasta cuatrocientos caballos y que así mismo la ribera será guardada con naos de guerra a tiempo que los dichos gobernadores lo hallaran expediente y esto con tales capitanes como quisiesen escoger los dichos gobernadores con común consentimiento.

Ítem, que todos los moradores de esta villa así católicos como seglares sin ser ninguno reservado han de contribuir en los cargos y gastos que se harán necesariamente a causa de la defensa de la villa.

Ítem, que la artillería será puesta sobre las murallas y quedará en guarda de los dichos gobernadores.



Y por cuanto algunos de mala voluntad, so calor de religión, podrían cometer alguna cosa de que redundaría alboroto entre común sosiego y seguridad, que en tal caso cada uno de cualquier religión ayudará en cuanto le sea posible a defenderlo y a perseguir el tal malhechor o echador.

Y para más firmeza y entretenimiento de la parte los dichos gobernadores y soberano magistrado sobre palabra y los miembros de la villa y los de la religión por sus juramentos prometerán de mantener y guardar todos los dichos puntos sin haber ni venir a contrario en ninguna manera.

Y allende esto, que los capitanes y soldados estando al presente en servicio y los que aún se han de tomar por común consentimiento habrán de jurar este punto contrato.

Y para efectuación de esta paz general todos los miembros de esta villa y también los de la religión suplican a Su Excelencia y señora, conforme a los buenos oficios y presentación de ellos, sean servidos perseverar en el dicho su gobierno y de quedar a aquí al servicio de Su Majestad y sosiego de esta villa, por tener ellos entera confianza que así lo harán y someten en todo según la orden buena que a los dichos señores gobernadores les pareciere, rogando así mismo, humildemente, manden aceptar la petición de ellos y de esta villa y de los moradores de ella a servicio de Su Majestad y de la prosperidad común.

Este acuerdo y ordenanzas se hicieron y acordaron en 14 de marzo de Amberes<sup>71</sup>.

Immediately, on the same day of the signing of the agreement, 800 Spanish, Italian and Portuguese soldiers entered the city through the Puerta de la Vida, under the command of Jerónimo Curiel and Thomafiesco Racio, with the consent of the local authorities, taking control of the district between that gate and the church of Santiago, located on the street of the same name. Meanwhile, nobles such as Orange, Hoogestracht, the lord of Villiers and the barons of Herinoyela remained in the city<sup>72</sup>.

Despite all this, Orange himself harbored doubts that the capitulations would truly serve to hold the city in the medium term:

De Amberes tememos mucho no venga a ser otra Valenciennes porque las apariencias son muy grandes, porque todas estas capitulaciones no van a ningún buen fin mayormente que los que gobiernan andan con das caras y creo que siempre que puedan procurarán proseguir su dañada intención, y muchas otros villas y aún todas se gobiernan según la orden que ellos dan. Digo los que han servido en esta maldad, y aquí están los del magistrado de dicha villa, procurando con Su Alteza la confirmación de estas capitulaciones, en todo fingiendo el servicio de Su Majestad, que como ellos lo hacen les de Dios la salud<sup>73</sup>.

It seems that from the beginning of the crisis caused by the Fury, Margaret was suspicious of Orange's loyalty. In her letter of August 28 to Philip II, the governor accused Orange of trying to displace her in order to take de facto power into her own hands, while indicating that both the prince and the counts of Egmont and Hoogstraten

<sup>71</sup> AGS, Estado, leg. 535, fols. 227 y siguientes.

<sup>72</sup> AGS, Estado, leg 535, fol, 234.

<sup>73</sup> AGS, Estado, leg. 535, fol 235.

had «turned away from God and the king»<sup>74</sup>. The truth is that the Fury had placed the high Dutch aristocracy in a very delicate situation, trapped between two options that were far from ideal for most of them: either to support the repression by the forces of the governor and, therefore, of the king of Spain, or to align themselves with what had become a radical Calvinist movement, in open insurrection against the authorities<sup>75</sup>.

The governor insisted on the need for the monarch to come in person to the Netherlands and on the conviction that several members of the local high nobility were actually conspiring against the interests of Philip II - before she sent her personal secretary, Alonso Lopez Gallo, to her presence, with orders to convey by word of mouth to the king of Spain an alarming piece of information that had come to the governor's knowledge:

Lo que vos Alonso López Gallo habéis de decir de palabra por orden nuestra a Su Majestad:

Primeramente le habéis de decir que el príncipe de Orange el conde de Hofstrat [Hoogstraten], Brederode y el conde de Nieunarden, en nombre del conde de Horn escribieron una carta hará seis días para el conde Egmont, a donde todos juntos le rogaron mucho, y exhortaron que se mirase con ellos en una nueva unión, por medio de la cual prometían y protestaban que harían acabar las prédicas en este país, para que Su Majestad no tuviese causa de venir armado a él, y que solo hiciese instancia que viniese aquí con poca gente de guerra, y que cuando quisiese todavía Su Majestad venir armado sin tener consideración a lo que está dicho arriba, que entonces ellos se coligarían para que no entrase en estos Estados, queriéndolos tiranizar como ellos dicen, cortar cabezas, confiscar haciendas, hacer capillas y meter en ellos guarniciones de soldados españoles, y, en fin sojuzgarlos y tratarlos como tierras de conquistas.

Habéis de decirle a Su Majestad que esto he entendido yo de dos personas, que la una de ellas ha leído la carta sobredicha y a la otra lo ha contando el mismo conde de Egmont, por manera que es cosa que puede dar crédito enteramente<sup>76</sup>.

However, her sources indicated to Margaret that Egmont had shown himself opposed to any action or conspiracy that might be incompatible with loyalty to the Crown:

Habéis, así mismo de decir que la respuestas que el conde de Egmont hizo a aquellos cuatro sobre dichos señores, según me lo refirió una de las dos personas sobredichas, fue que él no se quería firmar con ellos en ninguna forma ni manera y que le parecía que todos se debían fatigar y procurar por lo que toca al servicio de Dios y de Su Majestad en hacer obra para que estas prédicas cesasen y que como hubiesen cesado entonces los estados de ellos mismos podrían suplicar a Su Majestad, con toda humildad fuese servido de no venir con tan grueso ejército aquí como se decía que venía<sup>77</sup>.

<sup>74</sup> AGS, Estado, leg. 530, sin numerar, carta fechada en 27 de agosto de 1566.

<sup>75</sup> Van Gelderen, *The Dutch revolt*, cit., p. xii.

<sup>76</sup> AGS, Estado, leg. 536, doc. 4, fol. 2.

<sup>77</sup> AGS, Estado, leg. 536, doc. 4, fol. 3.

After Egmont's first refusal, the other nobles tried to arrange a personal meeting with him, but the Count refused to attend and warned Orange and the others that they should measure their actions well so as not to incur in treason to the Crown and the Catholic faith<sup>78</sup>. Alarmed, the other nobles asked Egmont to return their original letters, in order to remove the evidence that those conversations had taken place, to which Egmont agreed<sup>79</sup>.

5. From the military point of view, the situation generated by the Fury was particularly serious in the county of Hainaut, where the cities of Valenciennes and Tournai escaped completely from the control of the authorities and were left in the hands of Calvinist leaders Guy de Bray and Peregrin de la Grange<sup>80</sup>. The Catholic population was expelled from the first of these cities, and the Calvinist leaders sent a letter to Philip II in which they accepted obedience to the monarch in everything that was not a matter of conscience, that is, in religious matters<sup>81</sup>.

Faced with the refusal of the rebels to comply with the demands of the governor of the county, Philippe de Noircarmes, he declared Valenciennes officially rebellious in September 1566, and laid siege to it on December 6, but without taking offensive action against the city, in an attempt to avoid what he feared could easily degenerate into a bloodbath. However, when a Calvinist force tried to help Valenciennes, a battle took place in Wattrelos, on December 27 of that year<sup>82</sup>, followed by a second clash, much

<sup>78</sup> «You will also tell his Majesty how four days after this the Count of Hostrat sent a gentleman of his to Egmont to persuade him to go and see the Prince of Orange, Brederode, Horns and himself, to discuss the manner in which they were to preserve the liberty of the country and to secure their persons and their goods in case, as has been said above, his Majesty should wish to come here with forces that could put all this into execution, speaking with great urging to the said Egmont to condescend to what was proposed to him, who openly refused and said that he did not wish to go there, serving them and exhorting them to look well to what they were doing, both for religious matters and for the service of His Majesty and their own honor, persuading them to treat them as the faithful vassals of their king should treat them, because those who did otherwise would be regarded as enemies, as if they were wearing a white sash, and that as for what they wanted to signify that from his Majesty he will come to give the beginning of these states into Spanish hands, that in case he is treated in such a way that he cannot resist he does not for that reason intend to take up arms against his Majesty, but that he will retire to his house and that when he cannot be there he will leave the country». (AGS, Estado, leg. 536, doc. 4, fol. 3).

<sup>79</sup> "You must likewise tell His Majesty that the aforesaid lords have asked the said Count of Egmont for all the original letters he has received from them, that he has already sent them to them, and it is to be believed that they will also send theirs to him again. (AGS, Estado, leg. 536, doc. 4, fol. 3).

<sup>80</sup> Geyl, *The revolt of the Netherlands*, cit., p. 93.

<sup>81</sup> Crew, *Calvinist preaching and iconoclasm in the Netherlands, 1544-1569*, cit., p. 19.

<sup>82</sup> The Calvinist forces, surprised by the government troops, took refuge in one of the local churches. The commander of the government troops, Maximilian Villiain, Baron of Rassenghien, ordered the building to be set on fire in order to force his adversaries to vacate the building, and several Calvinists perished in the flames. (R. S. Du Plessis, *Lille and the Dutch Revolt: Urban Stability in an Era of Revolution, 1500–1582*, Cambridge University Press, Cambridge 2002, p. 37).

bloodier, in Lannoy, in the vicinity of Tournai, on the 29th<sup>83</sup>. Both battles resulted in Calvinist defeats, successes that were accompanied by the arrival of the forces of Noricarmes to Tournai in the night of January 1 to 2<sup>84</sup>, and the capitulation of the town the next morning. The impact of these events was such that, in Parker's opinion, it almost put an end to the Calvinist influence in West Flanders, despite being the area where Calvin's ideas had a greater implantation<sup>85</sup>.

Noricarmes ordered the surrender of all the weapons in the city and stationed his troops, eleven companies, inside Tournai itself. Immediately, the Calvinist magistrates were expelled from their posts and a tight control was imposed on the entrances and exits of the urban center. A thousand arrests were made, which, over the next five years, would lead to a total of 172 executions<sup>86</sup>.

Margaret of Parma gave a last chance to find a negotiated solution to the siege of Valenciennes by sending the Count of Egmont and Philip of Croy, Duke of Aarschot to parley with the rebels. This was one of the most outstanding nobles of Henao and Brabant, with a seat in the States General and designated in 1665 to occupy a seat in the Council of State that advised Margaret of Parma in Brussels<sup>87</sup>, having been a loyalist to the Crown and Catholicism, which had led him to confront Orange. From Brussels his performance in the first weeks of the Fury had been praised, trying to reduce Henao to obedience<sup>88</sup>, so his choice to negotiate with Valenciennes, in view of all this, seems perfectly logical, despite being little inclined to make concessions to the revolters; not in vain, when leaving Flanders years later, the Duke of Alba dedicated to him these words, in his opinion, of praise: «he is a good gentleman, little given to negotiate»<sup>89</sup>.

Whether for one reason or another, nothing positive came out of the talks, so, in view of the failure of this new attempt, the besieging forces began to bombard the city on March 20<sup>90</sup>, which unleashed a rain of shells on Valenciennes that lasted for the next 36 hours and led to the capitulation of the city on the 23rd, Palm Sunday and the

<sup>83</sup> Between 700 and 800 Calvinists lost their lives at Lannoy. (E. J. Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 53)

<sup>84</sup> In the subsequent period, from 1567 to 1572, about a thousand Calvinists from Tournai were prosecuted or went into exile. (Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 51).

<sup>85</sup> Parker, *España y la rebelión de Flandes*, cit., p. 95.

<sup>86</sup> Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 54.

<sup>87</sup> Jaansen, *Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas*, cit., p. 155.

<sup>88</sup> AGS, Estado, leg. 531, fol. 28, carta de Tomás de Armenteros a Antonio Pérez, fechada en Mons el 14 septiembre de 1566.

<sup>89</sup> Jaansen, *Un noble ambitieux entre guerre et paix pendant la Révolte des Pays-Bas*, cit., p. 162.

<sup>90</sup> This is how Orange referred to it in one of his letters: "Yesterday they began to beat the defenses of Valenciennes and tomorrow the battery will be placed, and no doubt it will be taken when they do not want to surrender, because in the head there is great division, because in the trenches we hear the voices they give because some want and wish to make capitulations, assuring themselves, and others there are who do not consent. With all this I have for certain they will surrender because fear guards the vineyard, mostly it is understood that our artillery has terrified them a lot." (AGS, Estado, leg. 535, fol 236). The prince was not mistaken, on this occasion, with his judgments.

beginning of the Christian Holy Week of that year. After being arrested during an unsuccessful attempt to flee from the royal troops, La Grange and Brey were captured and imprisoned first in Tournai and then in Valenciennes itself, where La Grange and Brey were finally hanged on May 31, 1567. Brey, author of the Walloon Confession, still addressed a few last words to the crowd gathered to witness the execution, but his speech was interrupted by the executioner, who pushed Brey off the scaffold before he finished. Altogether, between 1566 and 1572, 127 people were executed in connection with the insurrection of Valenciennes during the Fury<sup>91</sup>, some of whose trials Margaret of Parma gave an account to the king in a letter of June 1566:

Estos días han los comisarios de Vuestra Majestad en la villa de Valenciennes hecho prender dos predicadores y descabezar los dos, padre e hijo, con Mathieu, que eran los tres principales capitanes de los rebeldes, declarando los bienes confiscados a Vuestra Majestad, y hacer allí mismo proceso de algunos otros prisioneros para ordenar después lo que convendrá. En Tournai se ha hecho también ejecución de algunos cargos criminales de haber guiado y traído los saqueadores de las iglesias y hecho otras emociones (...) Han comenzado el proceso de otros muchos prisioneros y que en breve vendrán a hacer relación al consejo aquí. En Maastricht, Boldur y otros lugares no se ha hecho hasta ahora nada más yo he ordenado se encaminen los negocios con diligencia<sup>92</sup>.

A few days before the fall of Valenciennes, another Calvinist force of about 2,500 men was defeated at Oosterweel, on March 13, a short distance from Antwerp, when the surrounding 800 men commanded by Philip of Lannoy fell upon the Calvinist camp before dawn, taking the rebels by complete surprise. William of Orange, who was in Antwerp, refused to allow the Calvinist citizens of the city to join the battle, claiming that their loyalty to Philip II prevented them from doing so. Even so, a large contingent of Calvinists left Antwerp to join the fray, but immediately returned to the protection of the walls when they saw the magnitude of the defeat of their co-religionists and the ferocity displayed by Lannoy's forces, who executed on the spot many of the Protestants taken alive<sup>93</sup>.

The fortunes of arms had definitely tilted to the side of the governor's forces. Valenciennes and Tournai had been taken, Antwerp pacified - if only temporarily - and for his part, Arembergh succeeded in bringing to obedience several places in Friesland, a region in which the local authorities had even led attacks on several localities<sup>94</sup>. The capitulations that the nobleman granted to the village of Lenuuarde, in January 1567, in which he committed himself to return to the parameters in force during the Moderation, in exchange for the rioters to stop their attitude, can serve as an example:

<sup>91</sup>Hadley, *Privilege and Reciprocity in Early Modern Belgium*, cit., p. 53.

<sup>92</sup> AGS, Estado, leg. 536, fol. 3.

<sup>93</sup> J. Spohnholz, *The Convent of Wesel: The Event that Never was and the Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge 2017, p. 26.

<sup>94</sup> P. Arnade, *Beggars*, cit., p. 121.

Cuanto a lo primero, que la villa de Lennuarde efiuará y satisfará al acto entregando por su voluntad a los burgamaestres de la dicha villa de Lennuarde a 8 de este mes.

Lo segundo que la dicha villa y los habitantes de ella no harán ni recibirán de aquí adelante en la religión.

Ítem que la dicha villa no hará ninguna liga con persona alguna.

Los que han hecho liga, la renunciarán y en defecto de no hacerlo no gozarán del efecto de este acuerdo.

Que los de la villa de aquí en adelante publicarán todos los *placards* que les fueren enviados de parte de Su Majestad, como por lo pasado han hecho hasta ahora.

Que ellos gozarán de la abolición de la Inquisición y del rigor de los *placards* tocantes a la religión y publicados poco antes, conforme al acuerdo hecho con los confederados.

Ítem, que ellos entregaran en las manos de Monsieur el gobernador toda su artillería, con su munición debajo de inventario y juramento para que se lleve y se guarde en la plaza que más fuere de su voluntad, en utilidad de la dicha villa y de Su Majestad real, y que allí esté hasta tanto que Su Majestad ordene otra cosa.

Ítem, que la dicha villa juntamente gozará de lo que los diputados del país o de la villa hubieren obtenido o obtuvieren de Madama la duquesa, tocante a la religión.

Que la dicha villa gozara también de lo que fuere concedido por Su Majestad a algunos otras países o villas de su País Bajo, cuanto al hecho de la religión, así en general como en particular.

Ítem que para la seguridad y observancia de lo que está dicho, darán sus fianzas y los bienes de Ricer van Royda, Mathias Conmingha, Douluena, Goffe Vanauingha, doctor Secresamia, Tuerik Duaelles, Alle Irges, Ubybrant Ecclessest y Sibrant Sibrants, y cuando no pudiesen hacer que otros entregasen esa fianza, podrán en ella otras personas suficientes en este lugar, a contento de Su Majestad.

Y todo lo que está dicho será debajo del buen placer y voluntad de la autoridad de Madama, que será en diligencia advertida de lo que pasa.

Y en el caso de que su alteza lo conceda no serán más cargados con la infantería o caballería que está dentro o fuera de la villa.

Ítem, que todo lo que está dicho habrá lugar en lo tocante al hecho de la religión hasta que por Su Majestad real con los comunes diputados fuera ordenada otra cosa.

En el cual caso, serán descargadas las fianzas y quedarán los de la villa en buena tranquilidad o a lo más tarde, dentro de un año.

Ítem, que el dicho monsieur [Arenbergh] hará su deber en cuanto le fuera posible en que la dicha villa y los habitantes de ella hallen un clemente señor.

Concedido así en el claustro de Bergum, a 11 de enero de 1567<sup>95</sup>.

<sup>95</sup> AGS, Estado, leg. 535, fols. 225-226. Arenbergh's loyalty to the Crown is beyond any life. He would lose his life in the battle of Heilegerlee, in 1568, where, seeing the layout of the battlefield, he recommended to the Spanish commanders not to attack the enemy positions. When he was reprimanded for his supposed lukewarmness, the nobleman replied: "I, with all this, will be the first to fight and die. Thus I will show if I degenerate from my blood and myself in cowardice, and if I fail religion and the king in fidelity." So he did, without being able to avoid that, as he feared, the battle turned into a disaster for the king's forces in which about six hundred men died: "He of Arenbergh, doing more the office of a soldier than of a captain, died in the first encounters of the battle, fighting with the utmost courage. (G. Bentivoglio, *Guerra de Flandes*, Francisco Martinez, Madrid 1643, p. 65).

6. The first reports on the Iconoclastic Fury reached Philip II on September 3, 1566, as already indicated, but the monarch was ill and did not address the issue with his Council of State until September 22<sup>96</sup>, although it seems that the key meeting was the one that took place on October 29. In her, according to Cabrera de Córdoba, one of the first advisers in taking the floor during the meeting was the count of Chinchón, supporter to repress with hardness to those who had been implied in the Iconoclast Fury, but also supporter that this repression was carried out by Felipe II in person, since "going another one, for great and prudent that was, it would not be well obeyed but hateful". In this idea he had the support of the Prince of Eboli, but both Manrique de Lara and the Duke of Alba opposed the departure of the monarch, arguing that the chastisement should be imparted by a general and not by the sovereign in person. The position of Alba and Manrique de Lara eventually prevailed. However, Manuel Fernández Álvarez has found some impressions in Cabrera de Córdoba's account that cast doubt on the veracity of his account of the Council of State of October 29. For example, Fernández Álvarez considers it certain that Alba could not have been present, since he was prostrate as a result of the gout he was suffering from and, in addition, his relationship with the monarch was going through a very complicated moment, after Philip II ordered the arrest of the Duke's son, Fadrique, for not fulfilling his promise of marriage to Magdalena de Guzmán, one of the ladies of the Philippine Court<sup>97</sup>.

As a result of the synod's deliberations, the king finally confirmed the need for military intervention to pacify the Netherlands by force<sup>98</sup>. As Cornejo pointed out:

Desengañada ya la Majestad del Rey Felipe de las blanduras y halagos de los flamencos, de las mentiras y ficciones del de Orange, de los pecados y blasfemias que a los españoles todo el mundo cargaba, (...) solo los dañados ánimos contra la fe católica y su obediencia eran los verdaderos estribos de esta guerra<sup>99</sup>.

The basis of the plan was that those who had taken up arms in open rebellion against the authorities would be harshly punished and that this punishment would be carried out by a military commander sent by the monarch. Once this was done, Philip II himself would travel to the Netherlands in order to show clemency without undermining his authority.<sup>100</sup>

The Storm of the Statues seems to have been, metaphorically, the straw that bent the camel's back, in several senses. In the first place, it seems to have broken almost definitively the confidence that could still exist in the loyalty and commitment of a

<sup>96</sup> H. De Schepper, *Justicia, gracia y policía en Flandes bajo el Duque de Alba (1567-1573)*, cit., p. 205.

<sup>97</sup> M. Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro*, cit., pp. 316-318.

<sup>98</sup> H. Kamen, *Felipe de España*, cit., p. 120.

<sup>99</sup> P. Cornejo, *Sumario de las guerras civiles y causas de la rebelión de Flandes*, Phelipe Tinghi, Lyon 1577, pp. 87-88.

<sup>100</sup> Fernández Álvarez, *El Duque de Hierro*, cit., p. 323.

significant part of the high Dutch nobility, such as Orange or Horn<sup>101</sup>. Thus, six months after the Fury, Friar Lorenzo de Villavicencio recommended that the companies of the nobility of the Netherlands be purged of suspected heresy:

Mande Vuestra Majestad a los señores de los Estados Bajos que tienen las banderas ordinarias que no hagan a ningún gentilhombre teniente de su bandera, ni reciban en ella ninguno que sea infamado de herejía, y que para recibir los soldados de estas banderas, hagan suficiente información de la religión que han tenido, y si han servido a Francia<sup>102</sup>.

The breakdown of trust reached the point where the king's agent was giving the specific names of those nobles whose forces needed particular attention, following their dubious behavior in the Fury:

Y en particular, si no se hubiere hecho deber mandar Vuestra Majestad que los soldados de las banderas del príncipe de Orange, y de los condes de Egmont y Horn, y de Montigny, y Brederode, se despidan luego, porque son y han sido de estas opiniones y de sus ligas<sup>103</sup>.

Secondly, the Iconoclastic Fury mortally wounded the influence of the Ebolist party and its tolerant policy as far as the Netherlands was concerned<sup>104</sup>. Some members of the Council of State, such as the Duke of Feria, remained opposed to the sending of troops, believing that it would be interpreted as an attempt to eliminate the sovereignty and privileges of the region<sup>105</sup>, but, after the Fury, Philip II believed that the need for an iron fist policy against those who, in his opinion, generated discord and disorder in his dominions of the Netherlands was imposed. This was not the preferred way for Philip II to approach the problem, but the monarch believed that the course of events left him no other option. As the Duke of Alba would later express to his successor in Flanders, Luis de Requesens, "the king's intention was not to draw blood. Rather, if this business could be remedied by another way, it would be taken"<sup>106</sup>. In the same line, Philip II himself would write to the pope:

Si pudiere, yo procuraré acomodar lo de la religión en aquellos Estados sin venir a las armas, porque yo veo que será la total destrucción tomarlas. Pero que si no se puede remediar todo como yo lo deseo, sin venir a ellas, estoy determinado de tomarlas<sup>107</sup>.

<sup>101</sup> Horn had received his domains in Weert during Prince Philip's visit to the region in 1549, due to the influence at Court of the secretary Francisco de Eraso, with whom the Dutchman had very good relations. (Hortal Muñoz, *Los asuntos de Flandes*, cit., p. 73).

<sup>102</sup> AGS, Estado, leg. 536, Doc. 56, fol. 4.

<sup>103</sup> AGS, Estado, leg. 536, Doc. 56, fol. 4.

<sup>104</sup> Hortal Muñoz, *Los asuntos de Flandes*, cit., p. 97.

<sup>105</sup> Bentivoglio, *Guerra de Flandes*, cit., p. 48.

<sup>106</sup> Álvarez De Toledo, *Epistolario del III duque de Alba*, cit., p. 673

<sup>107</sup> Kamen, *Felipe de España*, cit., p. 120.



Maria Elena Quadrato

## SULL'ACCOMODAMENTO RAGIONEVOLE\*

### ABSTRACT

Lo scritto pone all'attenzione del lettore le plurime sfaccettature del principio dell'“accomodamento ragionevole”, che, presente già nella Convenzione ONU sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006, è entrato a pieno titolo nelle norme – anche come “diritto”, nel Decreto Legislativo attuativo della Legge Delega in materia di Disabilità – e nel linguaggio dei giudici, quale strumento prezioso utile a prevenire discriminazioni a danno non solo della persona con disabilità, ma anche di chi se ne prende cura.

The text highlights to the reader the multiple facets of the principle of “reasonable accommodation”, which, already present in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities of 2006, has fully entered into the norms – even as a “right” in the Legislative Decree implementing the Delegation Law on Disability – and into the language of judges, as a valuable tool useful for preventing discrimination not only against people with disabilities but also against those who care for them.

### PAROLE CHIAVE

Accomodamento ragionevole – disabilità – discriminazioni.

Reasonable Accommodation – disability – discrimination

SOMMARIO: 1. La nascita di un principio. – 2. Uno strumento di equità. – 3. Il “diritto” all'accomodamento ragionevole nella recente normativa italiana. – 4. Una prospettiva e un auspicio.

1. La Convenzione delle Nazioni Unite sui Diritti delle Persone con Disabilità del 2006<sup>1</sup> – il cui scopo dichiarato, all'art. 1, è quello di «promuovere, proteggere e garantire il pieno e uguale godimento di tutti i diritti umani e di tutte le libertà fondamentali e [di] promuovere il rispetto della loro intrinseca dignità» – ha implementato l'elaborazione di strumenti giuridici che, tenuta ferma l'eguaglianza, considerano la specificità della condizione del disabile e soprattutto contrastano le

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

<sup>1</sup> Sul tema, v. per tutti, S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, Commentario*, Aracne, Roma 2010.

discriminazioni esistenti «nel nome di una inclusione che non si limiti ad essere proclamata unicamente sulla carta»<sup>2</sup>. L'Italia è stata tra i primi Paesi ad aderire alla Convenzione e al suo Protocollo opzionale e l'ha ratificata con legge n. 18 del 3 marzo 2009, la quale ha istituito anche l'Osservatorio Nazionale sulla condizione delle persone con disabilità, con il compito di darne attuazione e di coordinare tutte le ricerche che ruotano attorno al tema.

La sua architettura – composta da 50 articoli, che non mirano a sostituire gli strumenti di tutela dei diritti umani già esistenti in precedenza e nemmeno a pregiudicare la legislazione nazionale ed internazionale eventualmente più favorevole, come dichiara l'art. 4, comma 4 – si poggia su alcuni pilastri basilari elencati nell'art. 3 come «principi generali»<sup>3</sup>.

Tra questi sarebbe interessante soffermarsi su due cardini ivi contenuti e cioè quello delle pari opportunità e quello, strettamente legato, dell'accessibilità.

Pur tuttavia la lente del giurista dovrebbe mettere a fuoco, bene e correttamente, lo strumento individuato dalla Convenzione, all'art. 2: il mezzo piuttosto oscuro, perché di fatto non molto conosciuto, dell'accomodamento ragionevole.

Per «“accomodamento ragionevole” si intendono le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali».

L'istituto, infatti, rappresenta, con ogni probabilità, la pietra miliare di tutta la Convenzione. Una soluzione preziosa, indispensabile e assolutamente utile, offerta all'operatore di diritto per realizzare una effettiva e vera inclusione della persona disabile in una comunità paritetica.

Il perseguimento delle pari opportunità è meta da raggiungere per parlare finalmente di uguaglianza e per tentare di eliminare così la discriminazione. L'uguaglianza, c'è da dire, «passa per il riconoscimento della diversità di tutti gli individui», e non si può non apprezzare questa diversità «quale valore»<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> M.G. Bernardini, *Disabilità, giustizia, diritto. Itinerari tra filosofia del diritto e Disabilities Studies*, Giappichelli, Torino 2016, p. 52.

<sup>3</sup> I principi della presente Convenzione sono: a) il rispetto per la dignità intrinseca, l'autonomia individuale – compresa la libertà di compiere le proprie scelte – e l'indipendenza delle persone; b) la non discriminazione; c) la piena ed effettiva partecipazione e inclusione all'interno della società; d) il rispetto per la differenza e l'accettazione delle persone con disabilità come parte della diversità umana e dell'umanità stessa; e) la parità tra uomini e donne; f) l'accessibilità; g) la parità tra uomini e donne; h) il rispetto per lo sviluppo delle capacità dei minori con disabilità e il rispetto per il diritto dei minori con disabilità a preservare la propria identità.

<sup>4</sup> A.D. Marra, *Disabilità, bioetica, e ragionevolezza. Ragionamenti minimi di diritti umani, evoluzione tecnologica e vita quotidiana*, Cedam, Milano 2017, p. 55. Sul tema, v. pure A. Musio, *Differentemente. Per un'etica dell'accomodamento ragionevole*, in *Medicina e Morale*, 6, 2018, p. 641ss., part. 642, il quale sostiene che «La logica degli accomodamenti ragionevoli deve essere intesa

Ne consegue un ulteriore dato, nel senso che, per godere dei medesimi diritti di cittadinanza e partecipazione rispetto agli altri, sono giustificati trattamenti che non siano di favore, ma che, in sostanza, rimuovano gli ostacoli all'interno del contesto sociale. In questa direzione il fine è quello di eliminare l'«ostacolo strutturale» e non, invece, «la concessione di un privilegio»<sup>5</sup>.

L'applicazione del principio di pari opportunità comporta, dunque, che tutti gli Stati parti della Convenzione siano «obbligati» ad adottare «tutte le misure necessarie a conseguire l'eguaglianza *de facto* dei disabili», come stabilisce l'art. 5, par. 4, della stessa Convenzione<sup>6</sup>. Essi sono tenuti, in sostanza, a porre in essere le c.d. «azioni positive», che consistono in misure dirette a favorire i disabili in diversi ambiti, quali ad esempio, l'accesso al lavoro, la formazione scolastica ed altri, con lo scopo di eliminare tutte quelle cause di svantaggio in grado di impedire loro di avere le medesime *chances* che hanno tutti gli altri individui. È ciò che è stato osservato dal Comitato dei diritti dell'uomo, già nel 1989, nel Commento generale n. 18 sulla non discriminazione: «*the principle of equality sometimes requires that States parties take affirmative action in order to diminish or eliminate conditions which cause or help to perpetuate discrimination*»<sup>7</sup>.

Questo principio manifesta tutta la sua forza già nell'essere stato richiamato più volte, a cascata, in numerosi atti internazionali a tutela dei disabili, sia a carattere vincolante sia di *soft law*, adottati a livello universale e regionale, e così fino a giungere, in ambito europeo, alla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale e al Comitato delle regioni, del documento definito *Pari opportunità per le persone con disabilità: un Piano d'azione europeo (2004-2010)*, con il quale si invitano gli Stati Membri dell'UE ad adottare politiche di *mainstreaming* della disabilità, al fine di includere i diritti dei disabili in tutti i settori e processi politici e contemplare azioni per eliminare il persistere di sperequazioni.

La prospettiva dei diritti umani, che è appunto quella contemplata dalla Convenzione del 2006, impone di pensare alle pari opportunità non solo come punto di partenza nel cammino di una persona disabile, ma anche necessariamente come un punto di arrivo, una destinazione che, da sembrare irraggiungibile, diventa invece, e finalmente, una possibilità concreta.

allora come l'esito di una radicale riflessione sul «giusto nelle relazioni umane» che si misuri e si confronti con l'importanza delle differenze nell'uguaglianza della condizione umana: l'insistenza sulla doverosità etico-politica di introdurre «accomodamenti» e «aggiustamenti» deriva, infatti, dalla consapevolezza di quanto le «differenze» possano essere determinanti per la vita delle persone».

<sup>5</sup> Ancora A.D. Marra, *Disabilità*, loc. cit.

<sup>6</sup> Su questo v. V. Della Fina, *Art. 3, Principi generali*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 59 s.

<sup>7</sup> V. doc. A/45/40, par. 10.

Lo strumento che consente di adattare le situazioni più disparate a quella particolare e che richiede maggiore considerazione, impegno e cautela, è proprio quello dell'accomodamento ragionevole<sup>8</sup>. Come un sarto che si trova a fare alcune modifiche all'abito per farlo calzare meglio, questo istituto, previsto dalla Convenzione, ha il compito di andare incontro ai bisogni specifici del soggetto più fragile, scongiurando, dunque, il verificarsi di discriminazioni.

Il suo contenuto, o meglio, il suo funzionamento però appare alquanto incerto<sup>9</sup>. Per inquadrarlo nel modo giusto è importante partire dal concetto, che già nel linguaggio, accomodamento, *adjustment* nella lingua inglese, custodisce e ci riporta, nello stesso tempo, alla dimensione dell'adeguamento, della correzione di un qualcosa che, se lasciato così com'è, porterebbe inevitabilmente alla esclusione del soggetto con disabilità.

Ebbene, non si tratta di «ponderare interessi» ma, più precisamente, di «modificare l'ambiente»<sup>10</sup> che porta alla esclusione inevitabile della persona con disabilità, di «scomodare» «il consueto atteggiamento con cui le situazioni sono per lo più affrontate»<sup>11</sup>.

Un'altra caratteristica che si può intravedere nell'accomodamento è “il carattere di necessità”, che è distinto da quello di “appropriatezza”. Necessario, infatti, è ciò che rende possibile l'esercizio del diritto o della libertà, la quale, in caso contrario, verrebbe preclusa. Appropriato, invece, significa costruito *ad hoc* per il soggetto in questione, calibrato sulle sue specifiche esigenze.

<sup>8</sup> V., tra gli altri, C. Crapanzano, O. De Shutter, *Reasonable Accommodations and Positive Obligations in the European Conventions on Human Rights*, in A. Lawson, C. Gooding (eds.), *Disability Rights in Europe. From Theory to Practice*, Hart Pub., Oxford 2005, pp. 35-63; L. Waddington, *Reasonable Accommodation*, in D. Schiek, L. Waddington, M. Bell (eds.), *Non-discrimination Law*, Hart Pub., Oxford 2007, p. 630 ss.

<sup>9</sup> V., in particolare, il contributo di A. Lawson, *The anti discrimination laws and the CRPD concept of reasonable accommodation worldwide*, in M.L. Chiarella, G. Cosco, A.D. Marra, B. Saccà (a cura di), *Tutela della persona e Disability Studies*, Falzea Editore, Reggio Calabria 2012, pp. 30-40, che sottolinea come «l'istituto non sia compreso correttamente in tutte le sue sfaccettature e potenzialità, né dai giuristi, né dalle persone con disabilità, né da quanti dovrebbero concretamente predisporre le modifiche opportune a beni o servizi. E questa criticità, sia culturale che ideologica, ostacola lo sfruttamento delle potenzialità offerte».

<sup>10</sup> In questa direzione, v. le pagine di A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 75 ss., part. p. 78.

<sup>11</sup> In tal senso v. l'interessante pensiero di A. Musio, *Differentemente*, cit., p. 648, il quale sottolinea che «lo scopo dell'accomodamento ragionevole sia quello di far *essere-comodi* (dal latino *commōdus*, dove il *mōdus* indica l'essere conforme alla *misura* o, in modo più netto, al *modo d'essere* dell'ente in questione), sulla base di una sottolineatura che è già di per sé sufficiente a togliere l'interpretazione meramente psicologico-soggettivista di questa espressione»; e ancora sostiene che «L'assonanza che lega i termini *accomodamento* e *comodità* non deve essere, allora, né ridotta al rango di un banale gioco di parole, né interpretata nei termini della ricerca di un qualche *status* di benessere di segno piccolo-borghese, ma secondo la cifra etica per cui, in alcuni casi, lo *scomodarsi* non è solo una forma di gentilezza o di buona educazione, quanto un preciso e imprescindibile *dovere* etico-politico in vista dell'uguaglianza nella partecipazione e della giustizia sociale».

Il punto centrale dell'istituto, quindi, seguendo la traiettoria indicata dalla Convenzione, è che esso debba essere utilizzato solo “in casi particolari”, e cioè in circostanze che non potrebbero essere gestite diversamente e in cui la progettazione universale del bene o del servizio non è riuscita ad arrivare. È dunque la eccezionalità della situazione, che non può essere superata percorrendo la via maestra, a suggerire una scelta diversa, un aggiustamento ulteriore che intercetti le esigenze del singolo soggetto.

Sembra quasi che, utilizzando il *reasonable adjustment*, ci si allontani però dal concetto di inclusione dei disabili come «gruppo omogeneo»<sup>12</sup> – garantito, invece, oltre che dalla progettazione universale anche dal principio di *mainstreaming*, che richiama il “flusso principale” della vita sociale giuridica, in cui rientrano tutti – e si metta in luce, ma erroneamente, una fastidiosa differenza di trattamento, una separatezza tra gli individui con disabilità e gli altri esseri umani, da rifiutare con tutte le forze.

Questo strumento strategico, che nasce anche precedentemente alla Convenzione e, in particolare, con la Direttiva europea 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, introducendosi l’“obbligo” nei confronti dei datori di lavoro e degli altri destinatari della Direttiva di adottare «soluzioni ragionevoli per i disabili», si muove in un contesto aperto a tutti e indipendente, dunque, dalla presenza o meno del *deficit*, puntando a realizzare un miglioramento concreto della situazione della persona disabile, la quale, per godere di un proprio diritto, ha bisogno di una situazione personalizzata. È la strada per realizzare quella tanto agognata eguaglianza sostanziale<sup>13</sup>, rendendo possibile così un esercizio effettivo dei diritti e delle libertà fondamentali.

2. Il tema degli accomodamenti ragionevoli, allora, «si colloca [...] nel profondo legame che intrattiene con la questione della giustizia, come si vede facilmente se, invece di utilizzare il termine *accomodamenti*, si usa l’espressione *aggiustamenti*, in cui fa capolino, spesso non vista, proprio la forza semantica della parola *giustizia*»<sup>14</sup>. Si presta, dunque, ad essere un “grilletto” per i diritti umani<sup>15</sup>, anche se però, a tutt’oggi, lo è soltanto nelle intenzioni, che restano comunque lodevoli. La Convenzione non specifica quali forme debbano assumere questi assestamenti e opta per un sistema flessibile, che lascia al legislatore nazionale il compito di entrare nel dettaglio e di specificare il contenuto dell’obbligo.

<sup>12</sup> A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 79.

<sup>13</sup> V., in questa direzione, il lavoro di A. D’Aloia, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale: contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Cedam, Padova 2002.

<sup>14</sup> Così, A. Musio, *Differentemente*, cit., p. 643.

<sup>15</sup> È l’immagine, molto suggestiva, utilizzata da A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 80.

Dai lavori preparatori emerge che tali accomodamenti debbano essere individuali, diretti cioè a soddisfare i bisogni “specifici” del disabile, e non “speciali”, perché non si cada nel tranello di considerare le persone con disabilità un gruppo “diverso”; e che siano, inoltre, “interattivi”, ossia che si debba tener conto tanto della persona fragile quanto dell’ente interessato<sup>16</sup>. E ciò implica un dialogo tra il soggetto tenuto a predisporre la modifica e il disabile, che richiede «uno spazio entro cui attivare il confronto tra i soggetti coinvolti»<sup>17</sup>. Ma, forse, ancor prima di questo, è importante individuare chi debba predisporre l’adattamento. Tutto ciò, però, manca.

È curioso, e triste, notare come questo istituto, pur essendo ormai da tempo previsto nella Convenzione, solo da poco abbia fatto capolino nel nostro ordinamento, senza che sia ancora chiaro quale sia la procedura per attivarlo. Esso viene tirato in ballo dai giudici solo per motivare le proprie decisioni, ma non esiste un momento in cui chiedere a chicchessia un adattamento specifico. Sembra di trovarsi davanti a un bellissimo campo da calcio, ma senza giocatori. O meglio, pur essendoci, i giocatori non sanno come giocare. Nella esperienza italiana, l’“accomodamento ragionevole” è stato più volte citato in giurisprudenza per giustificare, ad esempio, l’attribuzione di un certo numero di ore di sostegno ad un alunno con disabilità, garantendogli così, in concreto, il diritto allo studio, oppure l’approntamento di una soluzione idonea ad usufruirne, come una rampa di accesso o la fornitura di un tavolo all’altezza adeguata.

Se si evitasse, invece, il giudizio, favorendo piuttosto un confronto tra i soggetti tenuti a predisporre le modifiche (i cosiddetti *duty-bearers*) e la persona con disabilità, in modo da far emergere le esigenze di quest’ultima, sarebbe un passo fondamentale «per perseguire l’equità all’arrivo»<sup>18</sup>; e ciò perché le pari opportunità non sono, e non devono essere, soltanto un punto di partenza. Per riprendere le parole della *Disability Rights Commission*<sup>19</sup>, «partire da una prospettiva di diritti umani significa riconoscere che gli esseri umani non partono tutti dallo stesso punto [...]. Questo *focus* sull’individuo richiede che siano smantellate le barriere e che si facciano accomodamenti ragionevoli per assicurare l’equità dei risultati per tutte le persone».

È il risultato, allora, ciò che conta. Occorre, quindi, seguire la scia della ragionevolezza<sup>20</sup>, che contiene in sé gli ingredienti giusti per raddrizzare il tiro di fronte alle tante situazioni che lascerebbero un disabile sprovvisto di tutela.

<sup>16</sup> V. le interessanti osservazioni di R. Cera, *Articolo 5. Uguaglianza e non discriminazione*, in S. Marchisio, R. Cera, V. Della Fina (a cura di), *La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità*, cit., p. 81.

<sup>17</sup> A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 76.

<sup>18</sup> Ivi, p. 85.

<sup>19</sup> Organismo di controllo britannico, sostituito dalla *Human Rights Commission*. V., sul punto, A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 85, che richiama il lavoro di A. Lawson, *Disabilità and equality law in Britain: the role of reasonable adjustment*, Hart Pub., Oxford 2008.

<sup>20</sup> Sul tema, cfr. i numerosi contributi contenuti nel volume di G. Perlingieri, A. Fachechi (a cura di), *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, ESI, Napoli 2019. V., anche, tra gli altri, M. Cartabia, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale*

Orbene, il richiamo alla ragionevolezza è illuminante e sembra, in qualche modo, rasserenare il legislatore internazionale, il quale ha potuto fornire, in questo modo, una uscita di sicurezza verso l'inclusione in tutti quei casi che farebbero ripiombare il soggetto disabile nella impossibilità di fare.

Indagando sul suo contenuto, legato naturalmente alla misura così come prevista dalla Convenzione del 2006, emerge, prima di tutto, il profilo della «effettività dell'accomodamento»<sup>21</sup> e cioè la sua idoneità a garantire il pieno godimento dei diritti e delle libertà fondamentali da parte dei soggetti più fragili.

Un ulteriore indice di ragionevolezza è riferito al costo necessario per realizzare l'accomodamento, che, secondo l'art. 2 della Convenzione, non deve essere sproporzionato ed eccessivo per l'ente o il soggetto tenuto ad adottarlo.

Al di là di tutto questo, però, non bisogna dimenticare che si sta ragionando di diritti umani e di fragilità. Tenendo perciò sempre a mente il fine da raggiungere, occorre precisare che, se è vero che la proporzione e il limite fanno stare nei confini del ragionevole, nel senso che tutto ciò che è eccessivo diventa “irragionevole” e di conseguenza risulta non adatto, l'importante è che il soggetto disabile possa esercitare i suoi diritti preservando dignità e autodeterminazione, anche con modalità lontane da quelle offerte dagli strumenti generali, da ciò che è consueto, facile per “gli altri”.

In questo senso, allora, l'accomodamento ragionevole entra nel caso concreto nell'intento di rispondere ad una esigenza della persona in difficoltà. Si valorizza, così, il suo “aspetto propulsivo”, insieme a quello della ragionevolezza, intesa come adeguatezza.

L'ideale sarebbe che questo istituto, allo stato poco compreso e quindi poco utilizzato, non fosse solo un salvagente in determinate circostanze particolarmente scomode per il soggetto debole, che deve combattere, e affannosamente, per ottenere ciò che, invece, gli sarebbe dovuto per legge.

Esso dovrebbe operare come strumento potente, un «grimaldello poderoso per adeguare il diritto alle esigenze della persona»<sup>22</sup>, e grazie alla sua duttilità, alla capacità di accogliere più ipotesi, servire a segnalare la strada giusta, quella dell'inclusione, ormai aperta, e con forza, dalla Convenzione.

Nato nei paesi di Common Law – e, in particolare, nell'*Americans with Disabilities Act* del 1990, poi evoluto nel *Disability Discrimination Act* del 1995 –, si comporta, nella Convenzione, come istituto generale e trasversale, che, delineato nell'art. 2, trova casa in una serie di norme, quali, ad esempio, gli artt. 14, 24, 25, 27.

*italiana*, in AA.Vv., *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, Einaudi, Torino 2016, p. 463 ss.; A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, in *Pol. dir.*, 1, 2006, p. 167 ss.; G. Perlingieri, *Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, p. 716 ss.

<sup>21</sup> V.R. Cera, *Articolo 5*, cit., p. 81.

<sup>22</sup> Così., sempre acutamente, A.D. Marra, *Disabilità*, cit., p. 87 s.

Ma è nell'articolo 5 che si intreccia, in modo particolare, con il divieto di «discriminazione sulla base della disabilità»: misura in cui rientra, nelle parole dell'articolo 2 della Convenzione, «qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento e l'esercizio, su base di eguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo. Essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole».

Ecco, dunque, introdotta una forma *sui generis* di discriminazione, che rappresenta una evoluzione rispetto al diritto comunitario, in cui non si dice espressamente che la mancata attivazione di provvedimenti corrisponda ad una discriminazione. Cosa che, al contrario, si ritrova nella Convenzione, che ha invece accolto la soluzione del nesso tra l'obbligo negativo di non discriminazione e quello positivo di adottare accomodamenti ragionevoli. Soluzione, questa, già supportata dal Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, il quale, nel Commento generale n. 5 del 1994 sulle persone con disabilità<sup>23</sup>, aveva affermato che la mancata adozione di tali accomodamenti costituiva una forma di discriminazione diretta.

E in questo senso si è espressa anche la Corte europea dei diritti dell'uomo, nella sentenza del 6 aprile 2000 relativa al caso *Thlimmenos v. Grecia*. La Corte ha stabilito, e chiaramente, che il trattamento uguale di situazioni significativamente differenti, integra una violazione del diritto a non essere discriminato; e, pertanto, gli Stati sono tenuti a definire, attraverso la propria legislazione interna, le modalità attraverso cui assicurare gli accomodamenti ragionevoli<sup>24</sup>.

Non si può non ricordare, a questo punto, come momento negativo per il nostro ordinamento, la condanna subita dalla Repubblica Italiana da parte della Corte di giustizia europea (4 luglio 2013, n. 312, sez. IV) per essere stata inadempiente, sotto diversi aspetti<sup>25</sup>, rispetto all'attuazione dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, che

<sup>23</sup> Doc. E/C.12/1994/13, par. 15.

<sup>24</sup> CEDU, sentenza del 6 aprile 2000 nel caso *Thlimmenos v. Grecia*, *Raccolta*, 2000-IV.

<sup>25</sup> In primo luogo, i giudici hanno censurato la mancata rispondenza tra la nozione di "handicap" contenuta nella disciplina italiana, basata sul possesso di una determinata percentuale di invalidità, e quella comunitaria, individuata dalla Corte in ogni «limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori». È una nozione, dunque, di "handicap" potenzialmente molto ampia, mutuata da quella contenuta nell'art. 1 della Convenzione ONU del 2006, e che esprime una concezione della disabilità in termini non solo «statici», ma anche «dinamici». Nel senso, cioè, che si fa riferimento non solo a «parametri dati ed oggettivi, funzionali alla misurazione della menomazione in sé», ma anche alla «relazione tra il soggetto affetto da menomazione ed il contesto circostante». Quanto alla violazione dell'art. 5, invece, essa è stata individuata dalla Corte nella mancata previsione, nella normativa italiana, di un obbligo generale di adottare «soluzioni ragionevoli» rivolto a tutti i datori di lavoro, e non solo ad alcuni, e tale da «coprire», in modo effettivo, tutti i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. Su tutti questi aspetti, v. in particolare, le



impone l'obbligo ai datori di lavoro di adottare «soluzioni ragionevoli», intese quali «provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione».

In particolare, di là dalle censure e dalle considerazioni fatte dai giudici di Lussemburgo, ciò che viene a galla è che la disciplina antidiscriminatoria prospettata dalla Corte e, insieme, la sua trasposizione nazionale presentano un ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo molto ampio, facendosi riferimento a tutte le persone con disabilità, nella accezione approfondita dalla stessa Corte, estesa a tutti i datori di lavoro e a tutte le diverse fasi dell'attività lavorativa.

La chiave di lettura prospettata dai giudici europei, pertanto, appare in linea con la “vocazione” inclusiva propria della disciplina in esame e offre un esempio calzante delle potenzialità del diritto antidiscriminatorio, che, proprio attraverso la promozione della parità di trattamento, rafforza, e con più efficacia, il sistema di tutela dei soggetti deboli.

I principi espressi dai giudici europei sollecitano un “dialogo virtuoso” tra l'ordinamento sovranazionale e quello nazionale, che, in questo quadro, riceve nuovo vigore, imponendo un vincolo generale in capo ai datori di lavoro affinché organizzino la produzione e l'attività lavorativa con la predisposizione di “soluzioni ragionevoli” in favore dei lavoratori disabili, i quali, se trascurati, potranno agire in giudizio rilevando una discriminazione a loro danno.

Non è più il tempo dei rinvii, delle mancanze. Se l'Italia si è resa colpevole, per dimenticanza o altro, di non dare attuazione, con il Decreto legislativo n. 216/2003, agli articoli della Direttiva relativi alle soluzioni ragionevoli, come la Commissione europea, tra l'altro, aveva sottolineato nella Comunicazione del 19 luglio 2008, riferendosi al nostro Paese e ad altri, è assolutamente necessario ora voltare pagina, virare nella direzione, sicuramente all'avanguardia, tracciata dalla Convenzione ONU sui diritti delle persone con disabilità del 2006, alla quale il legislatore e l'interprete, europeo e nazionale, devono uniformarsi.

In seguito alla condanna ricevuta, l'Italia ha provveduto ad inserire nel D.Lgs. n. 216/2003, l'art. 3-*bis*<sup>26</sup>, che, facendo sintesi e tesoro della esperienza acquisita,

osservazioni di M. Agliata, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di “handicap” e “soluzioni ragionevoli” ai sensi della Direttiva 2000/78/CE*, nota a Corte di Giustizia UE, 04 luglio 2013, Sez. IV n. 312, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2014, p. 263.

<sup>26</sup> «Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della l. 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili dalla legislazione vigente».

impone accomodamenti ragionevoli ai datori di lavoro pubblici e privati «al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento».

In verità, sul punto, lascia perplessi la formulazione piuttosto generica della norma, data la mancanza di chiarezza su quali siano le misure predisposte per integrare e correggere la normativa italiana in funzione del suo adeguamento a quella europea.

Una cosa è certa però: è sembrato opportuno, anzi indispensabile, un intervento da parte del legislatore italiano, per evitare che la disposizione potesse ridursi a semplice adempimento formale, «svuotato di senso»<sup>27</sup>.

La scelta è stata quella di demandare la definizione di indicazioni operative a un decreto ministeriale (art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 151 del 2015), attraverso la previsione di misure complementari e di sostegno all'attuazione del suddetto obbligo di accomodamenti ragionevoli, così come recepito dal D.Lgs. n. 216/2003.

Si è in presenza comunque di «un significativo avanzamento della legislazione antidiscriminatoria per ragioni di disabilità nel nostro Paese», se pur con sussistenti «diversi profili di criticità, che si riflettono inevitabilmente sull'effettività delle tutele»<sup>28</sup>.

Scelta determinante e pienamente condivisibile è quella relativa alla previsione della figura del «responsabile dell'inserimento lavorativo», con compiti, individuati dalla lett. e) dell'art. 1, comma 1, del D.Lgs. n. 151/2015, che riguardano la predisposizione del progetto personalizzato e la risoluzione dei problemi legati alle condizioni di lavoro della persona disabile<sup>29</sup>. Questi compiti, e su questo «non v'è

<sup>27</sup> Così, M. Agliata, *La Corte di giustizia*, cit., p. 263.

<sup>28</sup> Sul punto, v. C. Spinelli, *La sfida degli "accomodamenti ragionevoli" per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in *Diritti Lavori Mercati*, 1, 2017, p. 39 ss., la quale ricorda prima di tutto che «[...] l'obiettivo della parità di trattamento non può essere raggiunto sulla scorta della mera previsione normativa di un obbligo, se non si dota tale regola di strumenti di effettività, come confermano, del resto, le vicende relative all'applicazione della l. 68/1999» (p. 44), e inoltre sottolinea che «il rischio di confinare alla fase patologica del rapporto il bilanciamento tra gli opposti interessi del datore di lavoro alla più conveniente conformazione dell'organizzazione produttiva e del lavoratore disabile alla piena integrazione lavorativa, affidandolo all'intervento del giudice e, quindi, alla sua interpretazione della "ragionevolezza" delle soluzioni e della "proporzionalità" degli oneri, è molto elevato» (p. 57). Per una analisi approfondita della nuova disciplina, v., in particolare, D. Garofalo, *Le modifiche alla l. n. 68/1999: semplificazione, correttivi, competenze*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Semplificazioni, sanzioni, ispezioni nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari 2016, p. 23 ss.

<sup>29</sup> Sulle attività di integrazione lavorativa, la legge di stabilità del 2015, ha affidato all'Inail le competenze in materia, tanto che lo stesso poi ha adottato un Regolamento per il reinserimento e l'integrazione lavorativa delle persone con disabilità da lavoro (Det. Pres. Inail 11 luglio 2016, n. 258), che identifica gli accomodamenti ragionevoli – «un utile riferimento per le possibili esigenze di integrazione lavorativa di tutti i lavoratori disabili» (C. Spinelli, *La sfida*, cit., p. 46) –, quali, ad esempio, il superamento e l'abbattimento delle barriere architettoniche; adeguamento e adattamento di postazioni di lavoro; «addestramento» all'utilizzo delle postazioni e delle attrezzature da lavoro; formazione e tutoraggio per lo svolgimento della medesima mansione; riqualificazione professionale per l'adibizione ad altra mansione.

dubbio», si può dire che essi «si colleghino strettamente agli accomodamenti ragionevoli, che il datore di lavoro è tenuto ad adottare nell’assegnare il posto di lavoro [...]»<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Così, sempre, C. Spinelli, *La sfida*, cit., p. 45. La nozione di accomodamenti ragionevoli resta aperta e affidata ad oggi al prudente apprezzamento del giudice nazionale. Molto importante, pertanto, è stato stabilirne le coordinate e l’inquadramento metodologico e, sotto questo profilo, fondamentali sono state le indicazioni date dalla Cassazione nella sentenza n. 6947 del 2021. I giudici, dunque, sulla base dei loro stessi precedenti, cercano di individuare criteri generali che possano orientare le parti sociali ed il giudice di merito, che sia chiamato eventualmente a valutare il rispetto della normativa. Si tratta di uno sforzo argomentativo notevole, dal momento che è proteso a definire concetti che presuppongono valutazioni ampiamente discrezionali.

Nella sentenza n. 6497/2021 la Cassazione porta l’attenzione sui concetti di sproporzione e ragionevolezza dell’accomodamento ritenendo che abbiano una distinta ed autonoma rilevanza «[...] atteso che se l’unica ragione per esonerare il datore di lavoro da porre in essere l’adattamento fosse l’onere “sproporzionato”, allora non sarebbe stato necessario aggiungere il “ragionevole”». In particolare, nella ricostruzione della Cassazione, il costo sproporzionato si identifica con quello eccessivo rispetto alle dimensioni e alle risorse finanziarie delle imprese, che in tal caso è irragionevole, ma «[...] non è necessariamente vero il contrario, perché non può escludersi che, anche in presenza di un costo sostenibile, circostanze di fatto rendano la modifica organizzativa priva di ragionevolezza, avuto riguardo, ad esempio, all’interesse di altri lavoratori eventualmente coinvolti» (punto 5.4 della sentenza).

Nel valutare la ragionevolezza degli adeguamenti ritenuti necessari la Suprema Corte, nella sentenza n. 6497/2021, ha individuato, quale manifestazione di irragionevolezza, la violazione dell’interesse di altri lavoratori coinvolti e si è concentrata poi sul controllo di razionalità, attraverso i canoni di correttezza e buona fede *ex art.* 1175 e 1375 c.c. (la Cassazione richiama i suoi precedenti che riconducono i canoni di correttezza e buona fede al dovere di solidarietà di cui all’art. 2 della Costituzione e quindi al dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra parte, così: Cass., Sez. Un., n. 15764/2011, Cass., Sez. Un., n. 5457/2009, Cass., Sez. Un., n. 28056/2008, Cass., Sez. Un., n. 23726/2007, Cass., Sez. Un., n. 18128/2005, Cass., Sez. Un., n. 4570/1996). In particolare, si sostiene, che non si possa prescindere dalla buona fede oggettiva, che implica l’obbligo di preservare gli interessi dell’altra parte, purché ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell’interesse della parte.

Il contemperamento degli interessi, attraverso una adeguata valutazione di quelli dell’altra parte, deve tradursi, dunque, in un comportamento attivo del datore di lavoro nella ricerca degli accomodamenti che consentano comunque di preservare l’utilità della prestazione lavorativa, senza pregiudicare le situazioni soggettive degli altri lavoratori.

Questo giudizio dovrebbe però essere condotto secondo parametri collegati alla “comune valutazione sociale”. Spetta al datore provare di aver cercato di trovare questi adattamenti, che potrebbero non essere realizzabili senza un eccessivo sacrificio dell’interesse datoriale.

Deve essere, pertanto, data la prova di uno sforzo «[...] diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata, che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo ad ogni circostanza rilevante nel caso concreto». Vi è da dire che, dall’esame della casistica, emerge come talvolta tutta l’impostazione della causa sia ancorata alla problematica delle mansioni e giunga sino alla Corte di legittimità senza che sia in alcun modo affrontato il tema degli accomodamenti ragionevoli. Capita così di leggere sentenze, anche di legittimità, confinate dall’impostazione iniziale in un ambito mutilato di ogni riferimento agli accomodamenti ragionevoli (così, recentemente, Cass., 21 marzo 2022, n. 9158). Sulla sentenza della Cassazione n. 6497/2021, v. anche le osservazioni di E. Tarquini, *Oltre un intangibile confine: principio paritario, ragionevoli accomodamenti e organizzazione dell’impresa*. Nota a Cass. 6497/2021, in *QuestioneGiustizia*, 24/5/2021

Dal quadro così delineato emerge la lacuna relativa alle conseguenze derivanti dall'inadempimento dell'obbligo di adottare soluzioni ragionevoli. Il D.Lgs. n. 216/2003, infatti, «tace in merito»<sup>31</sup>. Come conseguenza di tutto questo, e avendo come obiettivo quello di rispettare il principio di parità di trattamento, alla quale viene ricondotta la previsione di tale obbligo, non vi è dubbio, sull'onda di ciò che ha affermato chiaramente l'art. 2 della Convenzione ONU del 2006, che il rifiuto di soluzioni ragionevoli configura un comportamento discriminatorio, anzi, meglio, una forma di discriminazione per disabilità<sup>32</sup>.

Ne deriva – ed è stato un passo importante compiuto dal legislatore italiano –, la previsione di misure per la tutela giudiziaria delle persone disabili vittime di discriminazione, nell'ordinamento interno disposte dalla legge 1 marzo 2006, n. 67, come modificata dal D.Lgs. n. 150 del 1 settembre 2011<sup>33</sup>.

3. A due anni esatti dalla Legge Delega sulla Disabilità (n. 227 del 22 dicembre 2021)<sup>34</sup>, il Governo italiano si è impegnato ad approvare alcuni dei decreti attuativi previsti (che troveranno un definitivo completamento nei prossimi mesi) introducendo, pertanto, rilevanti cambiamenti, già preannunciati, nella normativa relativa alla disabilità, il cui scenario sarà completamente rivoluzionato con nuove procedure che verranno sperimentate a partire dal 1 gennaio 2025 con durata di 12 mesi.

(<https://www.questionegiustizia.it/articolo/oltre-un-intangibile-confine-principio-paritario-ragionevoli-accomodamenti-e-organizzazione-dell-impresa>).

<sup>31</sup> C. Spinelli, *La sfida*, cit., p. 52.

<sup>32</sup> Sull'argomento, v., per tutti, M. Barbera, *Le discriminazioni basate sulla disabilità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Giuffrè, Milano 2007, p. 81; A. Venchiarutti, *Sistemi multilivello delle fonti e divieto di discriminazione per disabilità in ambito europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 9, 2014, p. 409.

<sup>33</sup> Sul tema v., tra gli altri, G. Tucci, *La discriminazione contro il disabile: i rimedi giuridici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2011, p. 1 ss. Sia consentito rinviare al mio recente manoscritto, *Il soggetto disabile tra capacità e discriminazione. L'illusione della normalità*, ESI, Napoli 2022, p. 101 ss., e *ivi* ampia bibliografia.

<sup>34</sup> Come commento alla Legge, che tiene conto di tutte le novità che la Riforma in materia di disabilità vuole introdurre, ed in particolare l'obiettivo di innovare, «in termini di semplificazione e di maggior incisività», questa importante tecnica di tutela nel contesto nazionale – ed il riferimento è agli accomodamenti ragionevoli, che delinea un «obbligo di *repêchage qualificado e rafforzato*» (così S. Giubboni, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, p. 638) – statuendo al punto n. 5 dell'art. 2, comma 2, lett. a), l. n. 227/2021, «l'introduzione nella Legge 5 febbraio 1992, n. 104, della definizione di “accomodamento ragionevole”, e prevedendo adeguati strumenti di tutela coerenti con le disposizioni della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità», v. M. De Falco, *Ragionando attorno alla legge delega in materia di disabilità: una prospettiva giuslavoristica*, in *Resp. civ. prev.*, 5, 2022, p. 1738, il quale sottolinea che «il diritto agli accomodamenti ragionevoli non ha un'estensione limitata ai soli rapporti intercorrenti fra il cittadino e la P.A. (sui quali la l. delega appare assai sbilanciata), ma si riferisce a ogni rapporto tra privati, nell'ambito delle condizioni di lavoro (ex Direttiva 2000/78/CE) e, più in generale, in ogni ambito della vita umana (ex Conv. ONU 2006)» (nt. 108).

Il Decreto legislativo – discusso in Consiglio dei Ministri il 3 novembre 2023, e che entrerà in vigore il 30 giugno 2024 –, maggiormente rappresentativo del cambio di prospettiva e di approccio al tema che mette la persona disabile “al centro”, «indispensabile», come ha sottolineato la Ministra per le Disabilità, «per garantire i diritti e la piena partecipazione alla vita civile e sociale, per innovare e contemporaneamente migliorare la qualità della vita di tutti», è quello recante «Definizione della condizione di disabilità, della valutazione di base, di accomodamento ragionevole, della valutazione multidimensionale per l’elaborazione e attuazione del progetto di vita individuale personalizzato e partecipato».

Tra i cinque aspetti di innovazione che vengono segnalati dalla nota del Consiglio dei Ministri<sup>35</sup> c’è quello relativo al «diritto all’accomodamento ragionevole», il quale viene definito nell’art. 2, lett. *h*) del Decreto in questione (insieme ad altre significative «Definizioni»<sup>36</sup>) come «modifiche e adattamenti necessari e appropriati

<sup>35</sup> Il primo, che nell’introdurre le definizioni di “disabilità”, della “condizione di disabilità” e della “persona con disabilità”, prende le mosse dalla nuova prospettiva della disabilità non derivante più dalla mera visione medica dell’impedimento determinato dalla malattia o patologia, ma intesa quale risultato dell’interazione tra persone con compromissione e barriere comportamentali e ambientali che impediscono o limitano la partecipazione nei diversi contesti di vita; il secondo, prevede l’adozione dal 1 gennaio 2025 della classificazione internazionale delle malattie (ICD) dell’Organizzazione Mondiale della Sanità e della classificazione internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute (ICF), il cui utilizzo congiunto fornisce un quadro ampio e significativo della salute delle persone; il terzo, riguarda il procedimento unitario (e unificato) di valutazione di base, affidato all’INPS dal 1 gennaio 2026, finalizzato alla certificazione che accerti la sussistenza della condizione di disabilità, unificato al processo dell’accertamento dell’invalidità civile, della cecità civile, della sordocecità, degli alunni con disabilità, degli elementi utili alla definizione della condizione di non autosufficienza, il cui procedimento poi è attivato da un certificato medico introduttivo ed è distinto dalla successiva valutazione multidimensionale volta alla predisposizione di un progetto di vita della persona con disabilità; il quarto, prende in considerazione il procedimento di “valutazione multidimensionale” per la predisposizione del “progetto di vita”, e all’esito della valutazione di base, la persona con disabilità può chiedere di avviare il procedimento di valutazione multidisciplinare. Si tratta, in questo caso, di una valutazione bio-psico-sociale, effettuata da un’unità di cui fa parte anche la persona con disabilità e che, partendo dagli esiti della valutazione di base, li arricchisce con particolare riferimento al concreto contesto sociale in cui la persona svolge la propria vita. È, questo, un fondamentale strumento di coordinamento di tutto l’insieme di misure e interventi rivolti alla persona. La presenza nella unità di valutazione anche di soggetti delle istituzioni ed enti assistenziali coinvolti nella fase attuativa rende il progetto di vita un vero e proprio patto di corresponsabilità.

<sup>36</sup> a) «*condizione di disabilità*»: intesa come «una duratura compromissione fisica, mentale, intellettiva o sensoriale che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ed effettiva partecipazione nei diversi contesti di vita su base di uguaglianza con gli altri»; b) «*persona con disabilità*»: e cioè «persona definita dall’articolo 3, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, come modificato dal presente decreto»; c) «*duratura compromissione*»: come «compromissione derivante da qualsiasi perdita, limitazione o anomalia a carico di strutture o di funzioni corporee, come classificate dalla Classificazione Internazionale del funzionamento, della disabilità e della salute - (“ICF”), che persiste nel tempo o per la quale è possibile una regressione o attenuazione solo nel lungo periodo»; d) «*profilo di funzionamento*»: inteso come «descrizione dello stato di salute di una persona attraverso la codificazione delle Funzioni e Strutture Corporee, delle Attività e della Partecipazione secondo ICF tenendo conto della Classificazione Internazionale delle malattie dell’Organizzazione

che non impongano alla pubblica amministrazione, al concessionario di pubblici servizi, al soggetto privato un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, dei diritti civili e sociali», ma che trova una sua collocazione e un approfondimento nel Capo II, portante, nelle parole della rubrica, un elemento nuovo, che si ritroverà negli articoli successivi: «Procedimento valutativo di base e **diritto** all'accomodamento ragionevole».

Parlare di “diritto” all'accomodamento ragionevole non è questione di poco conto, ma ha un suo peso. E non è certo una svista, perché oltre ad incontrare la parola “diritto” nella rubrica del Capo II, la troviamo nell'art. 17 (Istituti di tutela dell'accomodamento ragionevole), al comma 1, che recita: «Al fine di riconoscere il **diritto** all'accomodamento ragionevole e predisporre misure idonee per il suo effettivo esercizio: a) all'articolo 5, comma 1, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, dopo la lettera m) è inserita la seguente lettera: m-*bis*) riconoscere il **diritto** all'accomodamento ragionevole nei casi in cui l'applicazione delle disposizioni di legge non garantisce l'effettivo e tempestivo esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, dei diritti civili e sociali». La lettera b), poi, continua precisando che «dopo l'articolo 5 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, è inserito il seguente: Art. 5- *bis*.

mondiale della sanità (“ICD”), quale variabile evolutiva correlata all'età, alla condizione di salute, ai fattori personali ed alle determinanti di contesto, che può ricomprendere anche il profilo di funzionamento ai fini scolastici»; e) «*WHO Disability Assessment Schedule (“WHODAS”)*»: che rappresenta il «questionario di valutazione basato sull'ICF che misura la salute e la condizione di disabilità»; f) «*sostegni*»: che riguardano i «i servizi, gli interventi, le prestazioni e i benefici individuati a conclusione dell'accertamento della condizione di disabilità e nel progetto di vita individuale personalizzato e partecipato per migliorare le capacità della persona e la sua inclusione, graduati in “sostegno” e “sostegno intensivo”, in ragione della frequenza, della durata e della continuità del sostegno»; g) «*piano di intervento*»: che è il «documento di pianificazione coordinamento dei sostegni individuali relativi ad un'area di intervento»; i) «*valutazione di base*»: che fa riferimento al «procedimento volto ad accertare, attraverso l'utilizzo delle classificazioni ICD e ICF e dei correlati strumenti tecnici operativi di valutazione, la condizione di disabilità ai fini dell'accesso agli interventi, benefici e sostegni di intensità lieve, media, elevata o molto elevata»; l) «*valutazione multidimensionale*»: e cioè il «procedimento volto a delineare con la persona con disabilità il suo profilo di funzionamento all'interno dei suoi contesti di vita, anche rispetto agli ostacoli e facilitatori in essi presenti, ed a definire, anche in base ai suoi desideri, aspettative e preferenze, gli obiettivi a cui deve essere diretto il progetto di vita»; m) «*progetto di vita*»: che è il «progetto della persona con disabilità che, partendo dai suoi desideri aspettative e preferenze, è diretto ad individuare, in una visione esistenziale unitaria, gli interventi, i servizi, i sostegni, formali e informali, per consentire alla persona stessa di migliorare la qualità della propria vita, di sviluppare tutte le sue potenzialità, di poter scegliere i contesti di vita e partecipare in condizioni di pari opportunità rispetto agli altri»; n) «*domini della qualità di vita*»: da intendere come «ambiti o dimensioni rilevanti nella vita di una persona con disabilità valutabili con appropriati indicatori»; o) «*budget di progetto*»: che si riferisce all'«insieme delle risorse umane, professionali, tecnologiche, strumentali ed economiche, pubbliche e private, attivabili anche in seno alla comunità territoriale e al sistema dei supporti informali, da destinare al progetto di vita».

*(Procedimento per l'accomodamento ragionevole)* 1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 5 comma 1, lettera m-bis), l'accomodamento ragionevole è attivato in via sussidiaria e non sostituisce e né limita il diritto al pieno accesso alle prestazioni, servizi e sostegni riconosciuti dalla legislazione vigente». Dal comma 2 al comma 10, inoltre, si fa riferimento ai soggetti – e cioè «la persona con disabilità, l'esercente la responsabilità genitoriale in caso di minore, il tutore, l'amministratore di sostegno se dotato dei poteri» – che hanno «la facoltà di richiedere, con apposita istanza scritta, alla pubblica amministrazione, ai concessionari di pubblici servizi e ai soggetti privati l'adozione di un accomodamento ragionevole, anche proponendo le modifiche e gli adattamenti ritenuti necessari, appropriati e tali da non imporre un onere sproporzionato o eccessivo». Quest'ultima affermazione ritorna anche nel comma 4, quando si sottolinea che «L'accomodamento ragionevole deve risultare adeguato, pertinente e appropriato rispetto all'entità del diritto da garantire e non eccessivamente oneroso o sproporzionato rispetto alle condizioni di contesto nel caso concreto».

Sembra quasi, con quest'ultima precisazione, che il legislatore abbia previsto un freno all'utilizzo di questo strumento prezioso, se non fosse invece, al contrario, non solo che la pubblica amministrazione, il concessionario di pubblici servizi o il soggetto privato risultano tenuti a “garantire” alla persona con disabilità «la piena partecipazione nell'individuazione dell'accomodamento ragionevole», tenendo conto «delle esigenze della persona con disabilità anche attraverso incontri personalizzati», ma che avverso il diniego di accomodamento ragionevole (ove non sia possibile accordarne uno più prossimo a quello richiesto) è ammesso il ricorso ai sensi della legge 1 marzo 2006, n. 67, come pure è prevista «la facoltà dell'istante e delle associazioni legittimate ad agire [...] di chiedere al Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità di verificare la discriminazione per rifiuto di accomodamento ragionevole da parte della pubblica amministrazione e anche di formulare una proposta di accomodamento ragionevole». Facoltà di agire che le parti hanno anche nei confronti di rifiuto da parte di un concessionario di pubblico servizio – che legittima il Garante a “proporre” o “sollecitare” «[...] anche attraverso l'autorità di settore o di vigilanza, accomodamenti ragionevoli idonei a superare le criticità riscontrate» –, o di un soggetto privato.

Il principio, dunque, è entrato a pieno titolo nelle maglie delle norme e reclama la giusta applicazione, affinché, come ha cura di chiarire, senza fraintendimenti, nell'art. 1, comma 2, il Decreto attuativo, e in coerenza con la Convenzione delle Nazioni Unite, si possa garantire alle persone con disabilità «[...] l'effettivo e pieno accesso al sistema dei servizi, delle prestazioni, dei supporti, dei benefici e delle agevolazioni, anche attraverso il ricorso all'accomodamento ragionevole e al progetto di vita individuale, personalizzato e partecipato secondo i principi di autodeterminazione e non discriminazione».

Emerge per tal via un ulteriore elemento, importante, che è quello del “progetto

di vita individuale e partecipato”, «[...] quale ulteriore strumento di capacitazione» (come si legge nell’art. 15), che, richiamato più volte in questo Decreto, approfondito dall’articolo 18, coinvolge direttamente la persona disabile, che ne è “titolare”, ma non solo. Se nel progetto di vita – predisposto sulla base degli esiti della “valutazione multidimensionale” (secondo l’art. 25) dai soggetti che ne hanno preso parte (tra cui un parente, un affine o il *caregiver*) – è necessario individuare «[...] per qualità, quantità ed intensità, gli strumenti, le risorse, gli interventi, i benefici, le prestazioni, i servizi e gli accomodamenti ragionevoli, volti anche ad eliminare le barriere ed attivare i supporti necessari per l’inclusione e la partecipazione stessa nei diversi ambiti di vita, compresi quelli scolastici, abitativi, lavorativi e sociali», ne deriva che lo strumento oggetto di attenzione ritorna ad essere protagonista.

Nell’art. 26, al comma 1, si sottolinea, a proposito della previsione nel progetto di vita dei sostegni, del budget di progetto, che «gli accomodamenti ragionevoli [...] garantiscono l’effettivo godimento dei diritti e delle libertà fondamentali»; inoltre, nel comma 3, lett. *c*), si torna a ripetere che gli accomodamenti ragionevoli sono «[...] volti a perseguire la migliore qualità di vita e a favorire la partecipazione della persona con disabilità nei diversi ambiti della vita».

L’impressione conseguente è che questo richiamare sempre il concetto suona come un monito, un avvertimento appunto per coloro che sono chiamati a darne seguito. Il riferimento continuo nel Decreto a tutti i soggetti che ruotano attorno alla persona con disabilità – tanto che «[...] nel progetto di vita sono definite le sfere di competenza e le attribuzioni di ciascun soggetto coinvolto nella sua attuazione» (art. 26, comma 4), e in più, come si legge nell’art. 29, comma 1, lett. *d*), e, ancora, che il «Referente per l’attuazione del progetto di vita», deve «garantire il pieno coinvolgimento della persona con disabilità e del suo *caregiver* o di altri familiari, nel monitoraggio e nelle successive verifiche» – fa intendere che il percorso di vita del soggetto disabile è strettamente legato alla presenza e al tempo che viene speso da tutte le persone che se ne prendono cura e che la “condizione di disabilità” richiede.

L’accomodamento ragionevole allora oltre che un istituto diventa necessariamente un diritto e tanto non solo per coloro che vivono la disabilità direttamente ma anche per coloro che la vivono di riflesso e che hanno la necessità di adattare la propria vita in funzione di quelle che sono gli “obiettivi”, i “desideri” e le “aspettative” della persona con disabilità, volendo riprendere le tre parole contenute nell’art. 25, comma 2, lett. *a*) del Decreto.

La «predisposizione di accomodamenti ragionevoli» diventa una soluzione anche nel recentissimo D.Lgs. n. 222 del 13 dicembre 2023, che introduce «Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l’inclusione e l’accessibilità, in attuazione dell’articolo 2, comma 2, lettera *e*), della legge 2 dicembre 2021, n. 227». Infatti, nell’art. 1 (Finalità), comma 2, si ha cura di precisare che per raggiungere l’obiettivo dell’accessibilità – intesa come «[...] l’accesso e la fruibilità, su base di eguaglianza con gli altri, dell’ambiente fisico, dei servizi pubblici, compresi i servizi



elettronici e di emergenza, dell'informazione e della comunicazione, ivi inclusi i sistemi informatici e le tecnologie di informazione in caratteri Braille e in formati facilmente leggibili e comprensibili» –, è possibile adottare anche «misure specifiche per le varie disabilità» ovvero ricorrere a «meccanismi di assistenza o predisposizione di accomodamenti ragionevoli».

4. Acquisita oramai la certezza, che deriva dalle norme, dell'esistenza dell'accomodamento ragionevole e soprattutto dell'obbligo di utilizzarlo<sup>37</sup>, prevenendo, dunque, il verificarsi di episodi discriminatori «diffusi»<sup>38</sup>, e garantendo così l'applicazione dei rimedi predisposti dall'ordinamento a tutela delle vittime *ex l. n. 67/2006*, va evidenziato che la normativa deve essere estesa anche ai *caregiver* familiari<sup>39</sup>, onde scongiurare situazioni di discriminazione capaci di coinvolgere non soltanto il soggetto disabile ma pure coloro che di fatto se ne occupano.

L'affermazione consegue ad una lettura coerente del sistema ordinamentale e, soprattutto, delle situazioni concrete che devono compiutamente essere disciplinate e

<sup>37</sup> La questione può avere un impatto positivo anche riguardo ad aspetti negoziali specifici: si pensi, ad esempio, alla partecipazione in atti notarili di soggetti affetti da Sindrome Laterale Amiotrofica ovvero altre sindromi c.d. *locked in*, per i quali si è, fino ad ora, ritenuto di doverli assimilare ai muti e sordomuti e di conseguenza fare applicazione delle relative norme della legge notarile. Si intende dare concretezza, dunque, al concetto di “accomodamento ragionevole” ammettendo l'uso di strumenti tecnologici, quali i puntatori oculari, per un'espressione libera e piena della volontà giuridica degli utilizzatori degli stessi, senza la mediazione di un interprete ovvero senza la necessità della nomina di Amministratore di Sostegno. Sul tema v. lo *Studio n. 174-2022/P*, del Consiglio Nazionale del Notariato (Approvato dalla Commissione Studi Pubblicistici il 01 febbraio 2023), *Sul superamento degli articoli 56 e 57 della legge notarile per i malati di sindrome laterale amiotrofica (sla)*, con osservazioni di S. Metallo.

<sup>38</sup> Cfr., F. Bilotta, *La discriminazione diffusa e i poteri sanzionatori del giudice*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, p. 69.

<sup>39</sup> Il profilo del *caregiver* è stato riconosciuto e delineato normativamente per la prima volta dalla legge di bilancio 2018 (articolo 1, commi 254-256, Legge n. 205 del 2017), che al comma 255 lo definisce come “persona che assiste e si prende cura di specifici soggetti”. Giacciono, però, in Parlamento diverse proposte di legge, che attendono di essere esaminate. C'è da ricordare, prima di tutto, il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri 12 novembre 2022 (Delega di funzioni al Ministro senza portafoglio dott.ssa Alessandra Locatelli), in cui all'art. 1, comma 6, lett. *d*) si stabilisce che «Il Ministro è delegato a cooperare e a raccordarsi con il Ministro del lavoro e delle politiche sociali in sede di esercizio delle funzioni di competenza statale [...] in materia di interventi legislativi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale svolta dal caregiver familiare, come definito dal comma 255 dell'art. 1 della legge 27 dicembre 2017, n. 205». Inoltre, nella L. 30 dicembre 2023, n. 213 (che riguarda il «Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2024 e bilancio pluriennale per il triennio 2024-2026»), nella Sezione I (che dispone «Misure quantitative per la realizzazione degli obiettivi programmatici»), all'art. 1, comma 213, si dice che «Le risorse di cui al comma 210 sono destinate a finanziare iniziative collegate a una o più delle seguenti finalità», tra cui appunto, alla lett. *f*), «interventi finalizzati al riconoscimento del valore sociale ed economico dell'attività di cura non professionale del caregiver familiare». Sul tema del *caregiver*, v., da ultimo, M.E. Quadrato, *I servizi community-based e il ruolo cruciale del caregiver*, in *Il Diritto delle successioni e della famiglia*, 1, 2023, p. 161 ss.

che vedono inevitabilmente legati a doppio filo la persona con disabilità e il suo *caregiver*.

Su questo ultimo punto, infatti, a seguito del Caso Coleman<sup>40</sup> si è già dato l'avvio ad una stagione che vede protagonisti altri soggetti accanto alle persone disabili, in particolare coloro che se ne prendono cura e che sono altrettanto passibili di discriminazione.

La Corte di Giustizia, nel 2008, è stata chiamata a decidere se il principio di parità di trattamento sancito nell'art. 2, n. 1, della Direttiva 2000/78/CE e il divieto di discriminazione diretta, previsto dall'art. 2, lett. a) dello stesso articolo, possano essere applicati ad una situazione (oggetto della controversia) in cui il trattamento sfavorevole che il lavoratore afferma di aver subito non riguardi la disabilità propria bensì quella del figlio, al quale il soggetto presta la parte essenziale delle cure richieste dalla particolare condizione di fragilità. La Corte ha ritenuto, con una mirabile lucidità e chiarezza – introducendo «un principio di grande civiltà giuridica»<sup>41</sup>, e inaugurando in tal modo una nuova stagione di effettività del divieto di discriminazione fondato sull'*handicap* – che il concetto di parità di trattamento, sancito dalla Direttiva, non debba essere interpretato in senso restrittivo, perché non riguarda soltanto le persone affette da disabilità, ma anche coloro che se ne prendono cura.

Si è parlato, in questo caso, di «discriminazione per associazione», che si presenta come fattispecie di creazione giurisprudenziale, particolarmente importante per la tutela del *caregiver*, e cioè di persona che subisce una discriminazione non a causa di una disabilità sua, ma perché si trova in stretto rapporto con soggetti disabili, familiari o amici, di cui si occupa: fatto che diventa, così, «la ragione della discriminazione subita»<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> *S. Coleman c. Attridge Law e Steve Law* (causa C-303/06, 17 luglio 2008). Sul caso in questione, v., L. Calafà, *Disabilità, discriminazione e molestia "associata". Il caso Coleman e l'estensione elastica del campo di applicazione soggettiva della direttiva CE*, in *Dir. lav.*, 2008, p. 1169.

<sup>41</sup> V., D. Venturi, *Effettività della tutela comunitaria contro la discriminazione diretta fondata sull'handicap e estensione dell'ambito soggettivo della tutela: il caso Coleman*, in *Dir. rel. ind.*, 3, 2008, p. 849.

<sup>42</sup> V., M.G. Bernardini, *Per un lessico della non discriminazione*, nel *Report, La discriminazione delle persone con disabilità. Un deficit di cittadinanza*, CeRC/Robert Castel for Governmentality and Disability Studies, versione 8 dicembre 2020, p. 8 s. La Corte di Giustizia ha, infatti, qualificato come discriminazione diretta il trattamento sfavorevole subito da una segretaria inglese, tenuta a sopportare comportamenti umilianti sul luogo di lavoro (qualificabili come molestie) in quanto aveva necessità di disporre di un orario flessibile, per prestare cura al figlio, un bambino con disabilità. In questo caso la lavoratrice subiva un particolare svantaggio lavorativo non perché era una persona con disabilità, ma veniva "associata" a una persona con disabilità. Per quanto riguarda la giurisprudenza italiana, v. in particolare, e di recente, la sentenza del Tribunale di Ferrara (n. 14/2019 del 25 marzo 2019) resa in favore di una lavoratrice madre di minore portatrice di handicap, e che secondo il giudice è destinataria di una duplice protezione normativa «in quanto lavoratrice madre ed in quanto lavoratrice madre di un minore disabile». Si sostiene, inoltre, che la norma interna (D.Lgs. n. 216/2003, artt. 1 e 2) costituisce

E proprio nella direzione del rafforzamento della tutela che tocca il prestatore di assistenza, la cui voce, in passato, è stata del tutto trascurata, si pongono due momenti fondamentali e recenti. Il primo è dato dall'emanazione del Decreto Legislativo 30 giugno 2022, n. 105, che dà attuazione alla Direttiva 2019/1158 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa all'equilibrio tra attività professionale e vita familiare per i genitori e i prestatori di assistenza, e che abroga la Direttiva 2010/18/UE del Consiglio <sup>43</sup>. Il secondo, invece, riguarda una decisione importantissima del 3 ottobre 2022 – un caso definito «pioneristico» nel comunicato pubblicato nel sito delle Nazioni Unite – con la quale il Comitato ONU ha accolto il ricorso di una *caregiver* familiare italiana, avendo «riscontrato che l'incapacità dell'Italia di fornire servizi di sostegno individualizzati a una famiglia di persone con

trasposizione della Direttiva 2000/78 (articoli 1 e 2) e che «la sentenza della Corte di Giustizia Grande Sezione, 17 luglio 20108, Coleman, che interpreta gli articoli 1 e 2 della Direttiva nel senso che il divieto di discriminazione ivi previsto non è limitato alle sole persone che siano esse stesse disabili, bensì anche al lavoratore che presta la parte essenziale delle cure al figlio disabile – diversamente ne sarebbe tradito l'obiettivo della direttiva ed il suo effetto utile – ha un valore interpretativo vincolante per il giudice interno, primo giudice del diritto UE, indipendentemente dal tipo di discriminazione attuata nel caso specifico esaminato dalla sentenza della Corte di Lussemburgo». Riportando, in particolare, le parole della Grande Sezione, 17.7.2008, nel procedimento 303/06: «limitare l'applicazione alle sole persone che siano esse stesse disabili rischierebbe di privare tale direttiva di una parte importante del suo effetto utile e ridurre la tutela che essa dovrebbe garantire». Dopo aver richiamato i principi di diritto in materia di discriminazione di genere ed handicap, il Tribunale evidenzia come «[...] Trattare in maniera identica agli altri lavoratori in punto di orari e turni di lavoro una persona in difficoltà e doppiamente protetta dall'ordinamento, sia in ragione della maternità sia in ragione dell'inabilità del figlio, significa operare una discriminazione indiretta perché una decisione datoriale, apparentemente neutra e che si dice gravare su tutti, pone la lavoratrice in una posizione di particolare svantaggio rispetto agli altri lavoratori a tempo pieno. Se viene evidenziata, così come è stata evidenziata ripetutamente, una situazione di difficoltà e disagio per la nascita di un neonato con handicap, lasciare immutato l'orario di lavoro a fronte di una richiesta di ammorbidimento in ragione dell'handicap, significa trattare allo stesso modo una situazione profondamente diversa in ragione dell'esistenza di un minore con handicap da accudire. Si ritiene quindi che il diniego dell'azienda di trovare un accomodamento sull'orario di lavoro sia l'espressione di una discriminazione indiretta perché un orario, pure accettato dalla lavoratrice prima dell'evento e quindi un atto apparentemente neutro, mette la madre di figlio con handicap in una particolare situazione di svantaggio rispetto ad altri lavoratori, che pur seguendo orari simili, non hanno un figlio minore con handicap».

<sup>43</sup>L'art. 1, comma 1, spiega appunto, quali siano l'oggetto e la finalità del Decreto, che «reca disposizioni finalizzate a migliorare la conciliazione tra attività lavorativa e vita privata per i genitori e i prestatori di assistenza, al fine di conseguire la condivisione delle responsabilità di cura tra uomini e donne e la parità di genere in ambito lavorativo e familiare». E in particolare, invece, l'art. 3, prevede modifiche alla legge 5 febbraio 1992, n. 104, con l'introduzione dell'art. 2-*bis* sul «Divieto di discriminazione» che, in modo chiaro e senza equivoci, sostiene che «È vietato discriminare o riservare un trattamento meno favorevole ai lavoratori che chiedono o usufruiscono dei benefici di cui all'articolo 33 della presente legge, agli articoli 33 e 42 del decreto legislativo 26 marzo 2001, n. 151, all'articolo 18, comma 3-*bis*, della legge 22 maggio 2017, n. 81, nonché di ogni altro beneficio concesso ai lavoratori medesimi in relazione alla condizione di disabilità propria o di coloro ai quali venga prestata assistenza e cura». Nell'art. 7 poi, che riguarda gli «Interventi per la promozione delle misure a sostegno dei genitori e dei prestatori di assistenza», si fa riferimento – e sono sicuramente parole che hanno un certo peso – all'«attività di cura» e ai «lavoratori con responsabilità di cura».

disabilità, è discriminatoria e viola i loro diritti alla vita familiare, a vivere in modo indipendente e ad avere un tenore di vita adeguato»<sup>44</sup>.

Non c'è dubbio, dunque, che la fragilità tocchi non soltanto il soggetto disabile ma altresì chi gli vive accanto assistendolo (che può essere il genitore o un qualsiasi *caregiver* familiare), si potrebbe dire, per un processo quasi “osmotico”.

L'aspetto comporta che invece di risolvere in Tribunale le questioni legate alla mancata tutela di coloro che rientrano nelle categorie “fragili”, sarebbe auspicabile prevenire i rischi di discriminazione, diretta e indiretta, attraverso l'adozione di “soluzioni ragionevoli” da parte dei datori di lavoro, pubblici o privati, e di cui tali categorie possono avvantaggiarsi, per garantire la piena uguaglianza con gli altri lavoratori, secondo quanto segnato nell'art. 3, comma 2, della Carta fondamentale della nostra Repubblica.

<sup>44</sup> Il Comitato, inoltre, ha avuto cura di sottolineare che lo Stato parte è venuto meno agli obblighi che gli competono in forza degli articoli 19, 23 e 28, paragrafo 2, lettera *c*), da leggere in combinazione con l'art. 5 della Convenzione ONU, nei confronti della figlia e del partner della ricorrente, nonché agli obblighi di cui all'art. 28, paragrafo 2, lettera *c*), da leggere sempre in combinazione con l'art. 5, nei confronti della stessa ricorrente. E ancora di più poi il Comitato, rafforzando la sua posizione, e in risposta a tali violazioni, stabilisce che l'Italia ha l'obbligo di concedere un adeguato compenso, anche per le eventuali spese legali sostenute per il deposito del ricorso i esame; nonché di adottare misure appropriate per garantire che la loro famiglia abbia accesso a servizi di supporto individualizzati adeguati, compresi i servizi di sollievo dell'assistenza, il sostegno finanziario, i servizi di consulenza, il sostegno sociale e altre opzioni di supporto adeguate al fine di garantire il godimento dei diritti sanciti della Convenzione di cui è stata contestata la violazione. All'Italia è stato, tra l'altro, attribuito l'obbligo di adottare misure per prevenire simili violazioni in futuro, modificando, se necessario, la propria legislazione, reindirizzandole le proprie risorse dall'istituzionalizzazione ai servizi di comunità e aumentando il supporto finanziario per consentire alle persone con disabilità di vivere in modo indipendente e di avere uguale accesso ai servizi, ivi inclusa l'assistenza personale e il supporto per i *caregivers* familiari, se del caso. Infine, all'Italia è stato richiesto di presentare, entro sei mesi, una risposta scritta al Comitato ONU su quali azioni intenda intraprendere per dare attuazione alle disposizioni formulate dal Comitato stesso; e di pubblicare le disposizioni in questione, di farle tradurre in italiano e di diffonderle ampiamente, anche in formati accessibili, al fine di raggiungere tutti i settori della popolazione.

Ivano Sassanelli

## I DIRITTI UMANI NELLA PROSPETTIVA DELLA SEMIOETICA E DELL'ECOLOGIA INTEGRALE\*<sup>1</sup>

### ABSTRACT

Negli ultimi anni la riflessione sui Diritti Umani ha coinvolto diversi elementi tra loro interconnessi come lo studio sull'uomo, sulla natura e sulle implicazioni giuridiche che il vivere in società comporta. Nel presente saggio si cercherà di indagare l'essenza dei Diritti Umani attraverso due approcci che, in modo indipendente ma incredibilmente coincidente, forniscono criteri ermeneutici e principi euristici, capaci di recuperare una visione piena della natura umana, meno segnata da un antropocentrismo individualistico e più consapevole che nessuno si salva da solo. Il primo di questi approcci è la "Semioetica", così come sviluppata da importanti studiosi di filosofia del linguaggio come Augusto Ponzio e Susan Petrilli. La seconda via è quella dell'"Ecologia Integrata" che Papa Francesco ha inserito come cuore pulsante dell'Enciclica *Laudato si'*.

In recent years, reflection on Human Rights has involved various interconnected elements such as the study on mankind, on nature and on the legal implications that living in society entails. In the present essay we will try to investigate the essence of Human Rights through two approaches which, in an independent but incredibly coincidental way, provide hermeneutic criteria and heuristic principles, capable of recovering a full vision of human nature, less marked by an individualistic anthropocentrism and more aware that no one reaches salvation by themselves. The first of these is "Semioethics", as developed by important scholars of the philosophy of language such as Augusto Ponzio and Susan Petrilli. The second way is that of the "Integral Ecology" which Pope Francis has inserted as the beating heart of the Encyclical *Laudato si'*.

### PAROLE CHIAVE

Diritti Umani – Semioetica – Ecologia Integrata      Human rights – Semioethics – Integral Ecology

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Origini e prospettive della Semioetica – 3. La Semioetica e le sue implicazioni antropologiche e comunicative – 4. La tridimensionalità della Semioetica e la cura per la natura – 5. L'Ecologia Integrata e l'insegnamento di Papa Francesco – 6. La Semioetica, l'Ecologia Integrata e il "poliedro euristico" – 7. I Diritti Umani nella prospettiva del poliedro euristico – 8. Conclusione

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

1. In diversi contesti culturali e sociali si sente frequentemente ripetere che: “Tutto è intimamente relazionato”. Quest’affermazione non è solamente uno *slogan* ma è la realtà nella quale l’essere umano si ritrova a vivere oggi.

Ciò implica che ogni discorso sui Diritti Umani deve essere sviluppato attraverso un approccio interdisciplinare e transdisciplinare. C’è bisogno di avere uno sguardo nuovo sulla realtà, che permetta di mostrare tutte le potenzialità della vita su questa Terra.

Se in passato il linguaggio simbolico è stato quello che meglio si è adattato a questo scopo, oggi l’essere umano è chiamato a scoprire e riscoprire il “senso semiotico” delle cose, intercettando i “segni” e i “sintomi” presenti nelle diverse situazioni quotidiane.

Nella società contemporanea – caratterizzata dal passaggio in pochi anni dall’“Età dei Diritti”<sup>2</sup> all’“Età delle Pretese”<sup>3</sup> – la domanda da porsi è la seguente: quale rapporto esiste realmente tra “diritti” ed “essere umano”?

La risposta a questa domanda – in cui convergono riflessioni e problemi sia di natura strettamente giuridica sia di valore altamente etico-antropologico<sup>4</sup> – richiede un inquadramento che parta dalla ricerca di alcune prospettive euristiche che permettano di rilevare quale interconnessione esista realmente tra la persona umana, le realtà sociali e la natura più profonda dei Diritti Umani.

A nostro avviso, i due campi del sapere che meglio possono illuminare la strada in questa riflessione sono la “Semioetica” e l’“Ecologia Integrale”.

Approfondendo l’essenza di queste due visioni dell’essere umano e delle sue relazioni sociali, sarà possibile trovare una prospettiva capace di collocare i Diritti Umani in una dimensione veramente qualificante per ogni uomo e ogni donna e per la vita sulla Terra.

2. La prima via da intraprendere è quella segnata e percorsa da Augusto Ponzio e Susan Petrilli agli inizi degli anni Duemila mediante il concetto di “Semioetica”<sup>5</sup>.

Questo neologismo – che sintetizza il pensiero sull’“ethosemiotica” già iniziato negli anni ’80 del secolo scorso – dice molto circa l’impostazione ampia e prospettica che questa visione propone dell’essere umano, del mondo, dei segni, del linguaggio e della comunicazione<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Sul punto: N. Bobbio, *L’età dei diritti*, Einaudi, Torino 2014.

<sup>3</sup> Per un approfondimento si veda: V. Possenti, *Diritti umani. L’età delle pretese*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2017.

<sup>4</sup> Cfr. G.P. Calabrò, *La galassia dei diritti. Dai diritti dell’Uomo ai diritti della Persona*. Marco Editore, Lungro di Cosenza 2001, pp. 7-9.

<sup>5</sup> Cfr. A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioetica*, Meltemi, Roma 2003.

<sup>6</sup> Cfr. Id., *Semioethics and global communication*, in S. Petrilli (a cura di), *Semioetica e comunicazione globale*, Mimesis, Milano, Udine 2014, pp. 293-311.

Infatti, la Semioetica non si propone di essere una nuova disciplina ma, bensì, un orientamento capace di mostrare le cose e l'essere umano in una luce nuova e antica al contempo: camminando nel "presente" essa conduce su una via capace di squadrare dinanzi all'uomo e alla donna d'oggi un "futuro" migliore, recuperando, però, anche alcuni elementi del "passato".

Infatti, in tale prospettiva viene sottolineato il rapporto tra "semiotica" e "semeiotica medica": ciò significa che l'attenzione è puntata sul "sintomo", ossia su quel particolare tipo di segno che è così eloquente da porre in discussione sia lo studioso sia l'essere umano che vi si trova dinanzi<sup>7</sup>.

Questo compito d'interpellanza delle coscienze e conoscenze umane è il ruolo della Semioetica. Essa permette che si sviluppi una riflessione sull'"orientamento" e sul "senso" sia dei segni sia della vita. Infatti, ciò di cui la Semioetica si fa carico è il ricongiungimento di questi due concetti: la "vita" e il "segno".

Per questo – sulla scorta anche delle riflessioni di Thomas Sebeok sulla "Semiotica Globale"<sup>8</sup> – la Semioetica attraverso un approccio olistico, si preoccupa di ricercare come fine la "salute della vita".

Se si volesse descrivere tale impostazione proposta da Augusto Ponzio e Susan Petrilli, si potrebbe usare l'immagine del "tempo". In questa prospettiva, la Semioetica non è un "*chronos*", ossia un insieme di attimi fugaci e consecutivi messi uno accanto all'altro. In sostanza, essa non è un insieme di materie giustapposte o una disciplina totalizzante. Invece, la Semioetica è un "*kairos*", ossia un tempo propizio, il tempo del senso, il tempo opportuno per cambiare passo, lasciandosi alle spalle impostazioni concettuali e visioni esistenziali asfissianti, asfittiche e ripiegate su se stesse.

Questo risulta ancora più comprensibile se si considera l'odierna perdita del rapporto tra filosofia e scienza e, quindi, tra semiotica e semeiotica. In un contesto estremamente polarizzato, specializzato e parcellizzato come il nostro – in cui l'essere umano è ridotto ad individuo – la Semioetica recupera tutte queste interconnessioni considerate, fino a pochi anni fa, ormai perdute.

3. Tale visione porta con sé alcune implicazioni di carattere sia antropologico sia comunicativo.

Sotto il primo aspetto, c'è da notare che la Semioetica si pone in maniera critica rispetto all'"antropocentrismo" e si mette in rotta di correzione di una visione di uomo ripiegato su se stesso: l'essere umano non è un "*homo clausus*"<sup>9</sup> ma è sempre "fuori luogo", in continua relazione con se stesso e con gli altri<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Cfr. Id., *Semioetica*, in S. Petrilli (a cura di), *Semioetica e comunicazione globale*, cit., pp. 127-249.

<sup>8</sup> Cfr. T.A. Sebeok, *Global Semiotics*, Indiana University Press, Bloomington 2001.

<sup>9</sup> Cfr. F. Bellino, *Pensare la vita. Bioetica e nuove prospettive euristiche*, Cacucci, Bari 2013, pp. 304-305.

<sup>10</sup> Cfr. A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioethics and global communication*, cit., pp. 299-300.

Tale visione “antroposemiotica” riporta al centro della riflessione il tema di come concepire il corpo umano, il quale non è solo un insieme di organi e sinapsi. Infatti, esso si rivela “aperto” nei confronti di altri corpi e di altre persone. Per tali motivi nel contesto semioetico vengono recuperate alcune riflessioni compiute da Michail Bachtin sul “corpo grottesco”<sup>11</sup>.

In questa visione, filosofia e scienza ritrovano il loro legame, la loro interdipendenza: attraverso le ferite, le vulnerabilità, le brecce e i volti del realismo grottesco l’individuo si riscopre “sé”, ossia “l’altro nella propria pelle”, l’“altro nel medesimo”<sup>12</sup>.

Ciò permette all’essere umano di travalicare i limiti prefissati della propria individualità. In questo contesto, anche le distanze tra persone e corpi sono reinterpretabili e devono essere reinterpretati<sup>13</sup>.

Infatti, questo è il vero senso “etico” della Semioetica: alla scuola di Emmanuel Levinas l’etica qui proposta indica sia l’inestricabile intrico nella relazione con gli altri sia il coinvolgimento della propria vita con quella altrui<sup>14</sup>.

Per questo l’essere umano ha il compito di sentire e vivere una responsabilità illimitata e “senza alibi” nei confronti dell’altro da sé<sup>15</sup>.

Ciò implica anche una visione nuova di come l’uomo e la donna comunicano tra di loro e con gli altri. In un contesto di “comunicazione globale”, essi sono chiamati a recuperare il senso profondo dell’essere “animali semiotici”, ossia persone capaci, attraverso la semiotica, di una visione globale della vita e della comunicazione<sup>16</sup>.

Infatti, solo riflettendo sui segni e sviluppando la sua responsabilità nei confronti degli altri, l’essere umano può essere in grado di affinare la sua capacità di ascolto dei sintomi, di ciò che lo circonda e della richiesta di cura della vita da parte dei suoi simili, del mondo animale e della natura vegetale.

In questa impostazione, la comunicazione si presenta non come una semplice trasmissione di informazioni da un emittente a un ricevente, ma come una sfida umana ed esistenziale nella quale si mette in gioco il proprio essere.

E proprio in quest’ambito antropologico-comunicativo: «A task for semioethics from the perspective of narrativity is to reconnect rational world views to myth, legend, fable and all others forms of popular tradition that focus on the relation of human beings to the world around them»<sup>17</sup>.

<sup>11</sup> Cfr. M. Bachtin, *L’opera di Rebelais e la cultura popolare*, Einaudi, Torino 1979.

<sup>12</sup> Cfr. A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioetica*, in S. Petrilli (a cura di), *Semioetica e comunicazione globale*, cit., p. 223.

<sup>13</sup> Sul punto si veda: M. Bracco, *Sulla distanza. L’esperienza della vicinanza e della lontananza nelle relazioni umane*, Stilo editrice, Bari 2016.

<sup>14</sup> Cfr. S. Petrilli, *Presentazione*, in A. Ponzio, *La comunicazione come scambio, produzione e consumo*, Mimesis, Milano, Udine 2022, p. 7.

<sup>15</sup> Cfr. A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioetica*, in S. Petrilli (a cura di), *Semioetica e comunicazione globale*, cit., pp. 227-233.

<sup>16</sup> Cfr. Id., *Semioethics and global communication*, cit., pp. 300-301.

<sup>17</sup> Ivi, p. 298.



4. Inoltre, la capacità umana di ascolto si estende a tutto il creato. Recuperando alcuni elementi del pensiero di Ferruccio Rossi-Landi, l'essere umano può essere descritto come un «animale semiotico per intero»<sup>18</sup>, ossia egli possiede una capacità tridimensionale di ascolto: di sé, degli altri e della natura (vegetale o animale).

Ciò permette di recuperare quanto Sebeok ha affermato circa la connessione tra l'«antroposemiotica», la «zoosemiotica» (ossia lo studio della comunicazione animale) e la «endosemiotica» (ossia lo studio dei sistemi cibernetici nel corpo organico)<sup>19</sup>.

Dunque, attraverso queste relazioni concettuali, l'attenzione della Semioetica si estende anche alla «biosemiotica» (ossia ai fondamenti biologici) e a tutte quelle branche del sapere che permettono di approfondire l'interazione tra uomo e natura. Perciò, nulla della vita è estraneo all'impostazione semioetica: risultano essenziali in questo ambito anche gli aspetti del diritto e della pace sociale che incidono sul vissuto dell'essere umano e dell'intero pianeta.

Però, la Semioetica rifugge da visioni totalizzanti. Infatti, essa è una «telosemiotica», in quanto: «It indicates the *telos* of semiosis itself understood as an orientation beyond the totality, beyond the closure of totality, the capacity for detotalization, for transcendence beyond a given entity, a given being, infinite semiosis, movement toward infinity, desire of the other»<sup>20</sup>.

5. Dopo più di un decennio dall'inizio delle riflessioni in campo filosofico sul tema della Semioetica, nel contesto ecclesiale è nata l'esigenza di indagare in maniera nuova e in una prospettiva più articolata il rapporto dell'essere umano con se stesso, con gli altri e con l'ambiente.

Infatti, il 24 maggio 2015 Papa Francesco ha emanato l'Enciclica *Laudato si'. Sulla cura della casa comune*<sup>21</sup>. Sin dalla semplice lettura del sottotitolo si può comprendere che questo documento pontificio – nella stessa maniera della Semioetica – recupera il tema della «cura» e, quindi, dell'ascolto dei sintomi e dei segni che la vita quotidiana offre all'essere umano d'oggi<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> F. Rossi-Landi, *Ideologia*, A. Ponzio (a cura di), Meltemi, Roma 2005, p. 347.

<sup>19</sup> Cfr. A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioetica*, in S. Petrilli (a cura di), *Semioetica e comunicazione globale*, cit., pp. 217-218.

<sup>20</sup> Id., *Semioethics and global communication*, cit., p. 305.

<sup>21</sup> Cfr. Papa Francesco, *Enciclica Laudato si'. Sulla cura della casa comune*, LEV-Editrice La Scuola, Città del Vaticano, Brescia 2015.

<sup>22</sup> Sul punto si veda: A. Calef, A. Roccella, *L'ecologia integrale come contributo per l'uomo contemporaneo per ritrovare il suo posto nella comunità-azienda*, in *La Società. Rivista scientifica di dottrina sociale della Chiesa*, 2, 2021, pp. 95-111.

Però, quest'attenzione verso la "casa comune" non è lasciata alla volontà solitaria del singolo individuo<sup>23</sup>. Infatti, tale Enciclica è una chiamata a raccolta di tutti gli esseri umani di buona volontà nel sentirsi responsabili e corresponsabili della vita su questa Terra<sup>24</sup>.

Ciò significa che la *Laudato si'* non è una "Enciclica Green" ma è un tassello fondamentale della "Dottrina Sociale della Chiesa". Ciò la avvicina anche alla prospettiva di studio impostata dalla Semioetica. Infatti: «The symptoms studied by semioethics are always social, but at the same time they are always specified singularly, according to one's singular relations with others, the world and oneself»<sup>25</sup>.

Alla luce di tutto questo risultano più comprensibili le parole di Papa Francesco al n. 137 di questa Enciclica: «Dal momento che tutto è intimamente relazionato e che gli attuali problemi richiedono uno sguardo che tenga conto di tutti gli aspetti della crisi mondiale, propongo di soffermarci adesso a riflettere sui diversi elementi di una *ecologia integrale*, che comprenda chiaramente le dimensioni umane e sociali»<sup>26</sup>.

Ecco dunque comparire per la prima volta il concetto di "Ecologia Integrale" che – come la Semioetica – non vuole essere un insieme di materie da studiare ma, piuttosto, una prospettiva da abbracciare, una strada nuova da intraprendere, una visione dell'essere umano, della società e del mondo all'interno della quale riconoscere l'intima connessione tra le persona e con la natura<sup>27</sup>.

Perciò, si può affermare come l'Ecologia Integrale sia un vero e proprio "paradigma concettuale"<sup>28</sup> che richiede una profonda "conversione" sia dei comportamenti sociali sia dello sguardo che il singolo e le comunità umane devono avere su se stessi, sugli altri e sulla vita del pianeta<sup>29</sup>.

Circa tutto questo, illuminanti sono le parole di Papa Francesco inserite nel n. 4 del suo Messaggio per la Giornata Mondiale per la Pace del 1 gennaio 2020 intitolato "*La Pace come cammino di speranza: dialogo, riconciliazione e conversione ecologica*". In esso così si legge:

<sup>23</sup> Per un approfondimento si rimanda a: L. Larivera, *Entrerai nell'arca (Gen 6,18). Insieme per una ecologia integrale*, in Conferenza Episcopale Italiana, M. Angelelli (a cura di), *Custodire le nostre terre. Salute Ambiente Lavoro*, Editoriale Romani, Savona, 2021, pp. 25-31.

<sup>24</sup> Per un'ampia riflessione su questo tema si veda: G. Lacerenza, *La cura della "casa comune" come ecomisericordia: una prospettiva teologico-morale*, in *Apulia Theologica*, 1, 2017, pp. 53-92.

<sup>25</sup> A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioethics and global communication*, cit., p. 295.

<sup>26</sup> Papa Francesco, *Enciclica Laudato si'*, cit., p. 91.

<sup>27</sup> Per un approfondimento si rimanda a: F. De Giorgi, *Per una ecologia integrale*, in Papa Francesco, *Enciclica Laudato si'*, cit., pp. 175-180; P. Ricci Sindoni, *Per una ecologia integrale qualche nota sull'enciclica Laudato si'*, in Aa. Vv., *Per una ecologia integrale. Laudato si' un anno dopo*, Cantagalli, Siena 2016, pp. 13-15.

<sup>28</sup> Cfr. G. Costa, P. Foglizzo, *L'ecologia integrale*, in *Aggiornamenti Sociali*, 2015, pp. 541-548.

<sup>29</sup> Sul punto si veda: Tavolo interdicasteriale della Santa Sede sull'ecologia integrale, *In cammino per la cura della casa comune. A cinque anni dalla Laudato si'*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2020.

Di fronte alle conseguenze della nostra ostilità verso gli altri, del mancato rispetto della casa comune e dello sfruttamento abusivo delle risorse naturali – viste come strumenti utili unicamente per il profitto di oggi, senza rispetto per le comunità locali, per il bene comune e per la natura – abbiamo bisogno di una conversione ecologica. [...] Questo cammino di riconciliazione è anche ascolto e contemplazione del mondo che ci è stato donato da Dio affinché ne facessimo la nostra casa comune. Infatti, le risorse naturali, le numerose forme di vita e la Terra stessa ci sono affidate per essere “coltivate e custodite” (cfr *Gen* 2,15) anche per le generazioni future, con la partecipazione responsabile e operosa di ognuno. Inoltre, abbiamo bisogno di un cambiamento nelle convinzioni e nello sguardo, che ci apra maggiormente all’incontro con l’altro e all’accoglienza del dono del creato, che riflette la bellezza e la sapienza del suo Artefice. [...] La conversione ecologica alla quale facciamo appello ci conduce quindi a un nuovo sguardo sulla vita, considerando la generosità del Creatore che ci ha donato la Terra e che ci richiama alla gioiosa sobrietà della condivisione. Tale conversione va intesa in maniera integrale, come una trasformazione delle relazioni che intratteniamo con le nostre sorelle e i nostri fratelli, con gli altri esseri viventi, con il creato nella sua ricchissima varietà, con il Creatore che è origine di ogni vita. Per il cristiano, essa richiede di “lasciar emergere tutte le conseguenze dell’incontro con Gesù nelle relazioni con il mondo”<sup>30</sup>.

Queste parole del Romano Pontefice risultano in perfetta armonia con quanto la Semioetica sta portando avanti da vent’anni: ossia l’apertura verso l’altro e il mondo, la non chiusura nell’egoismo, la capacità di ascolto e visione globale – e non globalista – della vita sulla Terra<sup>31</sup>.

Dunque, anche la “conversione ecologica integrale”, proposta da Papa Francesco, chiama l’essere umano alla responsabilità nei confronti di quanto lo circonda e a una profonda riflessione su se stesso.

Inoltre, il Papa nella *Laudato si’* al n. 116 ha affermato che:

Nella modernità si è verificato un notevole eccesso antropocentrico che, sotto altra veste, oggi continua a minare ogni riferimento a qualcosa di comune e ogni tentativo di rafforzare i legami sociali. Per questo è giunto il momento di prestare nuovamente attenzione alla realtà con i limiti che essa impone, i quali a loro volta costituiscono la possibilità di uno sviluppo umano e sociale più sano e fecondo<sup>32</sup>.

Tale aspetto sembra riecheggiare in maniera incredibile e misteriosa uno dei punti essenziali dell’impostazione semioetica. Infatti, a tal proposito Augusto Ponzio e Susan Petrilli così hanno scritto:

<sup>30</sup> Papa Francesco, *Messaggio per la LIII Giornata Mondiale della Pace. “La Pace come cammino di speranza: dialogo, riconciliazione e conversione ecologica”*, in *Bollettino Sala Stampa Vaticana*, 12 dicembre 2019, n. 0992, p. 4.

<sup>31</sup> Cfr. P. Haffner, *Theology Safeguards Ecology from Ideology*, in *Apulia Theologica*, 1, 2017, pp. 5-30.

<sup>32</sup> Papa Francesco, *Enciclica Laudato si’*, cit., pp. 79-80.

Semioethics develops our awareness of the extension of the semiotic network in the direction of ethics [...]. However, this humanistic commitment does not mean to reassert (monologic) identity yet again, nor to propose yet another form of anthropocentrism. On the contrary, this humanistic commitment implies a radical operation of decentralization and detotalization, nothing less than a Copernican revolution<sup>33</sup>.

Dunque, le impostazioni semioetiche ed ecologiche integrali si allontanano in maniera radicale sia dall'individualismo antropocentrico sia da una prospettiva descritta perfettamente da Papa Francesco al n. 54 dell'Esortazione Apostolica *Evangelii gaudium*, ma che è anche un punto nodale degli studi portati avanti da Augusto Ponzio e Susan Petrilli in un loro recente scritto<sup>34</sup>. L'impostazione da evitare è quella della «globalizzazione dell'indifferenza»<sup>35</sup>.

6. Alla luce di tutto questo un'altra domanda è da porsi, ossia: esiste un'immagine capace di riassumere plasticamente le impostazioni coincidenti proposte dalla Semioetica e dall'Ecologia Integrale?

Questo risulta essenziale al fine di riflettere e creare un contesto concettuale unitario in merito alla discussione sui Diritti Umani.

Il contesto nel quale inserire la risposta a questa domanda è quello “geometrico”. Infatti, da un lato le relazioni dell'essere umano possono essere descritte – con un'immagine cara a Giorgio La Pira<sup>36</sup> – come una “struttura a quadrilatero” in cui l'uomo e la donna sono chiamati a confrontarsi con se stessi, con gli altri, con la natura e con Dio (o un principio primo che lo sostituisca)<sup>37</sup>.

Dall'altro lato, però, questa struttura ha bisogno di essere specificata meglio e colorata di significati esistenziali inaspettati. Ecco perché è necessario riprendere un'altra immagine che Papa Francesco ha descritto in due suoi documenti pontifici.

Infatti, al n. 236 dell'Esortazione Apostolica *Evangelii gaudium*, affermando che “il tutto è superiore alla parte”, il Romano Pontefice così ha scritto: «Il modello non è la sfera, che non è superiore alle parti, dove ogni punto è equidistante dal centro e non vi sono differenze tra un punto e l'altro. Il modello è il poliedro, che riflette la confluenza di tutte le parzialità che in esso mantengono la loro originalità»<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> A. Ponzio, S. Petrilli, *Semioethics and global communication*, cit., p. 304.

<sup>34</sup> Cfr. Id., *Il diritto alla pace e la globalizzazione della guerra infinita*, in A. Ponzio, *La comunicazione come scambio*, cit., p. 263.

<sup>35</sup> Papa Francesco, *Esortazione Apostolica Evangelii gaudium*, LEV-San Paolo, Città del Vaticano, Cinisello Balsamo (MI), 2013, n. 54, p. 81.

<sup>36</sup> Cfr. L. Colella, *Il diritto, la fratellanza umana e l'ecologia integrale. Brevi note a partire dal pensiero di Giorgio La Pira*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, 2, 2021, pp. 1-20.

<sup>37</sup> Cfr. G. La Pira, *Premesse della politica e Architettura di uno Stato democratico*, Libreria Editrice Fiorentina, Firenze 2004, pp. 28-29.

<sup>38</sup> Papa Francesco, *Esortazione Apostolica Evangelii gaudium*, cit., pp. 237-238.

Ciò è specificato in maniera ancora più dettagliata al n. 215 dell'Enciclica *Fratelli tutti* emanata il 3 ottobre 2020. In essa si legge:

“La vita è l’arte dell’incontro, anche se tanti scontri ci sono nella vita”. Tante volte ho invitato a far crescere una cultura dell’incontro, che vada oltre le dialettiche che mettono l’uno contro l’altro. È uno stile di vita che tende a formare quel poliedro che ha molte facce, moltissimi lati, ma tutti compongono un’unità ricca di sfumature, perché “il tutto è superiore alla parte”. Il poliedro rappresenta una società in cui le differenze convivono integrandosi, arricchendosi e illuminandosi a vicenda, benché ciò comporti discussioni e diffidenze. Da tutti, infatti, si può imparare qualcosa, nessuno è inutile, nessuno è superfluo<sup>39</sup>.

Dunque, il poliedro è la strada da perseguire sia nel percorso tracciato dalla Semioetica sia in quello che Papa Francesco ha indicato attraverso il concetto di Ecologia Integrata. In questi sentieri l’essere umano è chiamato a riscoprire le sue potenzialità e ricchezze in una connessione inscindibile con l’altro e con tutto ciò che lo circonda.

Durante questo percorso e alla fine della strada ci saranno racconti da narrare e vicende da scrivere in un libro quotidiano chiamato “vita”. Infatti, l’essere umano è un “animale semiotico” o, ancora meglio, come ha detto Papa Francesco nel suo Messaggio per la Giornata Mondiale delle Comunicazioni Sociali del 2020:

L’uomo è un essere narrante. [...] L’uomo non è solo l’unico essere che ha bisogno di abiti per coprire la propria vulnerabilità (cfr *Gen* 3,21), ma è anche l’unico che ha bisogno di raccontarsi, di “rivestirsi” di storie per custodire la propria vita. Non tessiamo solo abiti, ma anche racconti: infatti, la capacità umana di “tessere” conduce sia ai *tessuti*, sia ai *testi*<sup>40</sup>.

In questo connubio di esperienza umana ed esistenziale, di narrazione, di ascolto delle proprie e altrui vulnerabilità, di comunicazione interpersonale e di interconnessioni ambientali ed ecologiche si può rintracciare il vero significato del principio secondo cui: “Tutto è intimamente relazionato”.

7. L’interrelazione consapevole e responsabile degli esseri umani con gli altri, con la natura – e in particolare con gli animali – è il dato più significativo che il poliedro, nella sua funzione di “prospettiva euristica”, porta all’interno della discussione sui Diritti Umani.

<sup>39</sup> Id., *Enciclica Fratelli tutti. Sulla fraternità e l’amicizia sociale*, LEV, Città del Vaticano 2020, pp. 171-172.

<sup>40</sup> Id., *Messaggio per la Giornata Mondiale delle Comunicazioni Sociali del 2020*, in Id., *La tessitura del mondo. Dialogo a più voci con i grandi protagonisti della cultura sul racconto come via di salvezza*, A. Monda (a cura di), LEV-Salani, Milano 2022, p. 8.

Infatti, se da un punto di vista etico l'essere umano si scopre responsabile di ciò che lo circonda, da un punto di vista più strettamente giuridico ciò significa che l'uomo e la donna hanno il dovere intrinseco di trasformare la responsabilità morale in responsabilità sociale, legislativa, politica e giuridica, perseguendo sempre il bene comune.

Ciò significa che il poliedro euristico permette di ridisegnare anche il concetto stesso di Diritti Umani.

In realtà, alla luce sia della Semioetica sia dell'Ecologia Integrale, è necessario leggere l'aggettivo "Umano" all'interno di una vera e propria "Antropologia Sostenibile".

Quest'ultima, da un lato, permette di non ridurre la riflessione sull'essere umano a un mero antropocentrismo egoistico ed egocentrico. D'altro, l'Antropologia Sostenibile configura i "Diritti" non come "Pretese" ma come "Diritti/Doveri" all'interno di un connubio inestricabile di autocoscienza e responsabilità nei confronti della società, dell'ambiente e degli altri esseri viventi che abitano la casa comune che è la Terra<sup>41</sup>.

Pertanto, alla luce del poliedro euristico, il rapporto tra uomo e natura necessita di essere riequilibrato e rinnovato. Questo approccio, infatti, evita due eccessi ideologici: da un lato, lo sfruttamento delle risorse naturali e degli esseri viventi da parte dell'essere umano a fini di dominio e, dall'altro, la sacralizzazione della Terra in una visione antropomorfizzata e neopagana della natura.

Infatti, secondo i principi derivanti dalla Semioetica e dall'Ecologia Integrale, non è la Terra ad essere sacra ma, piuttosto, è lo sguardo dell'uomo verso di essa e verso l'ambiente che lo circonda che dovrebbe essere "santo" e "rinnovato". Ciò significa recuperare uno degli elementi più importanti presenti nella tradizione occidentale, soprattutto cristiana: cioè la configurazione dell'uomo e della donna come "custodi" della Terra.

Tuttavia anche il termine "custodia" necessita di essere specificato e inserito all'interno dell'Antropologia Sostenibile. Infatti questa parola potrebbe essere vista nel suo aspetto più restrittivo: spesso più un oggetto è prezioso, più si è tentati di custodirlo in luoghi sicuri e protetti. In realtà, nella sua essenza più profonda, "custodire" significa, da un lato, "prendersi cura" di qualcosa o qualcuno e, dall'altro, avere una "vigilanza responsabile" verso ciò che è affidato alle mani e all'intelligenza dell'essere umano<sup>42</sup>.

Quindi, proteggere la Terra e l'ambiente per ogni uomo e ogni donna significa soprattutto saper ascoltare i segnali, i sintomi e le opportunità offerte dalla natura. Ciò implica che gli interventi attuati a livello sociale, politico e giuridico debbano essere

<sup>41</sup> Sul punto si veda: V. Possenti, *Diritti umani*, cit., pp. 93-118.

<sup>42</sup> Cfr. G. Bassetti, *Custodire la Creazione*, in Conferenza Episcopale Italiana, *Custodire le nostre terre*, cit., pp. 37-39.

il frutto maturo di quella responsabilità morale che impedisce agli esseri umani di compiere atti ideologici o di prevaricazione<sup>43</sup>.

Inoltre, tra i tanti elementi che li accomunano, uomo e natura condividono anche il tempo e, quindi, il divenire. Ciò significa che il rapporto dell'essere umano con la Terra può delinearci come un viaggio continuo che va rimodulato di volta in volta. Come ogni individuo è chiamato a comprendere sempre di più la propria essenza, così l'uomo deve scoprire quotidianamente il futuro della natura che in molti casi non coincide con la volontà umana o con progetti politici e ambientali precostituiti.

8. In questa continua tensione tra ascolto sociale e naturale, responsabilità morale e doveri giuridici e politici, la visione dei Diritti Umani si sostanzia nella prospettiva della Semioetica e dell'Ecologia Integrale, come sintetizzata nella figura del poliedro euristico.

L'essere umano è un animale semiotico e un narratore: ha bisogno di narrare se stesso e di raccontare creativamente il mondo che lo circonda in modi sempre nuovi ma antichi allo stesso tempo. Ciò, però, può avvenire solo se egli pensa a se stesso come parte di un ambiente naturale e sociale che lo vede impegnato in un continuo gioco di riassegnazione a sé stesso e di dialogo con gli altri, con la natura e, particolarmente, con gli animali<sup>44</sup>.

Infatti, come ha magistralmente affermato Papa Francesco al n. 119 dell'Enciclica *Laudato si'*:

La critica all'antropocentrismo deviato non dovrebbe nemmeno collocare in secondo piano il valore delle relazioni tra le persone. Se la crisi ecologica è un emergere o una manifestazione esterna della crisi etica, culturale e spirituale della modernità, non possiamo illuderci di risanare la nostra relazione con la natura e l'ambiente senza risanare tutte le relazioni umane fondamentali. [...] L'apertura ad un "tu" in grado di conoscere, amare e dialogare continua ad essere la grande nobiltà della persona umana. Perciò, in ordine ad un'adeguata relazione con il creato, non c'è bisogno di sminuire la dimensione sociale dell'essere umano e neppure la sua dimensione trascendente, la sua apertura al "Tu" divino. Infatti non si può proporre una relazione con l'ambiente a prescindere da quella con le altre persone e con Dio. Sarebbe un individualismo romantico travestito da bellezza ecologica e un asfissiante rinchiudersi nell'immanenza<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Cfr. F. Santoro, *Custodire e ricostruire*, in Conferenza Episcopale Italiana, *Custodire le nostre terre*, cit., pp. 41-43.

<sup>44</sup> Per un approfondimento si veda: M. Ricca, *Ironic Animals: Bestiaries, Moral Harmonies, and the 'Ridiculous' Sorce of Natural Rights*, in *International Journal for the Semiotics of Law*, 31, 2018, pp. 595-620.

<sup>45</sup> Papa Francesco, *Enciclica Laudato si'*, cit., p. 81.

Se ciò accade, il poliedro euristico diventa un prisma che riflette i mille colori della Creazione, arricchendo la faccia della Terra e le profondità dell'umanità di nuove note, suonate su un grande spartito musicale chiamato Vita.



Maria Laura Spada

LA CUSTODIA DEI BENI IMMOBILI PIGNORATI NEL DECRETO  
LEGISLATIVO 10 OTTOBRE 2022, n. 149\*

ABSTRACT

La recente riforma del processo civile introdotta dal d. lgs. 149/2022 ha riscritto gli artt. 559 e 560 c.p.c. apportando importanti innovazioni con riferimento alla nomina ed ai compiti del custode nell'espropriazione immobiliare nonché in tema di liberazione degli immobili pignorati. Il presente contributo verte sull'analisi delle disposizioni riformate e delle più recenti best practices che sono alla base delle scelte riformatrici del legislatore.

The recent reform of the civil process introduced by d. lgs. 149/2022 has rewritten Articles. 559 and 560 c.p.c. bringing important innovations with regard to the appointment and duties of the custodian in the real estate expropriation and in the matter of the liberation of the foreclosed properties. This paper focuses on the analysis of the reformed provisions and the latest best practices that underpin the reforming choices of the legislator.

PAROLE CHIAVE

Custodia – Immobili pignorati – Riforma – Nuova disciplina

Custody – Real estate foreclosures – Reform-  
New regulations

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nomina del custode giudiziale e l'analisi della documentazione. – 3. L'ordine di liberazione dell'immobile pignorato e i relativi presupposti. – 4. (Segue:) I tempi processuali per l'emissione del provvedimento di liberazione. – 5. (Segue:) Attuazione del provvedimento e ruolo del custode nell'attuazione dell'ordine di liberazione del cespite.

1. Gli interventi normativi diretti ad efficientare l'espropriazione immobiliare si sono molto spesso caratterizzati per l'introduzione, soprattutto nell'ultimo decennio, di rilevanti modifiche in tema di custodia e vendita dei beni immobili pignorati<sup>1</sup>.

In linea con questa prospettiva anche il decreto legislativo del 10 ottobre 2022, n. 149 è nuovamente intervenuto in queste materie disponendo: a) una rimodulazione

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

<sup>1</sup> Per una panoramica con riferimento alle più recenti riforme sull'espropriazione immobiliare, v. F. De Santis, *Il processo esecutivo nel «prisma» delle riforme processuali di inizio secolo: tra efficienza della liquidazione forzata e garanzia del procedimento*, in A. Didone (a cura di), *Le riforme del processo civile*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 885; A. Saletti, M.C. Vanz, S. Vincre, *Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 223 ss.; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Milano, 2022, 1419 ss.; P. Castoro, N. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, Giuffrè, Milano, 2023 p. 730.

dei termini processuali con riferimento al deposito della documentazione ipocatastale (art. 567 c.p.c.); b) la riformulazione della disciplina della custodia e dell'ordine di liberazione (art. 559 e 560 c.p.c.); c) l'introduzione del procedimento di vendita diretta ad istanza del debitore (art. 568 *bis* e 569 *bis*)<sup>2</sup>.

Fermo restando le peculiarità delle singole innovazioni, ove si volesse individuare un filo conduttore tra le varie modifiche introdotte dal legislatore con il d.lgs. 149/2022, questo sembra essere rappresentato, prevalentemente, dalla trasposizione in appositi dati normativi dell'elemento della «collaborazione».

Ai fini dell'efficientamento della procedura, infatti, da un lato, viene normativizzata la nuova e fondamentale collaborazione tra esperto stimatore e custode giudiziale dall'altro, viene regolamentata una possibile collaborazione attiva

<sup>2</sup> Le novità, suddette, sono state introdotte nel terzo libro del Codice di procedura civile dall'art. 3, commi 38 e 39 del d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 in attuazione, rispettivamente, dell'art. 1, comma, 12, lett. d) ed e) della legge delega 26 novembre 2021 n. 206 per quanto concerne la nomina e i compiti del custode giudiziario e dell'art. 1, comma, 12, lett. c) ed n) della medesima legge delega, con riferimento al termine per il deposito della documentazione ipocatastale e al nuovo istituto della vendita diretta. Sulle novità contenute nella legge delega, v. G. Costantino, *L'esecuzione forzata*, 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. 357; A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nella legge delega 206/2021*, in *Rass. esecuzione forzata*, 2022, p. 656; ID. *Gli emendamenti in materia di esecuzione forzata al d.d.l. delega AS 1662/XVII*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 23 giugno 2021, § 13; M. Giorgetti, *L'espropriazione immobiliare riformanda*, in *Immobili e propr.*, 2022, p. 223; A. Piloni, *L'esecuzione forzata nell'epoca della riforma perenne: le innovazioni prospettate dalla legge delega n. 206/2021*, in *Judicium*, 2022, p. 5; C. Canella, *Proposte in materia di esecuzione forzata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, p. 1045; R. D'Alonzo, *La nuova disciplina dell'esecuzione forzata. Considerazioni a prima lettura*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2022, p. 12; G. Miccolis, *L'esecuzione forzata nella riforma che ci attende*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 3, p. 119; G. Vigorito, *Gli interventi sul processo esecutivo previsti dal ddl delega AS 1662/XVIII collegato al «Piano nazionale di ripresa e resilienza»*, in *Questione giustizia*, 2021, fasc. 3, p. 122; A. Crivelli, E. Mercurio, *Annotazioni sulla legge di delegazione per la riforma del codice di rito, con riferimento alle disposizioni in tema di processo esecutivo*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2021, p. 1044.

Per un primo commento sui nuovi dati normativi come introdotti dal d.lgs 149/2022, v. R. D'Alonzo, *Riforma dell'esecuzione forzata: novità per debitori, creditori e mercato*, in [www.inexecutivis.it](http://www.inexecutivis.it), 25 ottobre 2022, § 5; P. Farina, *L'ultima sistemazione dell'esecuzione forzata: una prima lettura della nuova normativa*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2022, p. 1128; A. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, Cedam, Padova, 2022, p. 1610 ss.; E. Mercurio, *La vendita diretta. Riflessioni minime a margine dello schema di decreto legislativo di attuazione della legge delega di riforma del processo civile*, in <https://www.unicost.eu/wp-content/uploads/2022/12/La-vendita-diretta.pdf>, 12 dicembre 2022, 1; A. Carratta, *Le riforme del processo civile*, Giappichelli, Torino, 2023, p. 186; A. Tedoldi, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del d.lgs. n. 149/2022*, in [www.giustiziainsieme.it](http://www.giustiziainsieme.it), 25 gennaio 2023, § 12; D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, in D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile, Il Foro italiano-Gli speciali*, 2022, fasc. 4, La Tribuna, Città di Castello, p. 479; L. Termite, *Il processo esecutivo*, in C. Cecchella (a cura di), *Il processo civile dopo la riforma*, Zanichelli, Torino, 2023, p. 418; L. De Propris, *Commento sub art. 559 bis e 560 bis*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pacini, Pisa, 2023, p. 700; G. Finocchiaro, *Vendita diretta, senza opposizione sottratta a forme di competizione*, in *Guida al dir.*, 2023, n. 11, p. 69.

del debitore all'interno della procedura di liquidazione in senso stretto attraverso il possibile avvio del nuovo istituto della vendita diretta<sup>3</sup>.

2. Con riferimento alla custodia di beni immobili pignorati ed in particolare all'art. 559 c.p.c., una essenziale novità è rappresentata dalla generalizzata anticipazione della nomina del custode giudiziario al quale, peraltro, è conferito non solo l'incarico di conservare e amministrare il bene pignorato ma anche di collaborare, in sinergia con l'esperto, all'esame della completezza della documentazione ipocatastale<sup>4</sup>.

In particolare, il nuovo articolo 559 c.p.c. dopo aver ribadito al primo comma che con il pignoramento il debitore è costituito *ex lege* custode del compendio pignorato, al secondo comma, con riferimento alla sostituzione dello stesso, la norma dispone che «salvo che la sostituzione nella custodia non abbia alcuna utilità ai fini della conservazione o dell'amministrazione del bene o per la vendita, il giudice dell'esecuzione, con provvedimento non impugnabile [...]» emesso entro quindici giorni dal deposito della documentazione ipocatastale, contestualmente alla nomina dell'esperto di cui all'art. 569 c.p.c., «nomina custode giudiziario dei beni pignorati una persona inserita nell'elenco di cui all'art. 179 *ter* delle disposizioni di attuazione o l'istituto di cui al primo comma dell'art. 534»<sup>5</sup>.

Pertanto, mentre la previgente disciplina subordinava la possibilità per il giudice dell'esecuzione di procedere alla sostituzione del debitore costituito *ex lege* custode al momento del pignoramento: a) su istanza del creditore pignorante o di un creditore intervenuto; b) d'ufficio quando l'immobile non era occupato dal debitore; c) in caso di inosservanza degli obblighi di custodia; d) o al più tardi al momento della

<sup>3</sup> Sul nuovo istituto della vendita forzata immobiliare su istanza del debitore e sul relativo procedimento, cfr. M.L. Spada, *Il procedimento di vendita diretta dell'immobile pignorato*, in D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile, Il Foro italiano-Gli speciali*, 2022, fasc. 4, La Tribuna, Città di Castello, p. 501; A. Saletti, *La "vendita diretta"*, in *Giur.it.* 2023, p. 484; L. De Propriis, *Commento sub art. 568 bis e 569 bis*, in R. Tiscini (a cura di), *La riforma Cartabia del processo civile*, Pacini, Pisa, 2023, p. 710; G. Finocchiaro, *Vendita diretta, senza opposizione sottratta a forme di competizione*, in *Guida al dir.*, 2023, n. 11, p. 69.

<sup>4</sup> V., *infra*, nel testo e nota n. 6.

<sup>5</sup> La nuova disposizione mira, senza dubbio, a rendere celere e proficuo il procedimento di liquidazione dell'immobile pignorato; la vendita forzata, infatti, «seppur differente da quella a trattativa privata in ordine alle modalità di svolgimento, consiste pur sempre nell'immissione su libero mercato di un compendio immobiliare, pertanto, fornire alla platea dei potenziali acquirenti informazioni chiare e precise sullo stato di fatto e di diritto del bene (ad esempio la presenza di abusi edilizi o di occupanti) attribuendo agli ausiliari del giudice precisi poteri di indagine e di intervento non può che garantire risultati rilevanti e apprezzabili», così G. Cicalese, *Il controllo della documentazione e l'incarico di custodia nel d.lgs. n. 149/2022 e nelle best practices*, in *Riv. esec. forzata*, 2023, p. 302; sul punto v. anche D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 481; M.L. Russo, *La disciplina degli artt. 559 e 560 c.p.c. alla luce del d. lgs. N. 149 del 2022: La conferma e l'ampliamento dei compiti del custode giudiziario*, Studio n. 8-2023/PC, in [www. notariato.it/ufficio studi /](http://www.notariato.it/ufficio_studi/), p.10; F. De Santis, *Vecchi problemi e nuove prospettive del processo esecutivo nell'epoca della ripresa e della resilienza*, in *Riv. esec. forzata*, 2022, p. 7.

pronuncia dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita, la nuova normativa, invece, impone al giudice dell'esecuzione, in applicazione di una regola divenuta ormai generale, di procedere alla sostituzione del custode giudiziario contestualmente alla nomina dell'esperto ovvero nel termine di quindici giorni dall'avvenuto deposito della documentazione ipocatastale<sup>6</sup>. Sostituzione quest'ultima che, in quanto regola generale, prescinde dalla destinazione del bene pignorato sicché dovrà procedersi senza ritardo sia nell'ipotesi di bene immobile libero, sia nel caso risulti occupato da terzi con titolo opponibile o non opponibile alla procedura, sia, infine, nell'ipotesi in cui sia utilizzato dal debitore.

La scelta del legislatore appare diretta a normativizzare una prassi applicativa non solo diffusa in molti uffici giudiziari ma, soprattutto, fortemente sostenuta nell'ambito delle linee guida redatte dal Consiglio superiore della magistratura con delibera del 2017, nonché, con la successiva di aggiornamento del 2021, entrambe indirizzate alla diffusione delle buone prassi nel settore dell'esecuzione immobiliari. In ambedue si osserva, infatti, che la soluzione indicata mira a conferire una maggiore efficienza al procedimento di espropriazione immobiliare e ciò in ragione del fatto che l'anticipazione della nomina consente: a) di assicurare prontamente all'espropriazione la riscossione dei frutti e le rendite cui il pignoramento si estende; b) di assolvere ad una eventuale funzione informativa-transattiva nei confronti del debitore potendo il custode indicare le ancora possibili e praticabili definizioni del procedimento senza arrivare alla liquidazione del bene; c) di porre in essere tutti i possibili adempimenti strumentali diretti alla verifica della sussistenza delle condizioni necessarie per autorizzare la liquidazione del bene<sup>7</sup>.

Una verifica quest'ultima che risulta essere ancora più specifica in virtù della prevista convergenza delle distinte professionalità ovvero dell'esperto stimatore (con competenze tecnico-urbanistico edilizie) da un lato, e del custode giudiziario (con competenze giuridico-gestorio) dall'altro. Un dato che trova conferma nel nuovo terzo comma dell'art. 559 c.p.c., dove si dispone che «il custode [...] collabora con l'esperto nominato ai sensi dell'art. 569 al controllo della completezza della

<sup>6</sup> Cfr. A. Ghedini, A. Crivelli, N. Mazzagardi, *Il custode e il delegato alla vendita nel processo esecutivo immobiliare*, IV ed., Giuffrè, Milano, 2021, 182 ss.

<sup>7</sup> Il C.S.M., nell'ambito di un più generale intervento inteso a riorganizzare le buone prassi sviluppatesi all'interno di molti uffici giudiziari, ha fornito delle precise linee guida volte ad indirizzare l'operato dei giudici dell'esecuzione favorendo, di conseguenza, una maggiore responsabilizzazione dei relativi ausiliari; muovono in questa direzione tanto la Delibera C.S.M. dell'11 ottobre 2017, *Buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari-Linee guida*, nella quale preliminarmente si è discussa la anticipata nomina e l'assegnazione dei compiti al custode giudiziario nell'espropriazione immobiliare quanto, la successiva Delibera C.S.M. del 6 dicembre 2021, *Buone prassi nel settore delle esecuzioni immobiliari-Aggiornamento linee guida*, con la quale, valutate le pregresse esperienze applicative, il C.S.M. ha inteso fornire un quadro definitivo delle prassi che il giudice dell'esecuzione può concretamente mettere in campo al fine di efficientare il relativo procedimento.

documentazione di cui all'art. 567, secondo comma, redigendo apposita relazione informativa nel termine fissato dal giudice dell'esecuzione»<sup>8</sup>.

Dalla norma si ricava quindi che alla relazione di stima si dovrà di regola allegare l'ulteriore e diversa perizia redatta dal custode. Tuttavia, va osservato che, al fine di assicurare organicità al nuovo dato normativo, il legislatore avrebbe dovuto di regola novellare anche il secondo comma dell'art. 173 *bis* disp. att. c.p.c. laddove dispone che «l'esperto prima di ogni attività controlla la completezza dei documenti di cui all'art. 567 c.p.c.». Un'apposita modifica al secondo comma dell'art. 173 *bis* disp. att. c.p.c. avrebbe certamente garantito una maggiore chiarezza non solo in merito alla suddivisione del lavoro tra le due distinte professionalità ma anche e soprattutto con riferimento al riparto delle rispettive responsabilità professionali<sup>9</sup>.

Come già previsto nella previgente disciplina, resta ferma nel novellato art. 559 c.p.c. la previsione secondo cui, qualora «la sostituzione nella custodia non abbia alcuna utilità ai fini della conservazione e dell'amministrazione del bene o per la vendita», il giudice può valutare di non disporre la nomina di un custode terzo. Tuttavia, «l'utilità» di una custodia giudiziale dovrà essere valutata dal giudice dell'esecuzione non solo con riferimento alla conservazione e amministrazione del

<sup>8</sup> L'oggetto delle verifiche, testé indicate, non è del tutto identificabile a priori, essendo esso indiscutibilmente legato anche alle peculiarità riscontrabili in ogni singolo caso. Spetterà, quindi, al custode e allo stimatore effettuare tutta una serie di controlli legati agli adempimenti richiesti al creditore affinché il giudice dell'esecuzione possa disporre la vendita dell'immobile staggito: pertanto, gli ausiliari *de quibus* dovranno innanzitutto appurare il rispetto dei termini previsti dagli artt. 481 e 497 c.p.c. a pena di cessazione dell'efficacia del precetto e del pignoramento, del termine dilatorio di cui all'art. 501 c.p.c. nonché, *ex art. 557, 2° comma, c.p.c.*, del termine di quindici giorni gravante sul creditore precedente per il deposito della nota di iscrizione a ruolo, con copie conformi del titolo esecutivo, del precetto, del pignoramento e della nota di trascrizione decorrente dalla riconsegna dell'atto di pignoramento da parte dell'ufficiale giudiziario. Il custode e l'esperto stimatore, poi, dovranno verificare se il creditore precedente ha provveduto a notificare ai creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante da pubblici registri e/o ai terzi che abbiano effettuato un sequestro conservativo di cui all'art. 158 disp. att. c.p.c. l'avviso previsto dall'art. 498 c.p.c.; infine, gli ausiliari dovranno accertarsi dell'avvenuta notifica dell'avviso di pignoramento imposta *ex art. 599, 2° comma, c.p.c.* al creditore precedente nei confronti dei comproprietari nell'ipotesi di esecuzione forzata avente ad oggetto beni indivisi, in termini G. Cicalese, *Il controllo della documentazione e l'incarico di custodia nel d.lgs. n. 149/2022 e nelle best practices*, cit., 305; M. Angelone, *Le relazioni del custode quando l'immobile è occupato dal debitore e dai suoi familiari, tra prassi e riforme*, in *Iura e Legal System*, 2023, fasc. 1, p. 9.

<sup>9</sup> Cfr. R. D'Alonzo, *La nuova disciplina dell'esecuzione forzata. Considerazioni a prima lettura*, in *Riv. esecuz. Forzata*, 2022, 21 ed anche G. Cicalese, *op. ult. cit.*, 304 secondo il quale, le verifiche che gli ausiliari «dovranno per legge effettuare *in limine* al subprocedimento di vendita forzata saranno funzionali all'emersione in una fase «embrionale» della procedura dei profili potenzialmente problematici della stessa, così che essi siano tempestivamente evidenziati e superati o, qualora ciò non fosse possibile, portino ad una celere chiusura anticipata dell'espropriazione senza vani aggravati di spese».

bene ma anche in funzione della possibile vendita coattiva ovvero della migliore collocazione possibile del bene pignorato sul mercato<sup>10</sup>.

Come già disponeva la precedente normativa, il legislatore anche con la riforma del 2022 ha qualificato il provvedimento di nomina del custode come non impugnabile. Questo dato normativo in combinato disposto con l'art. 177, co. 3 c.p.c. potrebbe far ritenere questi provvedimenti non opponibili ed irrevocabili e immodificabili. Tuttavia va detto, che in senso contrario, come peraltro si riteneva nella previgente disciplina, l'impugnabilità esclude il ricorso per Cassazione ma il provvedimento deve sempre ritenersi modificabile e revocabile ai sensi dell'art. 487 c.p.c. che è norma di portata generale e soprattutto opponibile attraverso l'opposizione agli atti esecutivi ovvero ai sensi dell'art. 617 c.p.c. e ciò in considerazione della incidenza che gli atti inerenti alla custodia hanno poi sui diritti dei soggetti interessati alla procedura soprattutto nell'ipotesi in cui la sostituzione del custode venga disposta al di fuori dei casi previsti dalla legge<sup>11</sup>.

3. Anche in relazione alla liberazione dell'immobile pignorato, e all'applicazione del nuovo art. 560 c.p.c., il legislatore ha introdotto alcune novità su due profili distinti ovvero: a) sui presupposti e tempi dell'emissione del provvedimento di liberazione; b) e sulle modalità di attuazione dello stesso<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> La precisazione apparentemente inutile ha invece un suo valore precettivo rilevante se si considera che anche un bene che non necessita di conservazione e amministrazione potrebbe tuttavia richiedere la nomina di un custode diverso dal debitore «in ragione della necessità di assicurare il diritto di visita dello stesso. Si pensi, ad esempio, ad un appezzamento di terreno che sia fisicamente difficile da individuare che quindi necessita di un custode che accompagni i potenziali offerenti sul posto», così R. D'Alonzo, *La nuova disciplina dell'esecuzione forzata. Considerazioni a prima lettura*, cit., p. 20. Tuttavia, dal punto di vista dell'applicazione della norma va anche sottolineata la circostanza che il giudice è chiamato a sostituire il debitore nella custodia in una fase processuale nella quale raramente disporrà di informazioni sufficienti per abdicare alla sostituzione, per cui nella prassi si assisterà a una sostituzione generalizzata del debitore nella custodia salvo poi un'eventuale revoca, v. in questo senso R. D'Alonzo, *op. ult. cit.*, p. 21

<sup>11</sup> Cfr. A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2022, 1838; D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 483 ed anche la nota n. 20 per indicazioni sulle diverse letture fornite in passato circa l'impugnabilità dei provvedimenti di sostituzione del custode e liberazione del bene.

<sup>12</sup> Sull'ordine di liberazione dell'immobile pignorato e sulle relative prassi poste alla base della nuova normativa v. S. Vincre, *L'ordine di liberazione dell'immobile pignorato: legittimazione passiva e rimedi*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1262; E. Cavuoto, *Sull'impugnazione dell'ordine di liberazione dell'immobile pignorato*, in *Foro it.*, 2011, I, p. 3390; G. Fanticini, *La liberazione dell'immobile pignorato dopo la «controriforma» del 2019*, in *www.inexecutivis.it*, 2019, §5; M.L. Russo, *La liberazione dell'immobile alla luce delle novelle legislative n. 12 del 2019 e n. 8 del 2020, parte I*, in *Riv. esecuzione forzata*, 2020, p. 702; A. Auletta, *Nomina, funzioni del custode e liberazione dell'immobile pignorato nell'attuazione della legge n. 206 del 2021*, in *www.inexecutivis.it*, 2022, § 2. Sulla disciplina dell'ordine di liberazione introdotta dal d.lgs. 149/2022, v. A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p.1829. D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 486.

Quanto ai tempi di adozione dell'ordine di liberazione il legislatore, confermando l'impianto previgente, ribadisce che ove l'immobile è «abitato»<sup>13</sup> dall'esecutato con il suo nucleo familiare l'ordine di liberazione dovrà essere emesso al momento della pronuncia del decreto di trasferimento. Tuttavia, la permanenza del debitore e della sua famiglia nell'immobile pignorato è subordinata ad una vera e propria clausola di salvaguardia ovvero all'assolvimento da parte del debitore di precisi doveri di collaborazione diretti al buon esito della procedura.

In particolare, il legislatore del 2022, al nono comma del novellato art. 560 c.p.c., dispone che il giudice dell'esecuzione, sentite le parti, potrà ordinare la liberazione dell'immobile pignorato, quand'anche occupato dal debitore, allorché: a) risulta ostacolato il diritto di visita di potenziali acquirenti; b) ovvero quando viene impedito lo svolgimento delle attività degli ausiliari del giudice; c) ed ancora quando l'immobile non è adeguatamente tutelato e mantenuto in uno buono stato di conservazione; d) nonché tutte le volte in cui l'esecutato viola gli altri obblighi che la legge pone a suo carico.

Quest'ultimo dato normativo che rappresenta una norma di chiusura ed era già prevista nella previgente disciplina, è rimasta inalterata nel nuovo testo normativo riproponendo, peraltro, le incertezze interpretative che si erano già poste in passato. Infatti, alcuni avevano inteso il dato normativo in senso ampio ricomprendendovi ogni obbligo incombente sull'esecutato sia come proprietario del cespite, come suo abitante o come parte processuale dell'esecuzione<sup>14</sup>.

Altri, invece, prediligendo una un'interpretazione maggiormente persuasiva del dato normativo, ritenevano che ai fini dell'anticipata liberazione dell'immobile rilevasse soltanto la violazione degli obblighi relativi alla posizione processuale di soggetto esecutato nella disponibilità del bene con la conseguenza che a rilevare sono

<sup>13</sup> Appare ragionevole ritenere che il concetto di *abitazione* valevole per l'art. 560 c.p.c. implichi un immobile che in concreto e di fatto risulti stabilmente occupato dal debitore e dal suo nucleo familiare già al momento della notifica del pignoramento. Con riferimento invece alla possibile discrasia tra il dato catastale e la situazione reale del bene, la soluzione dovrà basarsi sulla destinazione del bene ad uso abitativo come risultante dalla destinazione catastale che potrà, in ogni caso, essere vinta dalle risultanze di elementi convergenti contrari. In sostanza, «gli elementi più significativi e frequenti di valutazione per l'accertamento di una situazione di verosimile stabile abitazione del cespite, saranno: l'accesso al cespite pignorato a cura del custode giudiziario in cui si attesterà *de visu* l'attualità dell'occupazione e la concretezza della situazione abitativa; la classificazione catastale il cespite elemento di prova; nonché il certificato di residenza (ai cui dati deve darsi valore di presunzione eventualmente sconfessati da elementi contrari fattuali), così G. Cicalese, *Il controllo della documentazione e l'incarico di custodia nel d.lgs. n. 149/2022 e nelle best practices*, cit., 18 ed anche A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 2022, p. 1839. L'accertamento spetterà al giudice dell'esecuzione nell'udienza *ex art. 569 c.p.c.*, sebbene con una valutazione sommaria e squisitamente documentale sia, degli atti di destinazione catastale sia, delle risultanze derivanti dalle relazioni degli ausiliari nonché degli elementi che dovessero emergere a seguito della doverosa audizione del debitore, v. G. Fanticini, *La liberazione dell'immobile pignorato dopo la «controriforma» del 2019*, cit., 6.

<sup>14</sup> Facendovi rientrare, ad esempio, «il pagamento delle spese condominiali e quello delle imposte, le operazioni di controllo e manutenzione degli impianti termici, il rendimento del conto, ritenuto gravante finanche sul debitore non custode», così D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 489.

gli obblighi inerenti all'immobile cioè a dire obblighi *propter rem* e non personali del debitore occasionati dall'immobile, e pregiudizievoli alla procedura ovvero non idonei a realizzare il miglior risultato economico e quindi destinati a diminuire il valore del cespite esecutato<sup>15</sup>.

Da quanto detto consegue che l'ordine di liberazione non si configura come sanzione di qualsivoglia condotta non gradita del debitore ma al contrario, come passaggio processuale diretto a garantire un corretto equilibrio tra gli interessi in gioco: da un lato, «l'interesse pubblicistico» a liberare l'immobile per vendere prima e meglio dall'altro, «l'interesse privatistico» del debitore all'abitazione avente natura di vero e proprio diritto fondamentale come affermato dalla Corte costituzionale nel 2021 e come tale idoneo a comprimere il pieno esercizio della tutela esecutiva<sup>16</sup>.

Un altro tema dibattuto, con riferimento ai presupposti dell'emanazione dell'ordine di liberazione, riguardava la fattispecie derivante dall'ipotesi in cui il debitore fosse l'unico abitante del bene staggito.

In particolare, la previgente disciplina dettata dall'art 560 c.p.c., sembrava presupporre l'applicazione della speciale tutela dello stato abitativo all'esecutato e al suo nucleo familiare che con lui convivesse; un dato normativo quest'ultimo che aveva sollevato dubbi sulla possibilità di eseguire il relativo precetto anche nei confronti del debitore single.

Nella relazione illustrativa, tuttavia, il legislatore chiarisce molto bene di non aver voluto utilizzare la locuzione «convivente» adoperato dal legislatore delegante riconoscendo in modo esplicito la permanenza sino al trasferimento anche al debitore che occupi da solo l'immobile al fine di evitare ingiustificate differenziazioni di trattamento difficilmente compatibili col principio di uguaglianza in virtù della fondamentale *ratio* che il regime di favore per l'esecutato abitante l'immobile è da rintracciare non in una forma generale di tutela della famiglia bensì nella protezione del diritto all'abitazione avente valenza di diritto sociale<sup>17</sup>.

4. Confermata la centralità e la imprescindibilità della liberazione dell'immobile, quale presupposto fisiologico e necessario al miglior svolgimento della vendita forzata immobiliare, il legislatore dispone nell'art. 560, 7° comma, c.p.c. che il giudice dell'esecuzione ordina la liberazione dell'immobile non

<sup>15</sup> Cfr. M.L. Russo, *La liberazione dell'immobile alla luce delle novelle legislative n. 12 del 2019 e n. 8 del 2020, parte II*, in *Riv. esec. forzata*, 2020, p. 979 ss.; M.D. Marchese, *Procedure esecutive immobiliari: l'ordine di liberazione*, in <[www.giustiziacivile.com](http://www.giustiziacivile.com)>, 28 settembre 2020, § 3.3; E. Gasbarrini, *Il nuovo articolo 560 c.p.c., parte II*, in *Rass. esec. forzata*, 2020, p. 593.

<sup>16</sup> In questo senso, v. Cass., sez. un., 14 dicembre 2020, n. 28387, in *Foro it.*, Rep. 2020, voce *Esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie*, n. 125, ed anche in *Fallimento*, 2021, p. 311, con nota di Leuzzi; Corte cost., 22 giugno 2021, n. 128, in *Foro it.*, 2021, I, 2620 e in *Riv. esec. forzata* 2021, 626.

<sup>17</sup> V., D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 493 e, *supra*, nota n. 13 per i riferimenti relativi a Corte cost. 22 giugno 2021, n. 128, cit.



abitato dall'esecutato e dal suo nucleo familiare ovvero occupato da un soggetto privo di titolo opponibile alla procedura, non oltre la pronuncia dell'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni.

Rispetto alla previgente formulazione non c'è dubbio che questo comma si ponga come mera codificazione di precedenti interpretazioni condivise<sup>18</sup>.

In particolare, l'espressa previsione secondo cui il giudice deve ordinare la liberazione non solo dell'immobile non abitato ma altresì di quello occupato da un soggetto privo di titolo opponibile, nei cui confronti, evidentemente, non è pertanto necessario esperire le ordinarie azioni per ottenere la disponibilità del bene, costituisce, infatti, una conclusione cui si era sopraggiunti nel vigore della previgente formulazione dove il terzo non era affatto contemplato<sup>19</sup>.

Anche la precisazione che il provvedimento dovrà essere emesso non oltre la pronuncia dell'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni, chiarisce molti dei precedenti dubbi interpretativi.

Con la previgente disciplina, infatti, era stato sostenuto che allorché il giudice avesse avuto conoscenza della mancanza dello stato abitativo da parte del debitore e della conseguente inammissibilità della relativa protezione processuale avrebbe

<sup>18</sup> A. Auletta, *Nomina, funzioni del custode e liberazione dell'immobile pignorato nell'attuazione della legge n. 206 del 2021*, in *www.inexecutivis.it*, 2022, § 3; ID. *La custodia del bene pignorato. Principi normativi e giurisprudenziali*, in F. De Stefano - M. Giordano (a cura di), *Manuale degli ausiliari dell'esecuzione immobiliare*, Milano, 2019, p. 260.

<sup>19</sup> Cfr. G. Fanticini, *La liberazione dell'immobile pignorato dopo la «controriforma» del 2019*, cit., p. 30.

Viceversa, potrà farsi valere un diritto di godimento (reale o personale) opponibile alla procedura nelle seguenti ipotesi: allegazione di un contratto di locazione avente data certa anteriormente al pignoramento; titolarità relativa ad un diritto reale di godimento (usufrutto, uso ed abitazione) trascritti in epoca antecedente alla trascrizione del pignoramento ed, eventualmente, alla trascrizione dell'ipoteca vantata dal creditore procedente in virtù dell'art. 2812 c.c.; il coniuge o *ex* coniuge della parte eseguita che abbia ottenuto un provvedimento di assegnazione della casa coniugale, trascritto prima del pignoramento ed, eventualmente, dell'ipoteca del creditore che da impulso alla procedura esecutiva. Qualora il bene sia occupato da terzi per titolo opponibile alla procedura, il contratto potrà essere ritenuto, invece, non opponibile alla procedura esecutiva nell'ipotesi in cui il canone in pagamento, sia da considerarsi «vile» ovvero nell'ipotesi in cui il prezzo convenuto, sia inferiore di un terzo al giusto prezzo o a quello risultante da precedenti locazioni. Conseguentemente ove «emerge l'esiguità del canone (a seguito di valutazione demandata all'esperto stimatore, nell'ambito dei quesiti cui è tenuto a rispondere), potrà darsi corso alla liberazione nelle forme endoesecutive di cui all'art 560 c.p.c.», così G. Cicalese, *Il controllo della documentazione e l'incarico di custodia nel d.lgs. n. 149/2022 e nelle best practices*, cit., 29; P. Vittoria, *Modi della custodia e tutele del debitore che abita l'immobile pignorato, dopo le recenti modifiche dell'art. 560 c.p.c.*, in *Riv. esec. forzata*, 2019, p. 247. Sulla inopponibilità all'aggiudicatario della locazione a canone «vile» stipulata in data anteriore al pignoramento anche ai sensi dell'art. 2923, 3° comma, c.c. nonché sulla inopponibilità anche alla procedura o ai creditori che ad essa danno impulso, in virtù dell'interesse pubblicistico al rituale sviluppo del processo esecutivo e quindi per un motivo di ordine pubblico processuale che impone l'anticipazione degli effetti favorevoli dell'aggiudicazione e del decreto di trasferimento, v. da ultimo, Cass. 28 marzo 2022, n. 9877, in *Foro it.*, Rep. 2022, voce *Esecuzione forzata per obbligazioni pecuniarie*, n.° 78.

dovuto ordinare immediatamente e senza discrezionalità la liberazione dell'immobile.

Una opzione quest'ultima, tuttavia, ritenuta da altri non affatto obbligata per il giudice dell'esecuzione, poiché ove lo stato abitativo non fosse stato conforme ai requisiti processuali previsti dal legislatore, l'interesse pubblicistico della procedura avrebbe potuto prescrivere di temporeggiare nella sostituzione principalmente in ipotesi di immobili vertenti in situazioni di fatto nelle quali la liberazione anticipata poteva comportare un maggiore rischio di pregiudizio con la conseguente necessità di preservare lo stato abitativo dell'esecutato o del terzo collaborativi con la procedura invece di incorrere in un possibile degrado dell'immobile o in una occupazione abusiva<sup>20</sup>.

A seguito della riforma la norma novellata sembra confermare quest'ultima conclusione con la conseguenza che ogni qualvolta l'immobile non sia definibile come immobile adibito ad abitazione principale dell'esecutato, il giudice potrà valutare nell'esclusivo interesse della procedura quale sia il miglior assetto occupativo del bene staggito, decidendo in via discrezionale se procedere con un ordine di liberazione immediato piuttosto che attendere il momento della pronuncia dell'ordinanza con cui è autorizzata la vendita o sono delegate le relative operazioni.

5. Come è noto l'attuazione dell'ordine di liberazione costituisce un dato normativo tra i più riformati nell'ambito dell'espropriazione immobiliare.

Codificato per la prima volta con la riforma del 2005, venne, tuttavia, qualificato come titolo esecutivo per il rilascio con la possibilità per il custode di poterlo eseguire successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento secondo le forme ordinarie e non già attraverso una attuazione deformalizzata come invece era stato precedentemente sperimentato dalle cosiddette prassi virtuose<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Cfr. A. Tedoldi, *La riforma dell'esecuzione forzata: le novità del D.Lgs n. 149/2022*, in [www.giustizainsieme.it](http://www.giustizainsieme.it), 2023, § 20; D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 493; G. Fanticini, *La liberazione dell'immobile pignorato dopo la «controriforma» del 2019*, cit., p. 30.

<sup>21</sup> Cfr. R. D'Alonzo, *La nuova disciplina dell'esecuzione forzata. Considerazioni a prima lettura*, cit., p. 22, il quale rileva che, prima della novella del 2005, l'art 560 c.p.c. non conteneva alcun riferimento esplicito all'istituto dell'ordine di liberazione, limitandosi a prevedere che «con l'autorizzazione del giudice il debitore può continuare ad abitare nell'immobile pignorato, occupando i locali strettamente necessari a lui e alla sua famiglia». Le prassi, tuttavia, si erano premurate di costruire l'ordine di liberazione quale provvedimento non annoverabile nel catalogo dei titoli esecutivi, a mezzo del quale il custode acquisiva la disponibilità dell'immobile al fine di collocarlo sul mercato, recuperando risalenti arresti della giurisprudenza di legittimità secondo cui l'attuazione dell'ordine di liberazione non dava luogo ad una procedura di rilascio, trattandosi di strumento auto-esecutivo funzionale ad attuare la volontà del giudice che, nell'esercizio del potere-dovere di direzione della procedura, aveva adottato i provvedimenti necessari per l'ulteriore corso della medesima, e ne affidava l'attuazione al custode, eventualmente mediante l'ausilio della forza pubblica a norma dell'art. 68 c.p.c.

La novella del 2016 aveva migliorato la disciplina prevedendo con la riscrittura dell'art. 560 c.p.c. che l'ordine di liberazione disposto dal giudice dell'esecuzione poteva essere attuato (e non già eseguito) dal custode «secondo le disposizioni del giudice dell'esecuzione senza l'osservanza delle formalità di cui agli articoli 605 c.p.c. e seguenti» e ciò anche successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento e nell'interesse dell'aggiudicatario o dell'assegnatario salvo che questi non lo avessero esentato<sup>22</sup>.

Con le novelle del 2018-2019 il legislatore nell'intento di disciplinare il debitore titolare di crediti nei confronti delle pubbliche amministrazioni aveva, in sostanza, eliminato buona parte della disciplina inerente all'attuazione dell'ordine di liberazione contenuta nell'art 560 c.p.c. tentando di rimediare al manifesto errore con il successivo intervento legislativo del 2019-2020 ma lasciando di fatto agli interpreti il compito di rimediare al vuoto normativo<sup>23</sup>.

Il legislatore del 2022 pone definitivamente rimedio al problema attraverso una disciplina compiuta diretta a semplificare l'attuazione dell'ordine di liberazione specificando che: a) l'ordine di liberazione costituisce sempre un provvedimento autonomo e separato, anche quando emesso contestualmente alla pronuncia del decreto di trasferimento; b) ribadisce che successivamente alla pronuncia del decreto di trasferimento l'ordine di liberazione sarà attuato dal custode secondo le direttive del giudice dell'esecuzione senza le formalità del procedimento di rilascio art 605 ss. c.p.c. nell'interesse e senza spese

<sup>22</sup> Il d.l. 3 maggio 2016 n. 59 convertito con modificazioni nella l. 30 giugno 2016 n. 119 ( G.U. - Serie Generale- n. 153 del 2 luglio 2016) è anche in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 23, 10 e 22 ss.

Sulle modifiche in tema di espropriazione immobiliare, v., M. Bove, *Sugli ultimi "ritocchi" in materia di espropriazione forzata nel d.l. 59 del 2016*, in [www.lanuovaproceduracivile.com](http://www.lanuovaproceduracivile.com); P. Farina, *Le modifiche «urgenti» all'espropriazione forzata nel d.l. 3 maggio 2016 n. 59*, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it); E. Cirulli, *Le nuove disposizioni in materia di espropriazione forzata contenute nella legge 30 giugno 2016, n. 119*, in [www.Judicium.it](http://www.Judicium.it); S. Ziino, *Brevi note sulle nuove norme in materia di espropriazione contenute nella legge 30 giugno 2016 n. 119, di conversione del c.d. "decreto banche" 3 maggio 2016, n. 59*, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it); G. Finocchiaro, *Nasce il registro elettronico delle espropriazioni*, in *Guida al dir.*, 2016, fasc. 23, 43; G. Borella, *Le novità in materia di esecuzione forzata immobiliare: il d.l. 59/2016 convertito in legge 119/2016*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it). A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata del d.l. n. 59/ 2016... terza e non ultima puntata della never ending story sulle sofferenze bancarie*; I. Zingales, *Il nuovo modello procedimentale di liberazione dell'immobile pignorato (d.l. n. 59/2016, conv. con modif., dalla l. n. 119/2016)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2017, 4, p. 675. Sulle modifiche all'art. 560 c.p.c. v., C. Vanz, *Commento sub art. 560 c.p.c. in Le nuove riforme dell'esecuzione forzata*, (Saletti-Vanz-Vincere), Giappichelli, Torino, 2016, 212; P. Farina, *La deformalizzazione del rilascio dell'immobile pignorato*, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it); S. Leuzzi, *Il "nuovo" ordine di liberazione dell'immobile pignorato, alla luce del d.l. 59 del 2016 convertito con legge n. 119 del 2016*, in [www.eclegal.it](http://www.eclegal.it); G. Fanticini, *L'ordine di liberazione "auto-esecutivo": il novellato art. 560 c.p.c.*, in [www.ilprocessocivile.it](http://www.ilprocessocivile.it).

<sup>23</sup> Si tratta del d.l. 14 dicembre 2018, n. 135 convertito con modificazioni dalla l. 11 febbraio 2019, n. 12, per il quale v. P. Farina, *le modifiche apportate dalla l. 11-2-2019, n. 12 alla conversione del pignoramento ed all'ordine di liberazione*, in *Riv. esec. forzata*, 2019, p. 154; G. Fanticini, *La liberazione dell'immobile pignorato*, cit., 2; D. Longo, *La custodia dei beni immobili pignorati*, cit., p. 495 ss.

dell'aggiudicatario o dell'assegnatario salvo che questi non lo esonerano espressamente.

In quest'ultimo caso il titolo per il rilascio sarà costituito dal decreto di trasferimento da eseguirsi secondo le regole ordinarie a spese dell'aggiudicatario.

Francesco Sporta Caputi

L'ABUSO DI POSIZIONE DOMINANTE E GLI STRUMENTI DI  
REGOLAMENTAZIONE PREVENTIVA INTRODOTTI  
DAL *DIGITAL MARKET ACT* (REG.TO UE N. 2022/1925)\*

ABSTRACT

La gestione dei cd. *Big Data* pone i gestori di piattaforme digitali in una posizione di *iper-dominanza* sul mercato che talvolta sfocia in abuso di posizione dominante (caso *Google Shop* e caso *Amazon FBA*) vietato dall'art. 102 TFUE. Il recente Reg.to UE n. 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act*) costituisce l'occasione per verificare se gli obblighi comportamentali imposti ai *gatekeeper* siano idonei a prevenire o arginare ipotesi di abuso di posizione dominante.

The use of Big Data put the digital platform and the market place companies in hyper-dominance position of the market that somewhere could be qualified as market abuse like *Google Shop* and *Amazon FBA* cases, such as an infringement of art. 102 TFEU.

The aim of the study is to verify if the behavioural obligations provided by the Ue Reg. n. 2022/1925 could be prevent market abuse conducts from the *gatekeepers*.

Parole chiave

Abuso posizione dominante – concorrenza – servizi digitali equi e contenibili

Market abuse – Competition – Fair and Constable Digital Service

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'inadeguatezza del quadro normativo di regolazione delle condotte di abuso di posizione dominante ai tempi dei *big data*. – 3. L'unitaria disciplina europea dei servizi digitali e la molteplicità degli approcci regolatori. – 4. I caratteri distintivi del Reg.to UE n. 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act*) – 5. La funzione di prevenzione del rischio di abuso di posizione dominante svolta dagli obblighi comportamentali introdotti dal Reg.to *DMA*. – 6. Linee di tendenza e sviluppi futuri dell'organizzazione delle piattaforme.

1. La gestione di una mole indeterminata ed indeterminabile di dati, tanto sul piano quantitativo quanto sul piano qualitativo (cd. *big data*) pone i gestori di piattaforme digitali e i prestatori dei relativi servizi digitali in una posizione di *iper-dominanza* sul mercato rispetto a numerosi altri operatori economici posti a livelli

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

differenti della catena del valore dei dati “originari ed aggregati” (c.d. *Big data value chain*) che di tali servizi usufruiscono.

La posizione dominante assunta dalle *big tech* sul mercato di servizi *online* di riferimento, certamente non impedita dall’art. 102 TFUE<sup>1</sup>, pone tuttavia delicate questioni sul piano regolamentare quando la posizione di forza economica legittimamente conquistata venga maliziosamente utilizzata a proprio vantaggio ed a discapito dei soggetti concorrenti o dei consumatori finali del servizio, dando luogo a fenomeni anticoncorrenziali riconducibili, tra gli altri, al *genus* dell’abuso di posizione dominante<sup>2</sup>.

Le sempre più diffuse e striscianti tecniche di *self preferencing* poste in essere dai gestori di motori di ricerca (caso *Google Shop*) o dai gestori di piattaforme *online* cd. *market place* (caso *Amazon FBA*), oggetto di intervento repressivo *ex post* da parte delle Autorità *antitrust* europea e nazionale, hanno probabilmente creato i presupposti per l’elaborazione di un nuovo approccio regolamentare del più complesso “ecosistema” dell’economia dei dati da parte del legislatore europeo, formalizzato, da ultimo, nel Regolamento UE n. 2022/1925 (c.d. *Digital Market Act – Reg.to DMA*)<sup>3</sup>.

Il nuovo quadro regolamentare tratteggiato dal legislatore europeo reca con sé un cambio di passo nella regolamentazione dei comportamenti concorrenziali degli operatori dei mercati digitali e dei servizi *online* se la richiamata cornice regolamentare viene interpretata nella prospettiva – certamente “trasversale” rispetto

<sup>1</sup> Cfr. S. Bariatti, A. Sodano, *Gli abusi di posizione dominante*, in F. Galgano, *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell’economia.*, A. Frignani, S. Bariatti (a cura di), *Disciplina della concorrenza nell’UE*, vol. 64, Cedam, Padova 2012, p. 253-257.

<sup>2</sup> Cfr. le delicate implicazioni *antitrust* derivanti dall’utilizzo dei *big data*, M. Libertini, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, in *ODC*, 2021, numero straordinario, p. 340 e p. 355 ss.; M. Maggiolino, *I Big Data e il diritto antitrust*, EGEA, Milano 2018, p. 23 ss. Sulle molteplici implicazioni poste dal trattamento ed utilizzo algoritmico dei dati cfr., tra i tanti, G. Pitruzzella, *Big Data, Competition and Privacy: A Look from the Antitrust Perspective*, in *Conc. e merc.* 2016, p. 15 ss. in una prospettiva *antitrust*; M. Bertani, *Big data, proprietà intellettuale, e mercati finanziari*, in questa *AIDA*, 2017, p. 538 ss. in una prospettiva di diritto della proprietà intellettuale; Id., *Proprietà intellettuale, antitrust e rifiuto di licenze*, Giuffrè, Milano 2004, ove è proposta una compiuta formalizzazione della disciplina della proprietà intellettuale quale regime generale di circolazione delle informazioni; M. T. Paracampo (a cura di), *FINTECH. Introduzione ai profili giuridici di un mercato unico tecnologico dei servizi finanziari*, Giappichelli, Torino 2021; G. Finocchiaro, V. Falce (diretto da), *FinTech: diritti, concorrenza e regole. Le operazioni di finanziamento tecnologico*, Bologna 2019; M. Cian, C. Sandei (a cura di), *Diritto del FinTech*, CEDAM, Padova 2020, in una prospettiva di mercati e servizi finanziari.

<sup>3</sup> L’intervento regolatore posto in essere dalla Commissione europea ha portata più ampia e si rifà alla cd. Strategia europea dei dati <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1593073685620&uri=CELEX%3A52020DC0066> che ha portato all’approvazione, oltre ai citati, fra i tanti, anche del Regolamento UE 2022/868 (cd. Data Government Act) Regolamento europeo sulla Governance dei dati teso a promuovere il mercato europeo dei dati, al Regolamento UE 2019/1150 rivolto alla tutela di utenti commerciali che utilizzano servizi di intermediazione per la propria attività e da ultimo alla Proposta di regolamento che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale).

alla equità e alla contendibilità del mercato unico dei servizi digitali – della tutela preventiva dei comportamenti anticoncorrenziali adottati dalle piattaforme.

Il presente studio, seguendo un approccio funzionale, si propone di verificare l'efficacia del quadro normativo recato dal Reg.to *DMA* nella prospettiva che si è definita “trasversale” della disciplina *antitrust*, tenuto conto del fatto che i citati regolamenti non sono annoverabili tra gli strumenti giuridici della legislazione *antitrust*, ma ambiscono a tratteggiare per la prima volta il perimetro regolamentare dei mercati digitali e dei servizi negli stessi erogati al fine di assicurarne l'efficienza (di funzionamento ed allocativa delle utilità) e la contendibilità che sono fini complementari rispetto a quello antimonopolistico.

2. Il punto di partenza di ogni studio in tema di economia digitale e di dinamiche regolatorie *antitrust* è la presa d'atto che i detentori dei *big data* sono le imprese c.d. GAFAM, ossia le imprese dell'economia digitale *Google, Amazon, Facebook, Apple* e *Microsoft* che da sole concentrano a livello planetario non solo le più elevate capacità di raccolta ed elaborazione dei dati, ma anche relevantissime risorse economiche stabilmente investite nello sviluppo di nuove tecnologie.

Va tuttavia sgombrato il campo da un preliminare equivoco: alla luce della maturità raggiunta dai mercati digitali, la raccolta e lo stoccaggio di dati grezzi provenienti dagli utenti dei motori di ricerca e dei vari servizi erogati dalle piattaforme digitali non è più qualificabile come un vantaggio competitivo suscettibile di impieghi anticoncorrenziali, né come una barriera all'entrata<sup>4</sup>. La disponibilità statica di dati originari forniti dagli utenti quale corrispettivo della “gratuità” dei servizi digitali fruiti è piuttosto qualificabile quasi alla stregua di una dotazione iniziale per l'accesso sui mercati digitali<sup>5</sup>.

La posizione di potere sul mercato globale detenuto dalle GAFAM discende difatti dalla “trasversalità” che connota il loro *business*, ormai lontano dal *core* iniziale e dotato del dono dell'ubiquità<sup>6</sup>, che gli consente di entrare contemporaneamente in tanti mercati diversi e merceologicamente distanti, ma tutti uniti dal fattore comune dell'utilizzo di piattaforme digitali e di *big data*<sup>7</sup>, che gli consentono di esercitare un domino «*across market*»<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. tra i tanti, G. Muscolo, *Big data e concorrenza. Quale rapporto?*, in G. Ghidini, G. Olivieri, V. Falce (a cura di), *Informazione e big data tra innovazione e concorrenza*, Giuffrè, Milano 2018, p. 178; G. Colangelo, *Big data, piattaforme digitali e antitrust*, in *Merc. conc. reg.*, 2016, p. 425 ss.

<sup>5</sup> Quasi alla stregua di una *essential facility*. Sul punto cfr. Agcm, Agcom, Garante per la protezione dei dati personali, *Indagine conoscitiva sui big data*, 2020, p. 75 ove si rileva che solo in circostanze eccezionali i *big data* raccolti da una impresa possono costituire una risorsa essenziale per operare in un mercato.

<sup>6</sup> Così G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, in *ODC* 2021, numero straordinario, p. 464 ss.

<sup>7</sup> Emblematica è la parabola commerciale di Amazon che si è proposta come una piattaforma per la vendita *online* di libri per trasformarsi oggi in una piattaforma globale che gestisce il più grande

Tale trasversalità discende dalle capacità predittive degli algoritmi, anche di intelligenza artificiale, che processano una grande mole di dati e soprattutto dalle inferenze logiche che ne traggono, il cui migliore sfruttamento è reso possibile dai c.d. effetti di rete indiretti, connaturati alla struttura *multi-side* ed alla forte integrazione verticale ed orizzontale delle piattaforme digitali che acquisiscono il maggior numero possibile di utenti *online* da ambo i lati del mercato, così che più elevato è il numero dei consumatori, più elevato è il valore della piattaforma ed in ultimo, più elevato è il numero delle imprese che ambiscono ad operare sulla stessa<sup>9</sup>.

Il potere di mercato “nuovo” detenuto dalle GAFAM si apprezza nella loro capacità di fare ingresso in mercati nuovi in posizione di immediata e consolidata dominanza, azzerando i tempi fisiologici di crescita e consolidamento in un mercato concorrenziale di una *start up* e creando così i presupposti per uno scenario economico asfittico<sup>10</sup>, “occupato” da poche imprese detentrici dell’informazione ad elevato valore aggiunto, inespugnabile a qualsiasi nuova impresa che non sia dotata degli ingenti mezzi finanziari per elaborare i dati grezzi per trarne delle utili inferenze logiche a contenuto predittivo<sup>11</sup>.

La nuova frontiera del potere di mercato (*rectius*, economico) detenuto dalle GAFAM mette alla corda lo strumentario acquisito del diritto *antitrust* che denota ormai tutti i suoi limiti per diversi ordini di ragioni.

*market place* mondiale, che eroga servizi di trasporto e logistica a terze parti, che eroga servizi e contenuti audiovisivi, che eroga servizi di elaborazione dati per conto terzi e che ha in progetto di entrare anche nel mercato dei servizi di pagamento e finanziari.

<sup>8</sup> Così N. Petit, *Tech Giants, Competition And Innovation: The Seen And The Unseen*, Oxford University Press, Oxford 2020, cui si deve altresì il neologismo «moligopolio» usato per definire il potere economico e di mercato detenuto dalle c.d. big tech in Id., *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, Oxford University Press, Oxford 2020.

<sup>9</sup> Sulle esternalità di rete in ottica economica, cfr. M. Savioli, *Le esternalità di rete*, Quaderni del Dipartimento di economia politica, Siena 2006; sulle implicazioni legali degli effetti di rete, si veda M.A. Lemley, D. McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, in 86 Cal. L. Rev. 1998, p. 479, in <https://ssrn.com/abstract=32212>. Per contributi più recenti sugli effetti di rete nei mercati digitali, C. S. Yoo, *Network Effects in Action*, in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 5, U of Penn, Inst. for Law & Econ. Research Paper No. 21-01, 2021, in <https://ssrn.com/abstract=3733669>; J.M. Yun, *Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets*, in *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy*, 2, 2020, in <https://ssrn.com/abstract=3733656>; sui *platform effects*, cfr. T. Nachbar, *Platform Effects*, in *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper No. 2021-10*, 2021, in <https://ssrn.com/abstract=3775205>.

<sup>10</sup> Il c.d. moligopolio teorizzato da N. Petit, *Big tech and the digital economy: the moligopoly scenario*, cit.

<sup>11</sup> Negli stessi termini cfr. G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 474 che indicano quello esposto come il vero pericolo competitivo portato dalla quarta rivoluzione industriale.



In *primis*, l'economia digitale rende superato il concetto di mercato di riferimento<sup>12</sup> (da sempre presupposto ontologico per la valutazione delle condotte di abuso di posizione dominante, di concentrazioni, di intese restrittive della concorrenza) poiché i confini merceologici, economici e territoriali risultano ormai obliterati e relegati ad uno sbiadito ricordo rispetto allo spazio economico mondiale<sup>13</sup> che costituisce ormai il *focus* dell'attività d'impresa delle GAFAM<sup>14</sup>.

In secondo luogo, il diritto *antitrust* "tradizionale" ha sempre postulato un approccio microeconomico teso a ricercare ed assicurare l'equilibrio sul singolo comparto di mercato, restando estranei al suo campo d'indagine aspetti redistributivi della ricchezza e di equità strutturale del mercato che invece appartengono ad una visione macroeconomica del tema, imposta ormai dalla dimensione globale dalle imprese *big tech*.

Inoltre, il diritto *antitrust* "tradizionale" si caratterizza per uno strumentario di meccanismi di azione di tipo *ex post* rispetto alle condotte concorrenziali oggetto di disciplina.

Emerge in sintesi un limite di impostazione metodologica della legislazione *antitrust* rispetto all'ecosistema digitale implementato dalle GAFAM che pone al legislatore un delicato tema di politica legislativa oltre che di politica economica. La sopravvenuta inadeguatezza della legislazione *antitrust* è stata icasticamente messa in luce nel caso *Google Shop* oggetto di intervento da parte della Commissione europea

<sup>12</sup> Sul punto cfr. M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè 2014, p. 82 ss. ove l'A. osserva che la definizione di mercato rilevante contenuta nelle linee guida ufficiali dell'Unione europea del 1997 contiene delle aporie che devono essere riviste; da ultimo, R. Alimonti, F. Arduini, *Il mercato rilevante nell'era digitale*, in A. Catricalà, C.E. Cazzato, F. Fimmanò, *Diritto antitrust*, Giuffrè, Milano 2021, p. 137 ss.

<sup>13</sup> La nozione di mercato rilevante globale appare ormai nozione fluida e mutevole nel tempo, come sostenuto da R. Podszun, *The pitfalls of market definition: towards an open and evolutionary concept*, in F. Di Porto, R. Podszun, *Abusive Practices in Competition Law*, Elgar, Cheltenham 2018, p. 75, richiamato da M. Libertini, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, cit., p. 356, secondo il quale «Market in the sense of competition law is the constantly changing environment in which the behaviour under investigation takes place, encompassing all factors that are relevant for shaping the decisions of the actors.». Cfr. anche S.P. Sullivan, *Modular Market Definition*. 55 UC Davis L. Rev. 1091 (2021), *U Iowa Legal Studies Research Paper No. 2021-15*, <https://ssrn.com/abstract=3738364>.

<sup>14</sup> Riguardo ai riflessi generati dall'economia digitale sulla definizione dei mercati rilevanti e sull'accertamento del potere di mercato cfr. Ocse, *Data Driven Innovation: Big Data for Growth and Well Being*, Paris 2015; J. Cremer, Y. de Montjoye, H. Schweitzer, *Competition Policy for the Digital Era, Rapporto finale per la Commissione Europea*, 2019; J. Furman, D. Coyle, A. Fletcher e McAuley, *Unlocking digital competition, Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, [www.gov.uk/government/publications](http://www.gov.uk/government/publications); George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, *Report of Committee for the Study of Digital Platforms, Market Structure and Antitrust Subcommittee*, The University of Chicago Booth School of Business, 2019; C. Osti, *Market Power and Market Definition in the Digital Economy*, in V. Falce (a cura di), *Competition law enforcement in digital markets*, Giappichelli, Torino 2021, p. 33 ss.

e nel più recente caso *Amazon FBA* oggetto di intervento da parte dell’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato italiana (Agcm).

In entrambi i casi, l’abuso di posizione dominante da parte della impresa *big tech* è stato riscontrato dalle due autorità di vigilanza nella particolare forma del *self preferencing* o della pratica escludente (sebbene entrambe le autorità abbiano evitato di utilizzare esplicitamente la richiamata catalogazione), resa possibile dalla circostanza che il gestore del motore di ricerca o della piattaforma di *market place* (nel caso di *Amazon FBA*) era allo stesso tempo erogatore del servizio di ricerca base ed offerente rispettivamente di un servizio aggiuntivo di pubblicità comparativa e di logistica integrata delle spedizioni.

Più in dettaglio, nel caso c.d. *Google Shop*<sup>15</sup> la pratica escludente posta in essere dal noto motore di ricerca è consistita nell’aver riservato una posizione di preminenza e migliore visibilità nella pagina dei risultati della ricerca generica ai *link* al servizio di comparazione dei prezzi erogato dalla stessa *Google*, con conseguente retrocessione dei servizi di comparazione dei prezzi offerti da terzi soggetti<sup>16</sup>. La condotta escludente era resa possibile dal particolare algoritmo utilizzato da *Google* che attribuiva *ranking* molto bassi ai servizi di acquisti comparativi di terzi soggetti, a tutto vantaggio dei servizi di acquisti comparativi offerti da *Google* che ovviamente erano perfettamente allineati agli *standard* “autoprodotti”.

Nel luglio 2018, la Commissione europea ha sanzionato *Google* per abuso di posizione dominante con riferimento alla pratica c.d. *Google Search* o *Google Android*<sup>17</sup> mediante la quale *Google* ha utilizzato il suo sistema operativo *Android* al fine consolidare la propria posizione di predominio nel segmento delle ricerche *online* e della pubblicità, imponendo ai produttori di dispositivi mobili di preinstallare l’applicazione *Google Search* ed il browser *Chrome* quale condizione necessaria per la concessione della licenza di accesso al *Play store*, impedendo peraltro agli stessi produttori di installare versioni di *Android* che non fossero state preventivamente autorizzate dalla stessa *Google*.

<sup>15</sup> Cfr. Commissione Europea (2017), “AT.39740 *Google Search (Shopping)*”, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf), decisione confermata da Trib. CE 10 novembre 2021, T-612/17, su cui v. J. Kolakinski, *Selfpreferencing in European Union Competition Law after the Google Shopping judgement*, in *Eur. Comp. Law. Rev.*, 2022, p. 435 ss.

<sup>16</sup> Per una chiara ed approfondita ricostruzione dei caratteri della condotta di *self preferencing* contestata a *Google*, cfr. A. Licastro, *Il selfpreferencing come illecito antitrust?*, in *Dir. econ.* 2021, 409 ss.; G. Colangelo, *Antitrust Unchained: The EU’s Case Against SelfPreferencing*, in ICLE Working Paper 2022-No. 2022-09-22, in <https://ssrn.com/abstract=4227839>.

<sup>17</sup> Cfr. Commissione Europea (2018), “AT.40099 *Google Android*”, [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40099/40099\\_9993\\_3.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf).

Nel caso c.d. “*Google AdSense*”<sup>18</sup> (marzo 2019) la Commissione europea ha sanzionato *Google* per abuso di posizione dominante sul mercato dell’intermediazione pubblicitaria nei motori di ricerca nei quali *Google* è presente tramite la piattaforma *AdSense for Search*<sup>19</sup>. A partire dal 2006, *Google* ha inserito negli accordi di fornitura dei servizi pubblicitari stipulati con i siti *web* delle clausole di esclusiva che impedivano ai siti *publisher* che si avvalevano dei servizi *AdSense for search* di mostrare annunci pubblicitari collegati alla ricerca dei concorrenti di *Google*.

Il caso *Amazon FBA* rappresenta invece il primo caso di *self preferencing* sanzionato dall’Autorità *antitrust* italiana<sup>20</sup> che, richiamandosi ampiamente ai precedenti della Commissione europea sui casi *Google*, compie un passo avanti sul piano formale poiché la condotta anticoncorrenziale di tipo escludente posta in essere dal *market place* viene per la prima volta qualificata espressamente come *self preferencing*<sup>21</sup>, superando la cautela terminologica utilizzata dall’autorità europea nei richiamati casi *Google*.

<sup>18</sup> Cfr. Commissione Europea (2019), “*AT.40411 Google Search (AdSense)*”, cfr. [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-1770\\_it.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_it.htm).

<sup>19</sup> Mediante detta piattaforma, *Google* forniva ai proprietari dei siti *web* che volevano trarre profitto dagli spazi liberi presenti all’interno dei propri siti (alcuni siti internet mettono a disposizione degli utenti una casella da cui l’utente può lanciare una ricerca) pubblicità collegate alle ricerche effettuate dall’utente, agendo da intermediario pubblicitario tra detti siti c.d. *publisher* e gli inserzionisti; sui *click* fatti dall’utente sui risultati di tali ricerche tanto *Google* che la società terza percepivano una commissione.

<sup>20</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, 30 novembre 2021, *FBA Amazon*, in *Boll.*, 49/2021. Per i primi commenti, cfr. F. Petrocelli, *Il caso Amazon FBA tra pratica legante e selfpreferencing (vorrei ma non posso?)*, in *Merc. conc. e reg.*, 2022, p. 353 ss.; Id., *Il fascino discreto delle res novae: alcune riflessioni intorno al caso FBA Amazon e al selfpreferencing*, in *Foro it.*, 2022, p. 466 ss.; D. Fauceglia, *Il caso Amazon, i fenomeni negoziali e l’abuso di posizione dominante. Prime riflessioni in tema di selfpreferencing*, in *European Journal of Privacy Law & Technology* 2021, p. 112 ss.

Il Tar Lazio, con ord. n. 153/2022 del 9 marzo 2022 ha accolto la richiesta di Amazon di sospensione degli obblighi comportamentali previsti dall’Agcm, mentre non ha disposto la sospensione della sanzione pecuniaria; per un primo commento si veda F. Petrocelli, *Contrordine, gatekeepers: il Tar sospende gli obblighi di neutralità imposti ad Amazon dall’Agcm*, in *Merc. conc. e reg.* 2022, p. 611 ss. Successivamente, il TAR Lazio, ord. n. 1364/2022 del 28 ottobre 2022, ha sospeso il giudizio di merito avente ad oggetto il provvedimento dell’Agcm tenuto conto della pendenza davanti alla Corte di Giustizia UE dell’appello causa (C-815/21 P) (fino alla pronuncia di quest’ultima) con il quale Amazon ha chiesto l’annullamento della decisione del Trib. CE del 14 ottobre 2021 che aveva rigettato il ricorso con il quale si chiedeva l’annullamento della decisione della Commissione UE C (2020) 7692, decisione che ha formalmente escluso l’Italia dal perimetro della sua indagine in ragione della natura «preparatoria» dell’atto della Commissione.

<sup>21</sup> Nel contributo è stato adottato un *effect-based approach* nella descrizione delle condotte di abuso di posizione dominante, ritenute più strumentale e coerente alla sua impostazione e si è scelto espressamente di non indugiare sulle questioni di massima di qualificazione delle condotte antimonopolistiche oggetto di contestazione nei casi *Google* e *Amazon* alle sottocategorie delle pratiche escludenti ed anticompetitive (ad es. innovazione illecita, pratica escludente, pratica legante, *tying*, ecc.) pur formalizzate dalla dottrina e dalla giurisprudenza e comunque riconducibili al *genus* dell’art. 102 TFUE, la cui utilità tanto sul piano teorico quanto su quello pratico è ben nota.

La condotta censurata è stata resa possibile dalla duplicità di ruoli rivestiti da *Amazon* che accanto alla consolidata posizione dominante di *market place online* ha affiancato il servizio di logistica per *e-commerce* denominato *FBA (Fullfilment by Amazon)*, proposto ai venditori terzi che intendono offrire i loro prodotti sulla piattaforma. Sebbene l'adesione dei venditori terzi al servizio *FBA* fosse formalmente libera, secondo l'autorità *antitrust* italiana, *Amazon* avrebbe indotto i venditori terzi a scegliere il citato servizio di logistica poiché tramite l'adesione erano garantiti in esclusiva agli stessi i seguenti vantaggi: a) utilizzare l'etichetta *Prime*, che a sua volta consentiva la partecipazione ad eventi di vendita speciali quali il *Black Friday*, il *Cyber Monday* o il *Prime Day*; b) essere ricompresi con elevata probabilità, per effetto della partecipazione dei venditori terzi ai *Prime Day*, nella c.d. *Buy box*, ossia un riquadro in evidenza nel quale il *market place* colloca i venditori di prodotti più affidabili e di qualità tra i quali gli utenti finali effettuano l'acquisto nella quasi totalità dei casi; c) godere (aspetto questo determinante) di un *ranking* molto elevato rispetto ai venditori terzi non aderenti ai servizi *FBA* in virtù dello specifico algoritmo utilizzato dal *market place* e programmato in modo tale da ignorare solo i *feedback* negativi dei venditori *FBA* e non degli altri venditori non *FBA*, assicurando così ai primi una maggiore visibilità ed un maggiore fatturato<sup>22</sup>.

Il risultato finale della strategia unitaria posta in essere da *Amazon*<sup>23</sup>, grazie al malizioso impiego dell'algoritmo di valutazione dei *feedback* negativi di *Prime*, è stato duplice per il colosso statunitense: rafforzare ulteriormente la sua già dominante posizione sul mercato dei *market place*, da un lato, e acquisire e consolidare una posizione dominante sul mercato complementare della logistica per *e-commerce*, dall'altro.

Tale pacchetto di vantaggi esclusivi legati al servizio *FBA* è stato valutato dall'Agcm non altrimenti replicabile per i venditori terzi che decidono di gestire in proprio la logistica degli ordini ricevuti mediante il *market place Amazon* – in virtù della disapplicazione ai venditori *FBA* delle metriche utilizzate dall'algoritmo per la valutazione delle *performances* dei venditori, applicate invece ai venditori non *FBA*<sup>24</sup> – e capace di alterare la struttura di due mercati rilevanti, quello dei *market place online* e quello dei servizi di logistica integrata per *e-commerce* – in virtù dell'incentivo alla scelta del c.d. *single-homing* a favore di *Amazon*, derivante dalla economicità del servizio di logistica integrato *FBA* e dal suo elevato ritorno in termini

Per un ampio, meditato e critico esame dei contenuti e delle questioni interpretative poste dal provv.to Agcm, n. 29925, 30 novembre 2021, cfr. le condivisibili notazioni di F. Ghezzi, M. Maggiolino, *Considerazioni intorno al provvedimento dell'Autorità garante della concorrenza nel caso FBA Amazon: nulla di nuovo sotto il sole?*, in *Riv. regol. mercati*, 2022, p. 478 ss.

<sup>22</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 685-686.

<sup>23</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 729 ss.

<sup>24</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 687, 690 e 694.

di visibilità nella *Buy Box* di *Prime*<sup>25</sup>. La condotta unitaria descritta, secondo l'Agcm, è qualificabile come una condotta di *self preferencing*<sup>26</sup>, in quanto tale costituente una fattispecie autonoma di abuso di posizione dominante vietata dall'art. 102, lett. c), TFUE<sup>27</sup>.

Questi casi hanno avuto il merito di mettere bene in luce una rilevante verità: i vantaggi ottenuti dall'informazione a valore aggiunto tratti dalla *big data analysis* delle imprese *big tech*, oltre che avere effetti procompetitivi, sfociano sovente in condotte di abuso della posizione di potere sul mercato, ispirate alla filosofia «*the winner takes all*»<sup>28</sup> che annichilisce il modello di mercato libero e concorrenziale, distorto nei suoi caratteri essenziali ed allontanato dall'idea della concorrenza basata sui meriti<sup>29</sup>. Inoltre, l'intervento regolatorio ed eventualmente repressivo, oltre al limite ontologico di intervenire *ex post*, è possibile solo nel momento in cui la manipolazione dell'informazione a valore aggiunto abbia superato la soglia della c.d. «anticoncorrenzialità»<sup>30</sup>. Il *discrimen*, come noto, è sottile ma lascia spesso insoddisfatto l'interprete posto che il quadro normativo *antitrust* finisce per tollerare comunque i comportamenti predatori delle *big tech companies* sul mercato dell'informazione purché contenuti entro i limiti dell'uso «responsabile ed equilibrato» della posizione dominante<sup>31</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 700-702 e spec. 713-714.

<sup>26</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 700-702 e spec. 716.

<sup>27</sup> Cfr. Agcm, n. 29925, *FBA Amazon*, cit., § 733, ove l'Agcm precisa che il servizio di logistica FBA è il perno intorno al quale ruota il circolo virtuoso *Marketplace-FBA-Prime* finalizzato a rendere l'attività di vendita dei *retailer* terzi sulla piattaforma altamente profittevole. A tal fine, nel provvedimento sanzionatorio è riportata testualmente, per il suo intrinseco valore esplicativo, una frase del fondatore di *Amazon* rivolta agli *shareholders* della società: «*Every time a seller joins FBA, Prime members get more Prime eligible selection. The value of membership goes up. This is powerful for our flywheel. FBA completes the circle: Marketplace pumps energy into Prime, and Prime pumps energy into Marketplace*». Le parole riportate esplicitano, più di ogni altro commento, gli effetti di rete diretti ed indiretti dei quali *Amazon* godeva tanto sul mercato dei *market place online*, quanto sul mercato della logistica integrata per *e-commerce*.

<sup>28</sup> Cfr. Oecd, *An Introduction to online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris 2019, p.22 ss.

<sup>29</sup> L'efficace espressione di «*competition on merits*» è stata elaborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE; cfr., tra le tante, Corte Giust. UE, 2 aprile 2009, *France Télécom*, C-202/07, § 109; Corte Giust. UE, 14 ottobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08, § 177; Corte Giust. UE, 6 dicembre 2012, *Astra Zeneca*, C-457/10, § 75; Corte Giust. UE, Grande Sez., 27 marzo 2012, *Post Danmark*, C-209/10, § 25; Corte Giust. UE, Grande Sez., 6 settembre 2017, *Intel*, C-413/14, § 136.

<sup>30</sup> Nello stesso senso cfr. G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 470, che richiamano il caso *Hoffman LaRoche Novartis*, in Agcm, n. 24823 del 27 febbraio 2014, I760 – *Roche-Novartis/Farmaci Avastin E Lucentis*; G. Colangelo, M. Maggiolino, *La manipolazione dell'informazione come illecito antitrust*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, p. 159.

<sup>31</sup> Su tali aspetti, illuminante appare la tassonomia elaborata da M. Libertini, *Posizione dominante individuale e posizione dominante collettiva*, in *Riv. dir. comm.* 2003, I, p. 555 ss., ora Id., *Diritto della concorrenza dell'Unione europea*, cit., p. 286 ss.; ma già prima, cfr. M.S. Spolidoro, *Riflessioni critiche sul rapporto fra abuso di posizione dominante e abuso dell'altrui dipendenza economica*, in *Riv. dir. ind.*, 1999, I, p. 191 ss.

L'insoddisfazione rispetto allo scenario rappresentato, invero comune a tutti gli Stati membri ed alla stessa Unione europea, ha innescato un moto propulsivo trasversale alla dottrina<sup>32</sup>, alle Autorità di vigilanza<sup>33</sup> e al legislatore eurounitario<sup>34</sup> e nazionale<sup>35</sup> contraddistinto dalla esigenza unica di individuare nuovi strumenti di efficace regolazione dei mercati digitali al fine di governare gli effetti imprevedibili della *data driven economy*; moto che ha trovato il suo più veloce addentellato di diritto positivo nella disciplina dell'abuso di dipendenza economica, complementare al diritto della concorrenza<sup>36</sup>, i cui confini applicativi sono stati allargati tanto sul

<sup>32</sup> Cfr. M. Libertini, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, cit., p. 340 ss., ove si riferisce anche dell'ampio dibattito statunitense sul tema; A. Licastro, *La riscoperta dell'abuso di dipendenza economica nell'era dei mercati digitali*, in *Federalismi.it*, 13/2002, p. 145 ss.; S. Scalzini, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, in *ODC*, 2022, p. 121 ss.; V. Falce, *Rapporti asimmetrici tra imprese e soluzioni pro-concorrenziali*, in *Riv. dir. ind.*, 2021, p. 189 ss.; V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione "non dominante" delle piattaforme digitali*, in *NLCC* 2023, p. 43 e p. 48 ss.

<sup>33</sup> In merito agli interventi della Autorità di vigilanza, cfr. Caso *Epic Games v. Apple*, deciso da *U.S. District Court (Northern District of California)*, 10 settembre 2021, n. 4:20-cv-05640-YGR, in <https://cand.uscourts.gov>; Caso *Apple*, deciso da *Autorité de la Concurrence*, 16 marzo 2020, 20-D-04, in [www.autoritedelaconcurrence.fr](http://www.autoritedelaconcurrence.fr), con nota di M. Cartapanis, *Abus de de pendance economique: L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise pour abus de de pendance economique dans le secteur de la distribution de produits informatiques et d'équipements électroniques grand public (Apple / Tech Data / Ingram Micro)*, in *Concurrences*, 4/2020, p. 134 ss.

<sup>34</sup> Anche il Parlamento europeo, qualche anno fa, aveva invitato la Commissione europea considerare la possibilità di integrare il concetto di posizione dominante con i concetti di «dipendenza» e di «potere di mercato relativo»; si v. Parlamento Europeo, *Relazione annuale 2020 sulla politica della concorrenza*, 18 maggio 2021, n. 57.

<sup>35</sup> Alcuni Stati membri (Francia, Belgio, Austria), sfruttando i margini riconosciuti dal Reg. CE n. 1/2003, che ammette l'adozione di norme nazionali più rigorose di quelle armonizzate a livello europeo in materia di abuso di posizione dominante, «che vietino o sanzionino le condotte unilaterali delle imprese», hanno provveduto a rivedere la disciplina in tema di abuso di dipendenza economica, ampliandone significativamente le maglie per ricomprendervi le condotte abusive tenute dalle piattaforma digitali.

<sup>36</sup> Tale rapporto di complementarietà, oltre alle diffuse e condivisibili notazioni sviluppate negli studi di taglio economico (cfr. da ultimo R. Alimonti, M. Johnson, *Abuse of economic dependence and its interaction with competition policy: the economics perspective*, in *Competition L. J.*, 2022, p. 87 ss.), ha trovato formalizzazione nell'ordinamento italiano nel testo del comma 3-bis dell'art. 9 della legge 18 giugno 1998, n. 192 in materia di subfornitura (art. 9 che come noto racchiude la disciplina del divieto di abuso di dipendenza economica), aggiunto dalla l. 5 marzo 2001, n. 57, sul quale v., fra i primi, M.R. Maugeri, *Le modifiche alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica*, in *NLCC*, 2001, p. 1062 ss., e G. Meruzzi, *Il c.d. «collegato mercati» e le innovazioni normative in materia di abuso di dipendenza economica e società artigiane*, in *Studium iuris*, 2001, p. 1406 ss. Il richiamato comma 3-bis, difatti, riconosce all'Agcm il potere sanzionatorio rispetto a condotte di abuso di dipendenza economica che abbiano rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, fermo restando i poteri di repressione dell'abuso di posizione dominante di cui all'art. 3 legge 10 ottobre 1990, n. 287.

L'art. 9 l. n. 192/1998 si può apprezzare così come una «norma multilivello» riguardo la fattispecie di abuso di dipendenza economica che al primo livello «microeconomico» regola il rapporto contrattuale bilaterale e privatistico tra impresa forte ed impresa dipendente e ad un secondo livello «macroeconomico» ed eventuale, regola le ripercussioni della condotta dell'impresa forte rispetto al

piano interpretativo quanto sul piano della novella del testo legislativo al fine di intercettare le condotte “abusive” delle *big tech* passate indenni dal filtro dell’anticoncorrenzialità dell’abuso di posizione dominante *ex art. 102 TFUE*<sup>37</sup>.

La fattispecie di abuso di dipendenza economica, come noto<sup>38</sup>, non richiede che sia acquisita necessariamente una posizione dominante sul mercato di riferimento da parte dell’impresa forte, ma postula solo una posizione di potere economico della stessa nella relazione bilaterale con l’impresa dominata, senza che tale situazione di fatto debba essere messa in relazione con il mercato di riferimento; già solo da questa preliminare notazione si intuisce la più immediata facilità di applicazione dell’abuso di dipendenza economica rispetto alla fattispecie *antitrust* dell’abuso di posizione dominante.

3. L’insoddisfazione per gli strumenti regolatori dei diritti *antitrust* e la preoccupazione per gli squilibri del mercato interno ed i rischi per i diritti dei consumatori generati da un’economia basata sui dati hanno costituito i punti di

generale mercato concorrenziale. Il carattere multilivello dell’art. 9 in parola è segnalato da M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all’art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, in *ODC* 2023, p. 19, il quale ritiene ravvisabile l’esistenza di una analogia tra l’abuso di dipendenza economica e l’abuso di sfruttamento *antitrust*, indicando così una via d’uscita alla mai sopita contrapposizione tra quella parte della dottrina che, aderente al tenore letterale dell’art. 9, ritiene che detta disciplina si applichi ed operi solo entro i limiti del rapporto bilaterale (cfr., da ultimo, S. Scalzini, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d’impresa*, cit., p. 140; V. Minervini, *L’abuso di dipendenza economica a rilevanza concorrenziale nelle prime decisioni dell’AGCM. Fattispecie, rapporto con il private enforcement e prospettive applicative*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, p. 516 ss.; V. Bachelet, *Abusi “contrattuali” fra imprese: per una rilettura dell’art. 9 della legge sulla subfornitura industriale*, in *Riv. dir. comm.*, 2021, I, p. 612 ss.) e altra parte della dottrina che aderendo ad una interpretazione evolutiva ritiene che la norma trascenda il rapporto privatistico per virare verso le norme di diritto della concorrenza poste a tutela dell’efficienza dei mercati concorrenziali (cfr. fra i tanti Ph. Fabbio, *L’abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, Milano 2006; C. Osti, *L’abuso di dipendenza economica*, in *Merc. conc. reg.*, 1999, p. 18; S. Lee, *A Theoretical Understanding of Abuse of Economic Dependence in Competition Law*, (June 24, 2022), 17th ASCOLA Conference, Porto, June 30-July 2, 2022, in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=4134583](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4134583)).

<sup>37</sup> Segnalano la stessa linea di tendenza V. Bachelet, *Il rafforzamento del contrasto agli abusi di posizione “non dominante” delle piattaforme digitali*, cit., p. 48, il quale parla di valorizzazione della «nozione di dipendenza economica, al fine di agevolare la “cattura” delle condotte abusive tipiche delle “Big Tech”»; G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 479 ss.; W.M. Monterossi, *La tutela dell’utente commerciale nei mercati digitali*, in *Contr. impr.*, 2021, p. 922 ss.

<sup>38</sup> Cfr., solo nella manualistica, G. Olivieri, *L’abuso di posizione dominante*, in P. Autori, G. Florida, V.M. Mangini, G. Olivieri, M. Ricolfi, R. Romano, P. Spada, *Diritto industriale*, Giappichelli, Torino 2020, p. 511 ss.; F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, Giappichelli, Torino 2019, p. 181 ss.; V. Cerulli Irelli, V. Bellucci, *Antitrust e proprietà intellettuale. Profili sostanziali, public e private enforcement*, Giuffrè, Milano 2019, p. 143 ss.; G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Utet, Torino 2018, p. 551 ss.; A. Vanzetti, V. Dicataldo, M.S. Spolidoro, *Manuale di diritto industriale*, IX ed., Giuffrè, Milano 2021, p. 623 ss.; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell’Unione Europea*, cit., p. 267 ss.

partenza per la elaborazione da parte della Commissione europea, fin dal 2020, di un approccio unitario e coordinato alla disciplina della c.d. transizione digitale dell'UE, formalizzato in tre comunicazioni contestuali COM(2020) 67, COM(2020) 66 e COM(2020) 65<sup>39</sup> aventi ad oggetto le sfide di carattere economico, sociale, culturale e politico-normative poste dalla *data driven economy*.

L'impianto regolamentare che ne è derivato è ricco, complesso ed articolato.

Difatti, oltre al già citato Reg.to UE n. 2022/1925 (c.d. Reg.to *DMA*) sul mercato dei servizi digitali, la Commissione ha adottato il Reg.to UE n. 2022/2065 (c.d. Reg.to *DSA Digital Service Act*) sui servizi digitali e il Regolamento UE n. 2022/868 (c.d. Regolamento sulla governance dei dati), mentre sta proseguendo il suo *iter* legislativo ordinario la c.d. Legge sull'intelligenza artificiale. Inoltre, degno di nota, sebbene non riconducibile formalmente alla triade di Comunicazioni della Commissione europea, ma certamente informato alla stessa scala di valori e di obiettivi regolamentari è poi il Regolamento UE n. 2019/1150 del 20 giugno 2019 (c.d. Reg.to UE *P2B Plaform to Business*) che promuove equità e trasparenza per gli utenti commerciali dei servizi di intermediazione *online*.

Tutte le citate fonti normative muovono dalla consapevolezza della centralità assunta dai servizi digitali e della elaborazione dei dati nello sviluppo delle moderne economie nonché della eccessiva concentrazione di potere, non solo economico, nelle mani di poche imprese detentrici di una posizione di vantaggio competitivo<sup>40</sup>, e sono accomunate dall'obiettivo di creare un quadro giuridico unitario dei mercati digitali, dei servizi digitali e dell'intelligenza artificiale finalizzato ad assicurare l'equità e la contendibilità del mercato interno, non solo digitale<sup>41</sup>, nonché uno spazio europeo dei dati caratterizzato dalla libera circolazione degli stessi, dalla sicurezza del loro trasferimento, trattamento e memorizzazione (*cloud computing*) che favorisca lo sviluppo dell'economia dei dati fino ad un valore pari al peso economico della UE su scala mondiale.

Sullo sfondo, si staglia l'obiettivo politico di medio-lungo termine di conquistare una sovranità europea sui dati, tanto tecnologica quanto e soprattutto giuridico-culturale, che assicuri all'UE una posizione di avanguardia a livello mondiale quale

<sup>39</sup> Si veda Commissione Europea COM(2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1588242259679&uri=CELEX%3A52020DC0067>; Commissione Europea COM(2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?qid=1588242215428&uri=CELEX%3A52020DC0066>; Commissione Europea COM(2020) 65, *Libro bianco sull'intelligenza artificiale - Un approccio europeo all'eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52020DC0065>.

<sup>40</sup> Cfr. Commissione Europea COM (2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, cit., par. 4. I Problemi.

<sup>41</sup> Cfr. Commissione Europea COM (2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., par. 2 e, in spec. lett. B. Un'economia equa e contendibile.



modello regolatorio di riferimento<sup>42</sup> dello sviluppo tecnologico, della transizione digitale e della utilizzazione dei dati<sup>43</sup>.

Le soluzioni normative europee, riguardate nella loro globalità e complementarità, dischiudono tuttavia un orizzonte nuovo della regolazione eteronoma dei mercati concorrenziali in funzione antimonopolistica. L'esperienza maturata riguardo agli strumenti di intervento *ex post* sulle condotte anticompetitive, in uno con la velocità e mutevolezza dei mercati digitali, ha certamente contribuito a favorire il superamento delle riserve del legislatore europeo circa l'utilizzo di strumenti di regolazione *ex ante* dei mercati equi e contendibili che appaiono, *prima facie*, ideologicamente antitetici rispetto al modello di un'economia di mercato concorrenziale.

La destinazione finalistica in chiave *antitrust* delle fonti eurounitarie richiamate non appare tuttavia immediatamente percepibile.

Difatti, il Reg.to *DMA* in particolare, ma anche il Reg.to *DSA*, il Reg.to UE n. 2022/868 ed il Reg.to UE n. 2019/1150, pur avendo oggetto ed obiettivi specifici e complementari, sono accomunati dalla medesima base giuridica, costituita dall'art. 114 TFUE che è dedicato ai poteri legislativi della Commissione europea e del Parlamento europeo in tema di ravvicinamento delle disposizioni degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno, non anche dagli artt. 101 e 102 TFUE che contengono le regole sulla concorrenza.

Inoltre, tutti le citati fonti unionali nei rispettivi considerando dichiarano il pieno rispetto e conformità alla libertà d'impresa sancita dall'art. 16 della Carta UE dei diritti fondamentali delle norme dagli stessi introdotte<sup>44</sup>.

Infine, tutti i regolamenti richiamati, nei rispettivi considerando, precisano esplicitamente che le norme introdotte non ostacolano l'applicazione dell'art. 101 e 102 TFUE, notoriamente costituenti la base giuridica della legislazione *antitrust*, ma anzi dichiarano di porsi come norme tese ad integrare le regole sulla concorrenza e ad agevolare la tutela della libertà d'impresa riconosciuta dalla Carta UE dei diritti fondamentali.

Si riscontra in altri termini una certa cautela formale del legislatore europeo a non qualificare espressamente i regolamenti citati quali norme del diritto della concorrenza, ma piuttosto come norme sul funzionamento del mercato interno,

<sup>42</sup> È quello che A. Bradford, *The Brussel Effect. How the European Union Rules the World*, Oxford University Press, Oxford 2020 ha denominato «effetto Bruxelles», ossia il fenomeno in ragione del quale le grandi imprese ritengono più conveniente adeguare i prodotti e servizi offerti globalmente alla disciplina più rigorosa richiesta dall'Unione europea, piuttosto che applicare standard diversi per ciascun singolo mercato in cui operano, con il conseguimento altresì di futuri vantaggi reputazionali nel caso di piena *compliance*.

<sup>43</sup> Cfr. Commissione Europea COM (2020) 67, *Plasmare il futuro digitale dell'Europa*, cit., par. 3; Commissione Europea COM (2020) 66, *Una strategia europea per i dati*, cit., par. 2.

<sup>44</sup> Cfr. Reg.to *DMA* n. 2022/1925, Considerando (109); Reg.to *DSA* n. 2022/2065, Considerando (9) e (153); Reg.to *P2B* n. 2022/868, Considerando (62); Reg.to n. 2019/1150, Considerando (52).

cautela probabilmente dettata dall'esigenza di evitare che le stesse possano essere percepite come un attacco "istituzionale" allo strapotere economico (ormai con riflessi sociologico-culturali) detenuto dalle GAFAM<sup>45</sup>.

Tuttavia, a dispetto dell'impostazione formale, il tenore letterale dei considerando e delle norme contenute nel Reg.to *DMA* – rilette alla luce della impostazione metodologica che connota i regolamenti europei e della finalità teleologica comune al quadro normativo di attuazione della Strategia europea dei dati e della transizione digitale – lascia trasparire quel nuovo orizzonte della legislazione antimonopolistica dei mercati digitali cui più indietro si faceva cenno.

L'approdo di questo nuovo orizzonte è l'elaborazione di una regolamentazione specifica per ciascuno degli aspetti dei mercati digitali – equità e contendibilità nel Reg.to *DMA*, responsabilità e trasparenza nella prestazione dei servizi digitali nel Reg.to *DSA*, accessibilità, interoperabilità e riutilizzabilità dei dati nel Reg.to sulla *governance* dei dati, equità e trasparenza dei servizi di intermediazione *online* per gli utenti commerciali nel Reg.to *P2B* – che copre le diverse aree della *data driven economy* e che promana in modo stellare dal nodo unico e nevralgico costituito dall'implementazione di un sistema europeo di *governance* pubblica dei dati e dei mercati digitali che guidi ed indirizzi con obblighi *ex ante*, presidi comportamentali e codici di condotta lo sviluppo tecnologico delle *big tech* verso un mercato ed un contesto economico-culturale fondato su valori di libertà e pluralismo delle informazioni e delle opportunità, lontano dall'oligopolio o "moligopolio" dell'attuale economia dei dati dei servizi digitali. Obiettivi che direttamente ed indirettamente, costituiscono il riflesso di una doverosa unitaria politica della concorrenza, ontologicamente compenetrata nel concetto di mercato unico europeo fin dal lontano 1957, che costituisce il sostrato comune delle norme in commento.

L'indicazione del Reg.to *DMA* quale espressione della nuova frontiera regolamentare *antitrust* eurounitaria è suffragata dal dato teleologico delle norme dallo stesso recate.

<sup>45</sup> Riferiscono di una certa sollecitazione degli studiosi del diritto *antitrust* a «individuare delle vie – anche originali – per aggredire tali giganti, quasi si desse per scontato che i loro ecosistemi siano il frutto di condotte anticoncorrenziali» G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 464-465, ove rif. a M. Cappai, G. Colangelo, *Navigating the Platform Age: the 'More Regulatory Approach' to Antitrust Law in the EU and the U.S.*, Stanford-Vienna TTLF Working Paper No. 55, 10 aprile 2020, in <https://ssrn.com/abstract=3572629>. Per ulteriori riflessioni critiche circa la condivisibilità della tesi per cui il successo delle GAFAM possa essere dovuto al libero operare del mercato e ad una scelta consapevole dei consumatori, cfr. G. Colangelo, M. Maggiolino, *From fragile to smart consumers: Shifting paradigm for the digital era*, in *Computer Law & Security Review*, 2019, vol. 35, p. 173 ss.; A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, 6 giugno 2018 in <https://ssrn.com/abstract=3191766>; D. Solol, *Antitrust's Curse of Bigness Problem*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 20-12, 15 marzo 2020, in *Michigan Law Review*, 2020, vol. 118, in <https://ssrn.com/abstract=3554728>.

Difatti, l'art. 1 del Reg.to *DMA* indica quale suo obiettivo specifico quello di garantire a tutte le imprese la equità e la contendibilità sui mercati del settore digitale nei quali operano i c.d. *gatekeeper* (letteralmente, controllori dell'accesso), a vantaggio degli utenti commerciali e degli utenti finali<sup>46</sup>, attraverso l'adozione di norme armonizzate che contribuiscono al corretto funzionamento del mercato interno. Detto obiettivo poggia su una serie di prese di coscienza circa le criticità che caratterizzano i mercati dei servizi digitali in un'ottica concorrenziale.

In primo luogo, la Commissione dà atto della scarsa equità e contendibilità che caratterizza il mercato dei servizi digitali, contraddistinto da barriere molto alte sia all'ingresso sia all'uscita<sup>47</sup> e da conseguenti gravi squilibri in termini di potere contrattuale forieri di pratiche concorrenziali sleali<sup>48</sup>, nonché della inadeguatezza degli strumenti di cui agli artt. 101 e 102 TFUE il cui ambito di applicazione «è limitato a talune tipologie di potere di mercato, per esempio una posizione dominante in mercati specifici e di comportamento anticoncorrenziale, e la loro applicazione avviene ex post e richiede un'indagine approfondita, caso per caso, di fatti spesso molto complessi» dai quali sfuggono le situazioni in cui un'impresa operante sul mercato dei servizi digitali non detiene una posizione dominante secondo il diritto della concorrenza<sup>49</sup>.

In secondo luogo, la Commissione ritiene opportuno precisare i concetti di equità e contendibilità utilizzati diffusamente nel regolamento e soprattutto nei suoi considerando, elaborando una definizione degli stessi ai fini dell'applicazione del regolamento che tuttavia si pone in perfetta coerenza con gli obiettivi regolatori *antitrust*. La contendibilità viene definita come «la capacità delle imprese di superare efficacemente le barriere all'ingresso e all'espansione»<sup>50</sup> costituite dagli effetti di rete, dalle forti economie di scala e dai vantaggi derivanti dall'elaborazione dei dati che costituiscono un disincentivo per tutti gli operatori ad innovare o migliorare i prodotti, i servizi o i processi, con conseguente riduzione della innovazione dei mercati digitali e dei benefici per la collettività. L'equità viene invece declinata nel suo concetto antitetico, ossia nella pratica sleale consistente nello «squilibrio tra i diritti e gli obblighi degli utenti commerciali in cui il *gatekeeper* trae un vantaggio sproporzionato»<sup>51</sup> che impedisce a tutti gli altri soggetti presenti sul mercato di cogliere i vantaggi derivanti dai propri investimenti in innovazione, dovendo subire le condizioni sfavorevoli decise unilateralmente dal *gatekeeper* per la fruizione dei servizi di piattaforma di base. Viene infine precisato che i caratteri dell'equità e della

<sup>46</sup> Sulla definizione di *gatekeeper* e sull'ambito oggettivo e soggettivo di applicazione del Reg.to *DMA* si rinvia a quanto esposto nei paragrafi seguenti.

<sup>47</sup> Cfr. Considerando (3).

<sup>48</sup> Cfr. Considerando (4).

<sup>49</sup> Cfr. Considerando (5).

<sup>50</sup> Cfr. Considerando (32).

<sup>51</sup> Cfr. Considerando (34).

contendibilità sono interconnessi, così che la mancanza anche di uno solo dei due può già determinare l'adozione di condotte anticoncorrenziali del gestore della piattaforma digitale.

Tuttavia, l'endiadi "equità e contendibilità" di un mercato, nel caso di specie del mercato dei servizi digitali, altro non è che la sintesi di un mercato concorrenziale, o meglio dei pilastri fondanti del modello del mercato concorrenziale costituiti dalla parità di opportunità e di condizioni per tutti i contendenti del mercato – ossia il trasposto dell'equità di trattamento inteso come non discriminazione nei prezzi e nelle condizioni di mercato quale dovere degli operatori già presenti sullo stesso – e dalla libera competizione tra operatori basata sulla libertà di ingresso e di uscita dal mercato che, grazie alla parità di condizioni, finisce per premiare l'operatore più capace che in modo sano e rispettoso delle regole del gioco acquisisce uno o più spazi di mercato (o anche l'intero mercato), ossia il trasposto della c.d. contendibilità del mercato.

Si scorge così che il Reg.to *DMA*, che formalmente si accredita "solo" come una legge sui mercati digitali che non dovrebbe interferire con lo *status quo* della disciplina eurounitaria e nazionale *antitrust*, presenta invero tutti i caratteri strutturali (peraltro non relegati ad uno stato embrionale, ma ben evidenziati) e le leve operative per essere a pieno titolo considerato come la nuova frontiera evolutiva del diritto della concorrenza e della legislazione antimonopolistica applicata ai mercati digitali.

Conferma di tale carattere si rinviene nello stesso testo del regolamento ove il legislatore eurounitario a) precisa che lo stesso «mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza»<sup>52</sup>, pur lasciando impregiudicati gli artt. 101 e 102 TFUE nonché le norme nazionali in materia di concorrenza (legislazione *antitrust*) e le norme nazionali in materia di concorrenza sleale o di abuso di posizione dominante; b) illustra il differente bene giuridico tutelato dal diritto della concorrenza, ossia «la protezione della concorrenza non falsata sul mercato», rispetto al bene giuridico tutelato dal Reg.to *DMA*, ossia equità e contendibilità dei mercati nei quali operano i *gatekeeper* «indipendentemente dagli effetti reali, potenziali o presunti sulla

<sup>52</sup> Cfr. Considerando (10); «Allo stesso tempo, poiché il presente regolamento mira a integrare l'applicazione del diritto della concorrenza, esso dovrebbe applicarsi lasciando impregiudicati gli articoli 101 e 102 TFUE, le corrispondenti norme nazionali in materia di concorrenza e le altre norme nazionali in materia di concorrenza relative ai comportamenti unilaterali basati su una valutazione caso per caso delle posizioni e dei comportamenti di mercato, compresi i relativi effetti reali o potenziali e l'ambito di applicazione preciso del comportamento vietato, e che prevedono la possibilità per le imprese di invocare giustificazioni oggettive di efficienza rispetto al comportamento in questione, nonché le norme nazionali relative al controllo delle concentrazioni. Tuttavia, l'applicazione di queste norme non dovrebbe pregiudicare gli obblighi imposti ai gatekeeper a norma del presente regolamento e la loro applicazione uniforme ed effettiva nel mercato interno.»

concorrenza in un dato mercato derivanti dal comportamento di un dato *gatekeeper* contemplato dal presente regolamento»<sup>53</sup>.

Il tentativo di differenziare i beni e gli interessi giuridici protetti dai due corpi normativi appare tuttavia più formale che sostanziale.

La concorrenza non falsata sul mercato, a ben vedere, passa necessariamente attraverso la equità e la contendibilità dello stesso mercato<sup>54</sup>, giacché appare difficilmente immaginabile un mercato informato ai precetti della concorrenza nel quale esistono condizioni non eque nelle transazioni che sullo stesso si concludono, così come è difficilmente concepibile un mercato informato ai precetti della concorrenza nel quale non sussista una reale contendibilità delle posizioni di mercato intesa come assenza o quanto meno agevole superabilità delle barriere all'ingresso ed all'uscita. In altri termini, l'equità e la contendibilità dei mercati sono qualità strumentali e serventi rispetto ad una concorrenza non falsata<sup>55</sup> che trae proprio il suo elemento qualificante da quei caratteri che mi pare possano annoverarsi tra gli obiettivi mediati del diritto *antitrust* rispetto all'obiettivo ultimo perseguito del mercato concorrenziale non falsato, tassello rilevante degli obiettivi primari indicati dall'art. 3 TUE.

La ricognizione “valoriale” degli obiettivi dell'Unione europea e la loro sistemazione “gerarchica” consentono a mio avviso di ridurre ad unità il tema posto dalla distinzione tra beni giuridici tutelati contenuto nel Considerando del Reg.to *DMA*, recuperando così anche una coerenza interna allo stesso.

<sup>53</sup> Cfr. Considerando (11). Il considerando in oggetto rappresenta una soluzione di compromesso secondo M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, p. 14, il quale rileva che la scelta della Commissione europea di concentrare a sé tutti i poteri di vigilanza e sanzionatori nei confronti dei gestori delle piattaforme digitali, certamente coerente con la globalità dei mercati digitali e con l'esigenza di evitare la frammentazione delle legislazioni nazionali, ha suscitato l'aspra resistenza di alcuni Stati membri che avevano già legiferato in tema di mercati digitali allargando le maglie del diritto *antitrust*, temendo la imminente disapplicazione delle stesse in virtù del principio di specialità e del primato del diritto europeo.

<sup>54</sup> Sul costante e vivace dibattito sul tema degli obiettivi del diritto *antitrust*, da ultimo, cfr. A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, 6 giugno 2018, cit.; D. Sokol, *Antitrust's Curse of Bigness Problem*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 20-12, 15 marzo 2020, cit. Cfr. anche, tra i principali manuali, F. Ghezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, cit., p. 2 ss.; G. Cassano, A. Catricalà, R. Clarizia (a cura di), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, cit.; A. Vanzetti, V. Dicaldo, M.S. Spolidoro, *Manuale di diritto industriale*, cit., p. 579 ss.; M. Libertini, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, cit., p. 267 ss.

<sup>55</sup> Nello stesso senso cfr. M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, p. 14, il quale afferma che l'equità e la contendibilità dei mercati non possono ritenersi scopi estranei al diritto *antitrust*, rilevando come l'interferenza tra le due discipline è inevitabile e rinviando a quanto dallo stesso diffusamente esposto in Id., *Il Regolamento europeo sui mercati digitali e le norme generali in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2022, p. 1069 ss. e A. Ezrachi, *EU Competition Law Goals and the Digital Economy*, Oxford Legal Studies Research Paper No. 17/2018, cit.

La più volte richiamata distinzione, lungi dal porre il Reg.to *DMA* in contrasto con la scala di obiettivi sanciti dall'art. 3 TUE, ha solo carattere formale ed appare funzionale al nuovo approccio regolamentare in materia *antitrust* elaborato dalla Commissione europea<sup>56</sup>, basato su una regolazione *ex ante* delle possibili condotte anticoncorrenziali che, piuttosto che essere vietate, vengono “anticipate” mediante la previsione di obblighi comportamentali a contenuto programmatico racchiusi soprattutto negli art. 5 e 6 del Reg.to *DMA* destinati ai *gatekeeper*. Così procedendo, alle norme recanti obblighi comportamentali di nuova introduzione è assicurato un ambito di applicazione oggettivo più ampio rispetto alle norme *antitrust ex artt.* 101 e 102 TFUE poiché le prime non devono scontare la rigida verifica del ricorso delle condizioni oggettive dell'abuso di posizione dominante su un mercato elaborate dalla copiosa giurisprudenza della Corte di Giustizia UE che invece accompagna sempre l'applicazione, anche in via amministrativa da parte della Commissione europea, delle seconde.

La sinergia operativa tra le norme comportamentali per i *gatekeeper* operanti sui mercati digitali e le consolidate norme *antitrust* dovrebbe così essere assicurata di modo che entrambi i copri normativi, nella loro concreta applicazione, possano orientare il mercato e le imprese verso il raggiungimento degli obiettivi primari indicati dall'art. 3 TUE. Tale rilievo filologico consente altresì di spiegare il singolare rapporto giuridico di integrazione del diritto della concorrenza ad opera del Reg.to *DMA* evocato dal legislatore europeo<sup>57</sup>. Volutamente il Reg.to *DMA* ha ritenuto di ricostruire il rapporto tra norme *antitrust* e norme sui mercati digitali in termini di integrazione<sup>58</sup> delle prime ad opera del più attuale impianto funzionale che connota le seconde, piuttosto che in termini di reciproca esclusione e/o di indifferenza, nonostante la formale precisazione della differenza tra gli interessi giuridici tutelati dai due *corpus* normativi che, alla luce di quanto osservato, appare ancora una volta solo formale.

Il nuovo assetto regolamentare in materia di mercato interno europeo e di disciplina della concorrenza, tanto *ex ante* ai sensi del Reg.to *DMA* quanto *ex post* ai sensi degli artt. 101 e 102 TFUE, consente così di parlare di una pluralità e polifunzionalità delle fonti di diritto unionale nell'ottica *antitrust*, atteso che nuovi

<sup>56</sup> Cfr. per rilievi critici conformi a quelli espressi nel testo M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, p. 14, ove si osserva che l'asserita diversità di interessi protetti dalle norme è solo enunciata, ma non sviluppata dal regolamento.

<sup>57</sup> Il riferimento è al Considerando (10), cfr. nota 70.

<sup>58</sup> Tale rapporto tra le norme è definito di complementarità da M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, cit., p. 14, secondo il quale la vera complementarità si apprezza sul piano dell'apparato rimediabile, piuttosto che sugli scopi perseguiti che appaiono comuni.

fronti regolamentari con funzione complementare e di integrazione si sono aggiunti agli strumenti classici della disciplina antimonopolistica.

4. La coesistenza e la intrinseca coerenza del pluralismo di fonti *antitrust* sul piano funzionale sono garantiti dalla molteplicità dei momenti regolatori delle condotte anticompetitive tenute dai gestori delle piattaforme digitali che costituisce il *quid pluris* introdotto dal Reg.to *DMA* riguardato in un'ottica *antitrust*<sup>59</sup>. Difatti, l'unitario quadro normativo più indietro tratteggiato "accompagna" ora i gestori delle piattaforme digitali nell'esercizio dell'attività d'impresa sia con obblighi comportamentali ad applicazione necessaria nella fase preventiva introdotti *ex novo* dal Reg.to *DMA*, sia con limiti e divieti di condotte anticoncorrenziali *ex art.* 102 TFUE, ad applicazione eventuale nella fase successiva a valle.

Ciò è stato reso possibile dal significativo mutamento del paradigma regolamentare in ottica *antitrust* introdotto dal Reg.to *DMA*, paradigma che può essere sintetizzato con i suoi due caratteri essenziali consistenti a) nella parzialità ed asimmetria delle previsioni regolamentari e b) nello sforzo di regolazione *ex ante* delle condotte anticompetitive; si tratta di caratteri di fatto sconosciuti prima d'ora alla disciplina *antitrust*, non solo europea, ma internazionale<sup>60</sup>.

In relazione al primo carattere, la scelta del Reg.to *DMA* è stata nel senso di restringere e delimitare con precisione, anche mediante l'utilizzo di parametri quantitativi, l'ambito soggettivo di applicazione delle norme dallo stesso dettate. Difatti, a mente dell'art. 1, par. 2, il regolamento «si applica ai servizi di piattaforma di base forniti o offerti dai *gatekeeper* a utenti commerciali stabiliti nell'Unione o a utenti finali stabiliti o situati nell'Unione, a prescindere dal luogo di stabilimento o di residenza dei *gatekeeper* e dalla normativa altrimenti applicabile alla fornitura del

<sup>59</sup> Illuminanti sono le riflessioni sul punto di M. Libertini, *Digital markets and competition policy. Some remarks on the suitability of the antitrust toolkit*, cit., p. 357, le cui parole si ritiene opportuno riportare fedelmente: «What is worth noting is that such a proposal formally leaves the ordinary *antitrust toolkit* intact and creates a special toolkit for digital markets, which includes a mix of antitrust remedies and market regulation tools. This legislative policy choice is understandable, as mentioned earlier, to achieve the result of a rapid and effective intervention in this area. It is to be hoped, however, that this important reform will not give rise to restrictive interpretations, a contrario, of the general rules on the prohibition of an abuse of dominant position. Rather, it should always be kept in mind that the new rules of DMA arise from the recognition of the inadequacy of traditional public antitrust enforcement in digital markets. Therefore, they should be read as a cutting edge of antitrust law, which should also be taken into account in the interpretation of traditional antitrust rules».

<sup>60</sup> Cfr. per notazioni simili circa il carattere inconsueto delle norme in commento nell'ottica *antitrust* S. Scalzini, *Abuso di dipendenza economica, mercati digitali e libertà d'impresa*, cit., p. 131, che parla di «strategia di regolazione asimmetrica, che considera dimensione e ruolo delle imprese regolate»; G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 488 che giudicano la scelta europea tale da collocarsi al di fuori del perimetro *antitrust*; M. Libertini, *La presunzione di dipendenza economica nei mercati digitali. Un commento all'art. 33 della l. 5 agosto 2022, n. 118*, cit., p. 14 il quale rileva che il Reg.to *DMA* contiene uno strumentario estraneo alle norme *antitrust* generali.

servizio». Il *gatekeeper*, a mente dell'art. 2, par. 1, è definito come l'impresa che fornisce servizi di piattaforma di base designata tale dalla Commissione europea purché abbia un impatto significativo sul mercato, fornisca un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali (impatto significativo e servizio di piattaforma di base individuati mediante una presunzione relativa basata su parametri dimensionali<sup>61</sup>) e detenga o è prevedibile che acquisisca nel prossimo futuro una posizione consolidata e duratura.

Per servizi di piattaforma di base, ai sensi dell'art. 2, par. 2, si intendono

a) servizi di intermediazione *online*; b) motori di ricerca *online*; c) servizi di *social network online*; d) servizi di piattaforma per la condivisione di video; e) servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero; f) sistemi operativi; g) *browser web*; h) assistenti virtuali; i) servizi di *cloud computing*; j) servizi pubblicitari *online*, compresi reti pubblicitarie, scambi di inserzioni pubblicitarie e qualsiasi altro servizio di intermediazione pubblicitaria, erogati da un'impresa che fornisce uno dei servizi di piattaforma di base elencati alle lettere da a) a i).

Ne deriva che l'applicazione del Reg.to *DMA* è necessariamente selettiva – giacché esso si applica solo ai mercati digitali, o meglio, al mercato delle piattaforme digitali che erogano servizi di interconnessione di utenti commerciali e/o di utenti finali, così che resta superato *in nuce* il problema centrale della individuazione e qualificazione del mercato rilevante tipico dell'applicazione della disciplina dell'abuso della posizione dominante – ed asimmetrica, poiché esso si applica solo alle imprese che occupano una posizione di potere economico consolidata e duratura sul mercato delle piattaforme digitali ricondotta, con una presunzione *iuris tantum*, al superamento di parametri quantitativi predeterminati. Dunque, non l'intero mercato delle piattaforme digitali soggiace all'applicazione del Reg.to *DMA*, ma solo quella porzione di questo sterminato mercato che raccoglie le piattaforme che hanno

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art. 3 del Reg.to *DMA*, un'impresa è designata come *gatekeeper* se: a) ha un impatto significativo sul mercato interno, che si presume se raggiunge un fatturato annuo nell'Unione pari o superiore a 7,5 miliardi di EUR in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari, o se la sua capitalizzazione di mercato media o il suo valore equo di mercato equivalente era quanto meno pari a 75 miliardi di EUR nell'ultimo esercizio finanziario, e se essa fornisce lo stesso servizio di piattaforma di base in almeno tre Stati membri; b) fornisce un servizio di piattaforma di base che costituisce un punto di accesso (*gateway*) importante affinché gli utenti commerciali raggiungano gli utenti finali, che si presume se fornisce un servizio di piattaforma di base che, nell'ultimo esercizio finanziario, annovera almeno 45 milioni di utenti finali attivi su base mensile, stabiliti o situati nell'Unione, e almeno 10000 utenti commerciali attivi su base annua stabiliti nell'Unione, identificati e calcolati conformemente alla metodologia e agli indicatori di cui all'allegato al regolamento; c) detiene una posizione consolidata e duratura, nell'ambito delle proprie attività, o è prevedibile che acquisisca siffatta posizione nel prossimo futuro, che si presume se le soglie di cui alla lettera b) sono state raggiunte in ciascuno degli ultimi tre esercizi finanziari. È riservato alla Commissione europea il potere di designare come *gatekeeper* una piattaforma digitale anche se la stessa non raggiunga le soglie dimensionali, ma rispetti i requisiti dell'art. 3, par. 1.



acquisito o è prevedibile che acquisiscano nel prossimo futuro una posizione consolidata e duratura di controllori dell'accesso poiché capaci di connettere milioni e milioni di utenti tanto commerciali tanto finali; tra queste, certamente rientrano le imprese c.d. GAFAM.

D'altro canto, la costruzione differenziata per soglie dimensionali del perimetro di applicazione del Reg.to *DMA* è funzionale ad assicurare un intervento regolatorio incisivo ed *ex ante* in chiave antimonopolistica solo in quei mercati o porzioni di mercati, come quello delle piattaforme digitali, ove più elevati sono i rischi di concentrazione del potere di mercato ed economico e più giustificabile appare una compressione della libertà di impresa e di organizzazione per l'esercizio della stessa, arretrando invece l'intervento regolatorio a controlli *ex post* di eventuali condotte anticompetitive nei mercati, anche digitali, che non presentano i caratteri strutturali di concentrazione di potere e le famiglie di rischi segnalate. Il nuovo paradigma regolamentare introdotto dal Reg.to *DMA* in materia di disciplina antimonopolistica può dunque riassumersi con la qualità della modulabilità dell'impianto regolamentare *antitrust*, composto da uno "zoccolo duro" di applicazione necessaria rappresentato dal tradizionale strumentario che trova il proprio fondamento giuridico nell'art. 102 TFUE, cui si affianca una parte variabile, che è capace di espandersi fino alla previsione di obblighi comportamentali *ex ante* previsti dagli artt. 5, 6 e 7 del Reg.to *DMA*, in grado di incidere anche significativamente sulle strutture dell'organizzazione interna dei gestori di piattaforme digitali, laddove il grado di concentrazione del potere economico e di mercato detenuto dall'impresa *big tech* sia considerato elevato (anche se non integrante la condotta tipica dell'abuso di posizione dominante) e tale da esporre ad elevati rischi di squilibrio nei rapporti commerciali e di ingessatura delle dinamiche concorrenziali del mercato.

La segnalata modulabilità è ben formalizzata dall'art. 1, par. 6 del Reg.to *DMA*, a mente del quale resta impregiudicata l'applicazione degli artt. 101 e 102 TFUE – ossia la tradizionale disciplina *antitrust*, nonché l'applicazione delle norme nazionali *antitrust*, delle norme nazionali in materia di concorrenza sleale o di abuso di posizione dominante, ed infine delle norme europolitane e nazionali in materia di concentrazione – oltre che dal considerando 10 che definisce in termini di integrazione l'apporto del regolamento in commento nell'applicazione del diritto della concorrenza *ex artt.* 101 e 102 TFUE.

La modulabilità della disciplina *antitrust*, per essere effettiva, richiede tuttavia una cabina di regia unica, che garantisca il coordinamento tra le diverse articolazioni normative, evitando dannose sovrapposizioni oltre che duplicazioni di attività amministrative di *enforcement* da parte delle rispettive autorità. A tal fine, il legislatore europeo ha scelto di concentrare sulla Commissione europea i poteri di vigilanza sul rispetto delle norme del Reg.to *DMA* da parte delle *big tech*, nonché i

relativi poteri di regolazione, accertamento ed irrogazione delle sanzioni<sup>62</sup>, vietando di fatto alle autorità degli stati membri di imporre «ulteriori obblighi ai *gatekeeper* per mezzo di leggi, regolamenti o misure amministrative allo scopo di garantire l'equità e la contendibilità dei mercati»<sup>63</sup> per aspetti e condotte che rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento: ciò al fine di evitare la frammentazione del mercato interno.

Il quadro così delineato si chiude con un sistema di stretto coordinamento tra autorità nazionali e Commissione europea teso ad evitare iniziative contrastanti e a garantire coerenza ed uniformità di azione nell'applicazione dei presidi comportamentali *ex ante* introdotti dal regolamento in commento. Tale sistema di *public enforcement*, oltre ad imporre alle autorità nazionali di non adottare decisioni in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione europea sulle materie oggetto del Reg.to *DMA* (cosa peraltro auspicabile anche in mancanza di una espressa previsione normativa), prevede un meccanismo di stretta collaborazione e coordinamento delle azioni di esecuzione delle rispettive autorità secondo le regole degli artt. 37<sup>64</sup> e 38<sup>65</sup> che tratteggiano la rete dei flussi informativi dalla periferia (delle autorità nazionali) verso il centro (la Commissione europea).

Degno di nota è infine il meccanismo di riconoscimento di *vis attractiva* all'indagine avviata dalla Commissione nei confronti di un *gatekeeper* (anche in un momento successivo) rispetto ad una attività di indagine già avviata dalle autorità nazionali nei confronti di un *gatekeeper* volta ad accertare il rispetto degli obblighi di cui agli artt. 5, 6, e 7 del regolamento, ma avente la propria base giuridica nelle norme nazionali in materia *antitrust* e nelle norme nazionali in materia di concorrenza che vietano altre forme di comportamento unilaterale (di cui all'art. 1, par. 6)<sup>66</sup>. In tal caso, pur non sussistendo un vero conflitto di competenza nel senso tecnico-giuridico tra Commissione europea ed autorità nazionali, atteso che differente è la base giuridica del relativo potere (il Reg.to *DMA* per la prima, la legge n. 287/1990 o l'art. 9 della legge n. 192/1998 per l'Agcm italiana), sebbene comuni siano gli obblighi

<sup>62</sup> Cfr. Considerando (91) a mente del quale «La Commissione è l'unica autorità a cui è conferito il potere di applicare il presente regolamento.».

<sup>63</sup> Cfr. art. 1, par. 5, Reg.to *DMA*.

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 37 rubricato «Cooperazione con le autorità nazionali» che prevede la necessità per la Commissione e gli Stati membri di una stretta collaborazione e coordinamento tra le loro azioni «per garantire un'applicazione coerente, efficace e complementare degli strumenti giuridici disponibili applicati ai *gatekeeper* ai sensi del presente regolamento», con la possibilità della Commissione di consultare «le autorità nazionali, ove opportuno, su qualsiasi questione relativa all'applicazione del presente regolamento».

<sup>65</sup> Cfr. l'art. 38 rubricato «Cooperazione e coordinamento con le autorità nazionali competenti che applicano le norme in materia di concorrenza» che prevede una fitta rete di obblighi informativi verso la Commissione europea in capo alle autorità nazionali nel caso di avvio di una indagine o di una imposizione di obblighi nei confronti dei *gatekeeper* ai sensi delle norme *antitrust* nazionali o delle norme di materia di concorrenza o di abuso di dipendenza economica

<sup>66</sup> Cfr. art. 38, par. 7.

comportamentali oggetto di valutazione, comprensibili ragioni di uniformità di interpretazione ed applicazione delle norme destinate ai *gatekeeper* hanno suggerito una sorta di espansione delle competenze di vigilanza della Commissione europea.

5. Il secondo elemento qualificante del nuovo paradigma regolamentare introdotto dal Reg.to *DMA* è costituito, come più volte anticipato, dallo sforzo di regolazione *ex ante* delle condotte anticompetitive, o meglio dall'introduzione di obblighi comportamentali precisi e dettagliati in capo ai *gatekeeper* il cui contenuto trae spunto dai numerosi casi di abuso di posizione dominante già contestati alle c.d. GAFAM; l'esperienza maturata per effetto degli interventi *ex post* delle autorità di vigilanza risulta così positivizzata.

Poiché i dati, e soprattutto la loro aggregazione e le inferenze logiche che si traggono dal trattamento algoritmico, costituiscono la materia prima dei mercati delle piattaforme digitali, il modello regolatorio utilizzato dal Reg.to *DMA* fa sostanzialmente leva sull'imposizione di obblighi di *disclosure*, di condivisione e di interoperabilità imposti ai *gatekeeper*<sup>67</sup>. In questo modo, secondo la Commissione europea, l'enorme potere di mercato, economico ed anche sociale-culturale costituente il vantaggio competitivo delle piattaforme potrà essere "contingentato" ed indirizzato verso fini di utilità economica e sociale diffusa, prevenendo o forse limando i deleteri effetti derivanti dall'abuso del citato potere.

Gli obblighi comportamentali *ex ante* imposti ai *gatekeeper* sono raccolti negli artt. 5, 6 e 7 del Reg.to *DMA*; si tratta di obblighi molteplici, dettagliati, ad alto contenuto tecnico, tipizzati, oltre che tassativi considerato che l'elencazione non pare suscettibile di integrazione alcuna, ma solo di ulteriore specificazione da parte della Commissione europea limitatamente agli obblighi previsti dall'art. 6. Il sistema di obblighi preventivi si atteggia come una disciplina amministrativa di regolazione *ex ante* della condotta delle piattaforme il cui *enforcement* è attribuito alla Commissione europea cui sono riconosciuti penetranti poteri di ispezione, controllo e monitoraggio costante (cfr. art. 8, 16-19, ma anche art. 20, 23 e 26 del Reg.to *DMA*).

Il ventaglio di obblighi comportamentali previsti dal regolamento è così ampio e variegato che qualsiasi sforzo di catalogazione e riconduzione degli stessi entro schemi teorici formali rischia di apparire impreciso e mal calibrato talvolta, inadeguato ed incomprensibile talaltra; tale constatazione è da ricondurre alla scelta del legislatore europeo di tipizzare nel dettaglio gli obblighi comportamentali traendo spunto dalla corposa esperienza maturata dalla Commissione europea in numerosi recenti casi di indagini avviate nei confronti delle c.d. GAFAM per abuso di posizione dominante, delle quali si è dato conto *infra* § 2 del presente lavoro e al quale partitamente si rinvia per i dettagli.

<sup>67</sup> Cfr. nello stesso senso G. Olivieri, *Sulle "relazioni pericolose" fra antitrust e privacy nei mercati digitali*, in *ODC*, 2021, numero straordinario, p. 371 ss.

Proprio la fonte esperenziale privilegiata utilizzata dalla Commissione europea, tuttavia, permette di qualificare gli obblighi comportamentali in commento quale strumento preventivo di regolazione e possibile repressione *in nuce* delle condotte di abuso di posizione dominante tipizzate a maglie larghe nell'art. 102 TFUE.

Ad ogni buon conto, non ci si sottrarrà comunque dal proporre qualche criterio fattuale che aiuti a distinguere, senza l'ambizione di catalogare, gli obblighi comportamentali imposti ai *gatekeeper*.

In primo luogo, si osserva sul piano sistematico che il sistema degli obblighi comportamentali appare modulare e scalabile, oltre a presentare taluni contenuti programmatici (nel senso che si specificherà di seguito).

Il sistema degli obblighi comportamentali è modulare per due ordini di ragioni.

*In primis*, si osserva che gli obblighi comportamentali elencati nell'art. 5 sono obblighi precisi e tassativi che si applicano a tutti i *gatekeeper*, indipendentemente dal tipo di *business model* adottato dalla piattaforma e dal suo settore di operatività<sup>68</sup>, posto che il carattere trasversale delle piattaforme, che rende superata la nozione di comparto economico o merceologico del mercato, rappresenta certamente il più rilevante vantaggio competitivo nella *data driven economy*, ma non assurge ancora ad elemento essenziale della stessa, come dimostrato dall'esistenza di molti *market place* di settore (ad es. Zalando, Privalia, Manomano, ecc.). Gli obblighi comportamentali dell'art. 5 mi pare siano concepiti come una base comune di regole di condotta comunque applicabili ad ogni soggetto che venga designato come *gatekeeper*, come tale rientrante nel cono d'ombra del Reg.to DMA

Gli obblighi comportamentali elencati nell'art. 6, invece, pur restando di applicazione necessaria ed obbligatoria da parte dei *gatekeeper*, presentano un livello di complessità previsionale e di dettaglio tecnico più elevato rispetto a quelli elencati nell'art. 5, oltre ad essere accomunati dall'utilizzo di una tecnica lessicale e precettiva più incline all'uso di nozioni generali ed ampie che poi finiscono per assumere carattere strumentale rispetto al potere riconosciuto alla Commissione europea di dettare «ulteriori specifiche» misure ritenute necessarie affinché il *gatekeeper* sia considerato allineato a detti obblighi. In tale intervento di specificazione successiva da parte della Commissione europea mi pare di poter cogliere il carattere della scalabilità degli obblighi comportamentali, poiché gli stessi, definiti entro un numero chiuso nell'impianto normativo del regolamento, saranno suscettibili di ulteriore dettaglio ma sempre entro il loro perimetro originario.

Il carattere programmatico degli obblighi comportamentali si riscontra invece nelle disposizioni dell'art. 7 che ha un contenuto più specifico essendo destinato a dettare dettagliati obblighi ai *gatekeeper* per quanto riguarda l'interoperabilità dei

<sup>68</sup> Sono definiti obblighi *self enforcing* da G. Ferrari, M. Maggiolino, *Il potere across markets delle GAFAM: come reagire?*, cit., p. 483.

servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero<sup>69</sup>, ossia i diffusissimi servizi di *e-mail* e *chat*. La norma difatti impone ai *gatekeeper* di rendere interoperabile il proprio servizio con il servizio di comunicazione interpersonale indipendente dal numero prestato da un altro soggetto, mediante l'obbligo di fornire «su richiesta e a titolo gratuito, le necessarie interfacce tecniche o soluzioni analoghe che facilitano l'interoperabilità»; il carattere programmatico-temporale della norma è racchiuso nel par. 2 il quale scansiona nel tempo la vincolatività degli obblighi di interoperabilità, ossia nell'immediatezza, a due anni o a quattro anni dalla designazione del soggetto come *gatekeeper*, in ragione dell'oggetto dei servizi di comunicazione interpersonale indipendenti dal numero.

Concentrando l'attenzione sugli obblighi comportamentali elencati negli artt. 5 e 6, e sempre richiamando la premessa circa la relatività ed imprecisione di ogni catalogazione, gli stessi possono comunque essere raggruppati in due macrocategorie, la prima costituita dagli obblighi comportamentali direttamente ed esplicitamente calibrati sui dati, sulla loro raccolta, sulle loro modalità di utilizzo e di fruizione, la seconda costituita dagli obblighi comportamentali calibrati sulle condotte poste in essere dalla piattaforma sfruttando il vantaggio competitivo dei dati, capace di intercettare un novero più esteso di comportamenti anticompetitivi.

Alla prima categoria è riconducibile: l'obbligo di cui all'art. 5, par. 2 di non trattare, combinare, utilizzare in modo incrociato in altri servizi i dati personali degli utenti finali che utilizzano servizi di terzi che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper*; l'obbligo di cui all'art. 5, par. 9 di fornire ad ogni inserzionista cui sono erogati servizi di pubblicità *online* su sua richiesta informazioni a titolo gratuito e su base giornaliera in relazione a ciascun annuncio riguardo al prezzo e le commissioni pagate dall'inserzionista, alla remunerazione percepita dall'editore ed ai parametri di calcolo di prezzi e remunerazioni; l'obbligo di cui all'art. 5, par. 10 di fornire ad ogni editore cui sono erogati servizi di pubblicità *online* gli stessi dati ed informazioni di cui al paragrafo precedente; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 2 di non utilizzare in concorrenza con altri utenti commerciali dati non accessibili al pubblico generati dagli utenti commerciali in fase di utilizzo dei servizi di piattaforma di base (ove per dati non accessibili al pubblico si intendono tutti i dati aggregati e non aggregati generati dagli utenti commerciali che possono essere ricavati o raccolti attraverso le attività commerciali degli utenti commerciali o dei loro clienti, compresi i dati relativi a *click*, ricerche e visualizzazioni e i dati vocali): si tratta della tipica condotta tenuta da *Amazon* che gode della posizione di vantaggio derivante dai dati di traffico e di operatività registrati sulla piattaforma e generati

<sup>69</sup> Tali servizi sono definiti dall'art. 2, punto 7, della Direttiva UE dell'11 dicembre 2018, n. 1972 come «un servizio di comunicazione interpersonale che non si connette a risorse di numerazione assegnate pubblicamente – ossia uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale – o che non consente la comunicazione con uno o più numeri che figurano in un piano di numerazione nazionale o internazionale», ossia

dagli stessi utenti commerciali che non dispongono di tali dati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 8 di fornire ad inserzionisti ed editori su loro richiesta ed a titolo gratuito l'accesso agli strumenti di misurazione delle prestazioni e dei dati aggregati e non aggregati utili a consentire una valutazione indipendente dello spazio pubblicitario; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 8 di fornire agli utenti finali o a terzi dai primi autorizzati l'effettiva portabilità dei dati dagli stessi forniti, anche mettendo a disposizione i relativi strumenti e l'accesso continuo ed in tempo reale a tali dati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 9 di garantire all'utente finale o ad altro soggetto autorizzato l'effettiva portabilità dei dati forniti dall'utente finale o generati mediante l'attività dell'utente finale; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 10 di fornire agli utenti commerciali o a terzi dai primi autorizzati un accesso continuo, efficace, di elevata qualità ed in tempo reale ai dati aggregati e non aggregati; l'obbligo di cui all'art. 6, par. 11 di fornire alle imprese terze che forniscono motori di ricerca *online* l'accesso a condizioni eque e non discriminatorie ai dati relativi a posizionamento, ricerca, *click* e visualizzazione per quanto concerne le ricerche gratuite e a pagamento generate dagli utenti finali sui suoi motori di ricerca *online*.

Alla seconda categoria, che raccoglie gli obblighi comportamentali calibrati sulle condotte poste in essere dalla piattaforma sfruttando il vantaggio competitivo dei dati, sono riconducibili tutti gli altri restanti obblighi non precedentemente menzionati, i quali si connotano per il fatto di descrivere e contingentare le condotte poste in essere dal gestore della piattaforma che rappresentano il precipitato finale del vantaggio competitivo derivante dall'utilizzo delle inferenze logiche desunte dai dati. A titolo di esempio, si consideri la previsione contenuta nell'art. 6, par. 5 del Reg.to *DMA*<sup>70</sup> che vieta la pratiche c.d. di *self preferencing* (obbligando il *gatekeeper* a non garantire un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e *crawling*, ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi) come quella attuata da *Amazon* nel caso *Amazon FBA* trattato dall'Agcm o come quella posta in essere da *Google* nel caso *Google Shopping* (*Search* e *AdSense*); la previsione dell'art. 5, par. 7<sup>71</sup> e 8<sup>72</sup> che vieta le pratiche c.d.

<sup>70</sup> «Il *gatekeeper* non garantisce un trattamento più favorevole, in termini di posizionamento e relativi indicizzazione e *crawling*, ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper* stesso rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi. Il *gatekeeper* applica condizioni trasparenti, eque e non discriminatorie a tale posizionamento».

<sup>71</sup> «Il *gatekeeper* non impone agli utenti finali di utilizzare, o agli utenti commerciali di utilizzare, offrire o essere interoperabili con un servizio di identificazione, un motore di rendering dei browser web o un servizio di pagamento, o servizi tecnici funzionali alla fornitura dei servizi di pagamento, quali i sistemi di pagamento per gli acquisti in-app, di tale *gatekeeper* nel contesto dei servizi forniti dagli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base di tale *gatekeeper*».

<sup>72</sup> «Il *gatekeeper* non impone agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi ulteriore servizio di piattaforma di base elencato nella decisione di designazione a norma dell'articolo 3, paragrafo 9, o che raggiunge le soglie di cui all'articolo 3, paragrafo 2, lettera b), quale condizione per poter utilizzare, accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* inserito nell'elenco a norma del medesimo articolo».

di *tying*, ossia di collegamento contrattuale in virtù delle quali il gestore del servizio di piattaforma base impone agli utenti di utilizzare un altro servizio (quali servizi di identificazione, servizi tecnici o funzionali o servizio di pagamento) offerti dallo stesso *gatekeeper* o pratiche tese a subordinare l'accesso ad un servizio di piattaforma di base alla sottoscrizione ad un abbonamento ad un servizio offerto dallo stesso *gatekeeper*; e tanti altri obblighi comportamentali ancora<sup>73</sup>.

Gli obblighi comportamentali, invero, possono essere raggruppati anche in base all'oggetto delle loro prescrizioni; così è possibile segnalare le seguenti macrocategorie:

a) obblighi relativi alle politiche dei prezzi: i *gatekeeper* devono consentire agli utenti commerciali di offrire gli stessi prodotti o servizi agli utenti finali attraverso servizi di intermediazione *online* di terzi a prezzi o condizioni diverse da quelle offerte attraverso i servizi di intermediazione *online* del *gatekeeper* (art. 5, par. 3); i

<sup>73</sup> Una elencazione senza pretese di esaustività potrebbe essere la seguente:

- a) utilizzo, senza consenso del titolare, di dati personali (in quanto contemplato dall'art. 5, par. 2, Reg.to DMA);
- b) divieto agli utenti commerciali di utilizzare canali alternativi o propri servizi di vendita on line (art. 5, parr. 3 e 4, Reg.to DMA);
- c) divieto agli utenti finali ad accedere a determinati contenuti mediante software alternativi a quelli forniti dal *gatekeeper* (art. 5, par. 5, Reg.to DMA);
- d) divieto imposto agli utenti di esercitare rimedi giudiziari o amministrativi (art. 5, par. 6, Reg.to DMA);
- e) imposizione di una serie di prestazioni supplementari, cioè *tying contracts* (art. 5, parr. 7 e 8, Reg.to DMA);
- f) rifiuto di fornire informazioni su servizi pubblicitari *on line* (art. 5, parr. 9 e 10, Reg.to DMA);
- g) utilizzo, in concorrenza con gli utenti commerciali, di dati generati da questi ultimi (art. 6, par. 2, Reg.to DMA);
- h) impedimento alla disinstallazione di applicazioni software presenti nel sistema operativo del *gatekeeper* (art. 6, par. 3, Reg.to DMA);
- i) impedimento all'installazione ed uso di software alternativi (art. 6, par. 4, Reg.to DMA);
- l) trattamento più favorevole ai propri prodotti rispetto a quelli di operatori terzi [c.d. *self preferencing*] (art. 6, par. 5, Reg.to DMA);
- m) impedimento agli utenti finali di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi (art. 6, par. 6, Reg.to DMA);
- n) rifiuto di fornire effettiva interoperabilità ai fornitori di servizi e di *hardware* (art. 6, par. 7, Reg.to DMA);
- o) impedimento all'uso di strumenti di verifica indipendente dell'offerta di spazi pubblicitari (art. 6, par. 8, Reg.to DMA);
- p) rifiuto di portabilità dei dati forniti dall'utente finale (art. 6, par. 9, Reg.to DMA);
- q) rifiuto di fornire gratuitamente agli utenti commerciali l'accesso ai dati da loro generati (art. 6, par. 10, Reg.to DMA);
- r) rifiuto di fornire alle imprese che forniscono motori di ricerca on line l'accesso, a condizioni eque e non discriminatorie, ai dati generati da utenti finali (art. 6, par. 11, Reg.to DMA);
- s) rifiuto di fornire accesso ai propri servizi, a condizioni eque e non discriminatorie, ad utenti commerciali (art. 6, par. 12, Reg.to DMA);
- t) adozione di condizioni generali di contratto sproporzionate per la risoluzione dei rapporti di fornitura dei servizi di piattaforma di base (art. 6, par. 13, Reg.to DMA).

*gatekeeper* hanno l'obbligo di fornire ad inserzionisti ed editori cui la piattaforma eroga servizi pubblicitari, su loro richiesta, informazioni relative al prezzo pagato dall'inserzionista o dall'editore, ed all'importo o alla remunerazione versati all'editore, per la pubblicazione di una determinata inserzione e per ciascuno dei pertinenti servizi pubblicitari forniti dal *gatekeeper* (art. 5, par. 9 e 10).

b) divieto di porre in essere strategie di *tying* (pratiche leganti): obbligo del *gatekeeper* di consentire agli utenti commerciali di promuovere offerte agli utenti finali acquisiti attraverso il servizio di piattaforma di base e di stipulare contratti con tali utenti finali, a prescindere dal fatto che a tale fine essi si avvalgano o meno dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* (art. 5, par. 4); obbligo dei *gatekeeper* di consentire agli utenti finali di accedere a contenuti, abbonamenti, componenti o altri elementi e di utilizzarli attraverso i servizi di piattaforma di base avvalendosi dell'applicazione *software* di un utente commerciale tramite la quale sono stati acquistati (art. 5, par. 5); obbligo di astenersi dall'imporre agli utenti commerciali o agli utenti finali l'abbonamento o l'iscrizione a qualsiasi altro servizio di piattaforma di base quale condizione per accedere, registrarsi o iscriversi a uno dei suoi servizi (art. 5, par. 8); obbligo di garantire la compatibilità tecnologica mediante l'obbligo di astenersi dal limitare a livello tecnico la possibilità per gli utenti finali di passare e di abbonarsi a servizi e applicazioni *software* diversi (art. 6, par. 6); obbligo di consentire agli utenti commerciali (e ai fornitori di servizi ausiliari) l'accesso allo stesso sistema operativo e alle stesse componenti *hardware* o *software* disponibili o utilizzati nella fornitura di servizi ausiliari da parte del *gatekeeper* nonché l'interoperabilità con gli stessi (art. 6, par. 7).

c) obbligo di garantire la tutela amministrativa e/giudiziaria degli utenti, ossia obbligo di non impedire o ostacolare il diritto degli utenti ad avviare un'azione nei confronti dei *gatekeeper* davanti a qualsiasi autorità pubblica o giurisdizionale competente sulle pratiche degli stessi (art. 5, par. 6).

d) dovere di astenersi dall'imporre agli utenti commerciali che si avvalgono dei servizi di piattaforma di base del *gatekeeper* l'utilizzo o l'offerta di un servizio di identificazione del *gatekeeper*, o l'interoperabilità con lo stesso (art. 5, par. 7).

e) obbligo di consentire agli utenti finali di disinstallare qualsiasi applicazione *software* preinstallata (che non sia essenziale per il funzionamento stesso del sistema operativo o del dispositivo) sul proprio servizio di piattaforma di base (art. 6, par. 3); obbligo del *gatekeeper* di consentire l'installazione e l'uso effettivo di applicazioni *software* o di negozi di applicazioni *software* di terzi, avendo la piattaforma unicamente la facoltà di adottare misure proporzionate per garantire che le applicazioni *software* o i negozi di applicazioni *software* di terzi non presentino rischi ai fini dell'integrità dell'*hardware* o del sistema operativo fornito dal *gatekeeper* (art. 6, par. 4); evidente è l'influenza dell'esperienza del caso *Google Android*.

f) divieto di *self preferencing*, ossia obbligo del *gatekeeper* di astenersi dal riservare un posizionamento più favorevole ai servizi e prodotti offerti dal *gatekeeper*



stesso ovvero da terzi che appartengono alla stessa impresa rispetto a servizi o prodotti analoghi di terzi (art. 6, par. 5); evidente è l'influenza dell'esperienza del *Google Shopping*.

Nel complesso, tutti gli obblighi comportamentali richiamati sembrano di fatto avere introdotto un approccio al rischio nella regolamentazione delle condotte anticompetitive di possibile abuso di posizione dominante, nel senso che gli obblighi comportamentali, poiché finiscono per influire sulla struttura organizzativa del *gatekeeper* e sulla sua conformazione rispetto al modello di *business* adottato, hanno la funzione tendenziale di immunizzare, o quantomeno, contenere il rischio che le piattaforme estendano il proprio potere di mercato in modo trasversale fra i mercati mediante strategie di *bundling* commerciale e tecnologico<sup>74</sup>.

A ciò va aggiunta la notazione per cui gli obblighi comportamentali *ex ante* sono imposti a *gatekeeper* solo per il fatto che gli stessi rispettino i requisiti dimensionali previsti dall'art. 3 del Reg.to *DMA*, a prescindere tanto dalla valutazione degli eventuali effetti anticompetitivi derivanti dalle condotte di dominanza del mercato dei servizi digitali, ed anche nell'ipotesi non solo teorica in cui l'attività dei *gatekeeper* assuma funzione procompetitiva, quanto dal modello di *business* adottato dalla piattaforma che non considera la possibile appropriatezza degli obblighi nei confronti di un servizio di *market place*, ma non di un altro<sup>75</sup>.

Anche questo aspetto della dinamica applicativa delle nuove norme con funzione anticoncorrenziale (o di rafforzamento del mercato) costituisce a tutti gli effetti un carattere di frontiera dell'evoluzione della disciplina *antitrust* applicabile ai mercati digitali e lascia trasparire la chiara intenzione del legislatore eurounitario di regolazione imperativa delle grandi imprese c.d. GAFAM rispetto alle quali, nella sostanza, il Reg.to *DMA* reca una presunzione assoluta di rischio per il mercato e per i suoi utenti, commerciali e finali, derivante dalla posizione di potere di mercato declinata tanto come potere economico tramite il requisito dell'impatto significativo sul mercato (ancorato a parametri quantitativo-economici di fatturato o di valore economico di mercato, art. 2, par. 2, lett. a), Reg.to *DMA*) quanto come potere "sociale" tramite il requisito tecnologico dell'essere *gateway* (punto di accesso) del servizio della piattaforma di base (ancorato al parametro numerico del numero di utenti finali e commerciali attivi, messi in comunicazione dalla piattaforma, art. 2, par. 2, lett. b), Reg.to *DMA*).

6. Le peculiarità strutturali ed operative che connotano la *data driven economy* con un elevato dinamismo evolutivo hanno consacrato la statica inadeguatezza dello

<sup>74</sup> Cfr. P. Ibanèz Colomo, *The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis* (2021) 3, in [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3790276](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3790276).

<sup>75</sup> Cfr. D. Gerardin, *Should all digital gatekeepers be subject to the same obligations under the DMA proposal?*, in *The Platform Law Blog*, 2021.

strumentario *antitrust*, elaborato e sviluppato sui tempi “sincopati” dell’economia industriale e post-industriale<sup>76</sup> e concentrato solo a misurare gli effetti anticompetitivi già conclamati da sanzionare e rimuovere dal mercato, ed hanno posto la necessità dell’elaborazione di una legislazione *antitrust* “preventiva e predittiva”, non imbrigliata in rigide schematizzazioni di condotte abusive, ma piuttosto calibrata sull’enunciazione di principi e regole comportamentali volutamente a maglie larghe, di contenuto programmatico e per ciò stesso adattabili ai mutevoli progressi dell’evoluzione tecnologica che anima i mercati digitali.

Il mutamento ideologico, sociale e culturale imposto dai mercati e dalle tecnologie digitali ha finito così per contagiare, come non poteva essere altrimenti, anche la dimensione giuridica e regolatoria, ancora affezionata a schemi, categorie e fattispecie rigidi che costituiscono una lente di ingrandimento ormai sfocata quando indirizzata a guardare la realtà circostante dei mercati digitali.

La risposta del legislatore europeo alle nuove sfide tecnologiche, il cui precipitato normativo riguardo ai mercati digitali è costituito dal Reg.to *DMA* in commento, si connota per l’introduzione di un approccio normativo nuovo alle tematiche *antitrust* sui mercati digitali orientato verso la “responsabilizzazione” dei gestori delle piattaforme digitali, ai quali viene imposto un complesso ecosistema di obblighi di condotta *ex ante*, differenti e specifici per ogni singola articolazione del servizio offerto, aventi tuttavia come fattore comune lo stesso “approccio al rischio” che fa leva sull’effetto deterrenza associato ad ogni eventuale pericolo.

L’approccio al rischio così concepito può assumere capacità conformative della struttura organizzativa ed amministrativa dei gestori delle piattaforme digitali e porre così le fondamenta per l’edificazione di una nuova *governance* procompetitiva delle piattaforme e dei mercati digitali.

La frontiera, più che prossima direi attuale, del mutamento culturale e sociale originato dai mercati digitali è costituita dall’Intelligenza artificiale e dalle sue molteplici applicazioni tendenzialmente “sucedanee” al libero arbitrio umano; quello segnalato è un altro fronte sul quale si addensano nubi grigie che il legislatore europeo cerca faticosamente di diradare<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> Appare utile rammentare che lo *Sherman Act* statunitense è datato 1890 e come noto rappresenta la prima espressione formalizzata di legislazione *antitrust* che ha rappresentato modello di ispirazione per tutte le legislazioni *antitrust* dell’economia moderna sebbene originariamente fosse una norma di diritto penale. Cfr. sul punto F. Grezzi, G. Olivieri, *Diritto antitrust*, cit., 1 ss.

<sup>77</sup> Cfr. Commissione Europea, *Libro bianco sull’intelligenza artificiale - Un approccio europeo all’eccellenza e alla fiducia*, COM(2020) 65 final, Bruxelles, 19 febbraio 2020, cit.; Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione (COM2021/0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106 (COD)), nel testo approvato dal Parlamento europeo in data 14.06.2023 in [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236\\_IT.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2023-0236_IT.pdf), cit.

Paolo Stefani

ACCOMPAGNARE, DISCERNERE, INTEGRARE.  
IL REGOLAMENTO DELLA ARCIDIOCESI DI TRANI – BARLETTA –  
BISCEGLIE ISTITUTIVO DEL “SERVIZIO DIOCESANO PER  
L’ACCOGLIENZA DEI FEDELI SEPARATI”\*

ABSTRACT

Il saggio costituisce un commento al regolamento dell’arcidiocesi di Trani – Barletta – Bisceglie, che ha istituito la struttura stabile per l’indagine previa all’introduzione del processo di nullità matrimoniale canonica, come previsto nella riforma attuata dal Pontefice Francesco con il *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*

The essay constitutes a commentary on the rules of the Archdiocese of Trani - Barletta - Bisceglie, which established the stable structure for the investigation prior to the introduction of the process of canonical matrimonial nullity, as provided for in the reform implemented by the Holy Father Francis with the *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*

PAROLE CHIAVE

Nullità matrimoniale – Pastorale – Diritto

Matrimonial nullity – Pastoral activity -- Law

SOMMARIO: 1. Papa Francesco e l’estroffessione della Chiesa verso la costruzione di un rinnovamento della società. – 2. La famiglia nella visione rinnovata della Chiesa di Francesco: dai sinodi del 2014 e 2015 al *Mitis Iudex Dominus Iesus*. – 3. Il Regolamento dell’Arcidiocesi di Trani-Barletta-Bisceglie come applicazione del nuovo rapporto tra pastorale e diritto nella Chiesa. – 4. L’istituzione del servizio permanente di indagine pregiudiziale e pastorale per la cura delle crisi matrimoniali. – 5. Composizione e compiti del servizio permanente diocesano per l’accoglienza dei fedeli separati e divorziati. – 6. Indicazioni operative per l’attività di consulenza e rapporti con la comunità diocesana. – 7. Le modifiche al regolamento e le norme di chiusura: la mediazione come possibile sbocco dell’integrazione tra attività di pastorale ordinaria e giudiziaria.

1. Il Pontificato di Papa Francesco va sempre più caratterizzandosi per la sua forte vocazione al dialogo, quale strumento di estroffessione della Chiesa verso la missione santificatrice della società.

La Chiesa di Cristo, vocata per sua natura alla misericordia e alla carità si apre al mondo e lo fa attraverso il confronto con la realtà di una società sempre più globale e sempre più secolarizzata, e forse potremmo dire scristianizzata. Per far ciò, Francesco

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

è consapevole che occorra puntare tutto sulla misericordia, sulla capacità della Chiesa di mettersi in ascolto dell'altro e instaurare con lui un dialogo fecondo, muovendo dalla saldezza e forza dei principi e valori del cristianesimo.

Dialogo con le religioni e in particolare con l'Islam<sup>1</sup> e dialogo con il mondo secolare appaiono così due facce della stessa medaglia.

In questo secondo asse, quello del dialogo con la società secolarizzata, potremmo inserire le novità contenute nel *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus*, che oltre a riformare in modo profondo il processo canonico di nullità matrimoniale, hanno introdotto nelle "Regole Procedurali" annesse al *Motu Proprio* e che sono parte integrante del documento pontificio un nuovo istituto: l'indagine pregiudiziale e pastorale<sup>2</sup>.

Per comprendere appieno il senso di questo nuovo istituto, che ha come finalità quella di generare un collegamento stretto tra la pastorale della famiglia e l'attività giudiziaria dei tribunali ecclesiastici occorre inserire le norme del *Mitis Iudex Dominus Iesus* nel rinnovato contesto ecclesiale di attenzione alla famiglia e al matrimonio, che ha caratterizzato sin qui il Pontificato di Papa Francesco. Due sinodi, nel 2014 e nel 2015, uno straordinario e uno ordinario, dedicati alla famiglia e al ruolo che la stessa deve assumere nella società sempre più secolarizzata, come privilegiato strumento di evangelizzazione. Il matrimonio e l'amore coniugale autentico che il cristianesimo ha da sempre affermato diventano un potente strumento di dialogo della Chiesa con il mondo contemporaneo. La conversione è il messaggio autentico che proviene da questo rinnovato interesse per la famiglia e che emerge in modo molto forte dall'Esortazione apostolica post-sinodale *Amoris Laetitia*<sup>3</sup>, che costituisce senza dubbio il documento magisteriale da cui promanano le riforme sul processo di nullità matrimoniale.

<sup>1</sup> Cfr. *Documento sulla Fratellanza umana, la pace mondiale e la convivenza umana*, reperibile on line sul sito [www.vatican.va](http://www.vatican.va). Il tema del rapporto tra Occidente e Oriente attraverso il dialogo tra le culture e le religioni è posto a fondamento del Magistero di Papa Francesco. Il dialogo tra le religioni deve avere come obiettivo quello di «incontrarsi nell'enorme spazio dei valori spirituali, umani e sociali comuni» (p.5). Un dialogo che sia anche «un invito alla riconciliazione e alla fratellanza tra tutti i credenti, anzi tra i credenti e i non credenti, e tra tutte le persone di buona volontà» (p.7). Il documento, firmato ad Abu Dhabi il 4 febbraio, da Francesco e dal Grande Imam di Al-Azhar, Ahmed Al-Tayyeb, rappresenta la base teologica e magisteriale dell'Enciclica Fratelli Tutti, basata anch'essa sull'idea che le religioni debbano essere il principale motore della riconciliazione umana, costruzione di un concetto di fratellanza, che parte dalla valorizzazione di valori comuni.

<sup>2</sup> Sul *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* la bibliografia è troppo ampia per poterla citare tutta. Per un esame approfondito sul complesso della riforma, cfr. i tre articoli comparsi nel mese di marzo del 2016 di G. Boni, *La recente riforma del processo di nullità matrimoniale. Problemi, criticità, dubbi, in Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, Rivista telematica, ([ww.statoechiese.it](http://www.statoechiese.it)). Sul valore giuridico delle Regole Procedurali, cfr. J. LLobell, *Alcune questioni comuni ai tre processi per la dichiarazione di nullità del matrimonio previsti dal m.p. "Mitis iudex"*, in *Ius Ecclesia*, 28, 2016, pp. 15 s.

<sup>3</sup> Il documento è reperibile on line, sul sito [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

2. La riscoperta dell'autentico amore coniugale fondamento del matrimonio sacramento e della famiglia come cellula fondamentale per superare le patologie della "società liquida" sono il riflesso della relazione tra misericordia e giustizia e la base fondamentale del ruolo autentico della Chiesa, al servizio delle persone che vivono la drammatica fase di una crisi matrimoniale: accompagnare, discernere e integrare i fedeli che versano in uno stato di sofferenza, causato dalla crisi della loro vicenda matrimoniale, al fine di evitare che questi si allontanino dalla vita e dalla pratica dell'esperienza cristiana. Accompagnare per discernere e discernere per integrare i fedeli all'interno della comunità cristiana.

Una finalità che inverte la funzione della pastorale giudiziaria, finalizzata alla verifica della validità del matrimonio celebrato e eventualmente all'introduzione della causa di nullità presso i tribunali diocesani e/o interdiocesani, ma ha un'ambizione che supera questa finalità che potremmo definire eventuale e secondaria.

E che così è lo si comprende dalla lettura del primo articolo delle "Regole Procedurali": «Il Vescovo in forza del can. 381 par. 1 è tenuto a seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati, che per la loro condizione di vita abbiano eventualmente abbandonato la pratica religiosa. Egli condivide con i parroci (cfr. can. 529 par. 1) la sollecitudine pastorale verso quei fedeli in difficoltà».

Il numero delle cause di nullità che ogni anno vengono introdotte presso i tribunali ecclesiastici rappresentano una percentuale davvero minima rispetto al numero delle cause di separazione e/o divorzio, celebrate dinanzi ai giudici civili. Il che significa che i tribunali ecclesiastici non riescono a dare risposte alle centinaia di fedeli che vivono una condizione di sofferenza e di fragilità rispetto alla loro situazione matrimoniale e/o familiare.

Per ovviare a questo problema, che è un problema pastorale, il *Mitis Iudex Dominus Iesus* ha pensato a generare un legame saldo e sistematico tra la pastorale familiare e l'attività giudiziaria, attraverso il coinvolgimento diretto del Vescovo diocesano e dei parroci. Questo strumento è l'indagine pregiudiziale o pastorale che «accoglie nelle strutture parrocchiali o diocesane i fedeli separati o divorziati» e si orienta verso il discernimento della loro condizione e solo in via eventuale è diretta alla celebrazione del processo di nullità (art. 2 delle Regole Procedurali). Un'indagine che si svolge «nell'ambito della pastorale matrimoniale diocesana unitaria».

A norma del successivo articolo 3 delle Regole procedurali, per svolgere questo compito una o più diocesi possono costituire una «struttura stabile attraverso cui fornire questo servizio». Il regolamento della Arcidiocesi di Trani – Barletta – Bisceglie, di cui queste pagine vogliono essere un commento, rappresenta una e la prima sino ad ora di queste strutture nel panorama diocesano italiano. Il "potranno" della norma, naturalmente, si riferisce alla creazione della struttura stabile, non all'attivazione del servizio, che costituisce uno strumento essenziale nella visione di Papa Francesco per

generare sinergia ecclesiale tra la pastorale ordinaria e quella giudiziaria<sup>4</sup>. Nulla è detto in merito al rapporto tra l'eventuale struttura stabile diocesana o interdiocesana e i tribunali ecclesiastici diocesani e interdiocesani. Questo è evidentemente lasciato all'autonoma regolamentazione dei centri, anche per rispetto alla competenza regolamentare dei singoli Vescovi diocesani.

3. Occorre sottolineare che l'istituto dell'indagine pregiudiziale o pastorale ha una funzione più ampia rispetto a quella della mera attività previa all'introduzione delle cause di nullità matrimoniale e crediamo che questo obiettivo emerga in modo evidente dalla lettura del Regolamento della Arcidiocesi di Trani – Barletta – Bisceglie sul Servizio diocesano per l'accoglienza dei fedeli separati<sup>5</sup>.

Il regolamento consta di tre parti: la premessa, l'articolato normativo e un'appendice che raccoglie il glossario, quanto mai utile e preciso nella definizione dei concetti fondamentali di cui si occupano le norme e una bellissima descrizione del logo del servizio diocesano, che in realtà campeggia in copertina e che mette in evidenza i tre assi fondamentali che abbiamo già sottolineato: Accompagnare, Discernere – Integrare, che costituiscono la ragione profonda di tutto il contesto ecclesologico che ruota attorno ai due sinodi della famiglia, al *Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus* e all'*Amoris Laetitia*.

Accompagnare i fedeli verso il più retto discernimento della loro condizione di vita diviene necessario all'integrazione degli stessi all'interno della comunità ecclesiale. Il concetto di integrazione diviene basilare, poiché assurge ad obiettivo fondante le attività di discernimento e accompagnamento e serve ad aprire le porte della Chiesa, Madre misericordiosa, a coloro che sino ad oggi vivevano la loro condizione di fragilità di vita come viatico all'allontanamento dalla vita e dalla pratica religiosa. La via della Carità e quella della Verità si incontrano all'interno del rapporto unitario e sinergico tra pastorale e giustizia<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sulla questione dell'obbligatorietà o meno delle strutture, cfr. C.M. Fabris, *Indagine pregiudiziale o indagine pastorale nel Motu Proprio Mitis Iudex Dominus Iesus. Novità normative e profili problematici*, in *Ius Ecclesiae (Rivista internazionale di Diritto Canonico)*, v. 28, n. 3/2016, p. 480 ss. Sembra che l'autore consideri non obbligatorio anche l'attivazione del Servizio dell'indagine pregiudiziale o pastorale. La cosa però pare contrastare con l'interpretazione letterale delle norme delle Regole Procedurali, che si limitano a prevedere facoltativamente la sola istituzione della struttura stabile, ma anche con la *ratio* di tutta la riforma di Papa Francesco. L'organizzazione di un servizio dedicato all'indagine pregiudiziale e pastorale costituisce infatti uno dei capisaldi intorno cui ruota sia la centralità della figura del Vescovo diocesano e del principio di prossimità, sia, soprattutto l'avvertita necessità di costruire una relazione sinergica tra l'attività giudiziale, la pastorale giudiziaria e quella ordinaria.

<sup>5</sup> Cfr. E. Tupputi, *L'indagine pregiudiziale o pastorale alla luce del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus. Applicazioni nelle diocesi della Puglia*, Urbaniana University Press, Città del Vaticano, 2021, passim.

<sup>6</sup> Su questi aspetti e soprattutto sulla centralità della misericordia nel magistero di Francesco, cfr. M. Erraruiz, *La rilevanza pastorale della giustizia oggettiva nella situazione dei fedeli che vivono relazioni oggettivo-sessuali non matrimoniali*, in *Ius Ecclesiae*, 28, 3/2016, p. 580.

Il Regolamento si apre con la citazione del n. 224 dell'Enciclica *Amoris Laetitia*: «Sarà pertanto necessario mettere a disposizione delle persone separate o delle coppie in crisi, un servizio d'informazione, di consiglio e di mediazione, legato alla pastorale familiare, che potrà pure accogliere le persone in vista dell'indagine preliminare al processo matrimoniale». La citazione del passo di *Amoris Laetitia* svela l'obiettivo del Regolamento, che è quello di creare un servizio diocesano che, in applicazione delle Regole Procedurali del *Mitis Iudex Dominus Iesus*, cosituisca uno strumento globale per la pastorale matrimoniale unitaria, che vada oltre la mera indagine diretta a verificare i presupposti dell'introduzione della causa di nullità matrimoniale<sup>7</sup>.

Diverse sono le disposizioni regolamentari ispirate a questa logica normativa. Il rapporto tra pastorale e diritto è bene messo in evidenza nella Premessa al Regolamento, che sottolinea la necessità di superare l'opposizione dialettica tra diritto e pastorale ed «avviare in modo particolare una pastorale giudiziale capace di farsi vicina alle famiglie in situazioni imperfette partendo dalla valorizzazione degli elementi positivi per poi aiutarle ad integrarsi nella comunità cristiana, che a sua volta è esortata a perfezionarsi nell'arte dell'accompagnamento e del discernimento pastorale». Il servizio diocesano nasce già nel 2016, come si legge nella Premessa, per volontà dell'Arcivescovo Giovanni Battista Pichierri, come “struttura stabile” nell'ambito del tribunale ecclesiastico diocesano.

Gradatamente, il servizio diocesano tende a divenire qualcosa di più di un semplice ufficio costituito nell'ambito del Tribunale ecclesiastico e dunque al mero servizio dell'attività di consulenza previa all'introduzione della causa di nullità. E' lo stesso Arcivescovo D'Ascenzo, che ha promulgato il Regolamento del 2023, che lo sottolinea nella Premessa: «in data 15 marzo 2018, con una lettera indirizzata alla comunità diocesana caldeggiavo la continuazione di questo importante servizio ecclesiale per il bene dei fedeli alimentando sempre più un atteggiamento di accompagnamento, di discernimento e di prossimità nei confronti di ogni persona e ogni famiglia, in modo particolare verso le situazioni difficili o irregolari ... di favorire un percorso di accompagnamento, di discernimento e di integrazione che ha prodotto **da un lato** l'attivazione di una pastorale giudiziaria concreta ... Dall'altro lato si è avviato un processo che conduca ad una pastorale della prossimità non solo fisica e territoriale, ma anche psicologica, spirituale, giuridica e pastorale, che non considera il discernimento pastorale a discapito di quello giudiziale, ma si sforza di porre in sinergia e complementarietà la *via charitatis* e la *via veritatis* avendo cura che “ogni persona e ogni comunità ha il diritto all'incontro con Cristo, e

<sup>7</sup> Il servizio, che rappresenta un ufficio ecclesiale stabile, ha una «duplice finalità: spirituale/pastorale, in quanto chiamato ad accompagnare con animo apostolico i fedeli separati o divorziati e altresì tecnica per aiutare i fedeli che dubitano della validità del proprio matrimonio o sono convinti della nullità del medesimo a conoscere le loro condizioni matrimoniali e raccogliere elementi utili per un eventuale processo di nullità matrimoniale», E. Tupputi, *La figura e i compiti pastorali e pregiudiziali del parroco alla luce del m.p. Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Monitor Ecclesiasticus, Commentarius internationalis iuris canonici*, 2, 2020, p.379.

tutte le norme e gli atti giuridici tendono a favorire l'autenticità e la fecondità di tale incontro"».

Il servizio diocesano diviene un luogo non solo strumentale alla valutazione dei presupposti eventuali del giudizio di nullità, ma si pone al servizio di una pastorale familiare e matrimoniale più generale, che da un lato accompagna i fedeli al processo di nullità in modo più pieno e consapevole e dall'altro non li abbandona alle loro fragilità nel caso in cui essi non possano addivenire al processo, per mancanza dei presupposti giuridici della nullità. Ecco che la Carità e la Misericordia incontrano la Giustizia e questa diviene un essenziale strumento per l'attività pastorale della Chiesa. Il Servizio diocesano, infatti, si «è posto e continua a porsi come un servizio-ponte tra la pastorale dell'accompagnamento delle situazioni difficili e l'operato dei tribunali ecclesiastici».

In conclusione della Premessa al Regolamento, l'Arcivescovo D'Ascenzo riafferma lo spirito autentico dell'articolato, che ha il compito di organizzare e valorizzare l'istituto canonico voluto da Papa Francesco e, nello stesso tempo, di istituzionalizzare un servizio già attivo dal 2016 nella diocesi: «un servizio ecclesiale, sinodale e corresponsabile capace di farsi vicino alle famiglie in situazioni di un amore smarrito partendo dalla valorizzazione degli elementi positivi per poi aiutarle ad integrarsi nella comunità cristiana». Come è facile scorgere da queste parole, il Regolamento coglie lo spirito autentico non tanto e non solo del *Mitis Iudex Dominus Iesus*, ma soprattutto dell'idea perseguita da Francesco di porre la famiglia e il matrimonio come strumenti di valorizzazione dell'esperienza cristiana all'interno della società, strumenti di evangelizzazione e di conversione della società secolarizzata. Lo stesso procedimento di nullità diviene uno degli strumenti di questo servizio importante, uno strumento all'interno di un'attività pastorale unitaria.

4. L'articolo 1 del regolamento riafferma il legame del Servizio diocesano con il Tribunale ecclesiastico diocesano, espressione della centralità della figura del Vescovo diocesano e della cura verso i fedeli che vivono una crisi matrimoniale o «il cui matrimonio appaia fallito, irrimediabilmente o meno» e che si rivolgono al Servizio diocesano per verificare «la verità circa la validità del loro vincolo matrimoniale, che si trovano a vivere una crisi matrimoniale o il cui matrimonio appaia fallito, irrimediabilmente o meno». Come si intuisce dalla lettura della norma, quelle disciplinate sono due distinte attività, sia pure complementari. La verifica della verità circa la validità o meno del vincolo matrimoniale e la cura di coloro che vivono la crisi della loro unione matrimoniale sono oggetto di un'analisi unitaria, ma che non ha carattere di stretta consequenzialità. Ciò, per far sì che l'attività pastorale di gestione della crisi da un lato può essere strumentale al processo di nullità fondato sulla verità e sulla collaborazione dei fedeli al suo accertamento, dall'altro provi a gestire la crisi, sia per evitare che la stessa divenga irrimediabile, sia gestendo gli eventuali conflitti



che si creano nell'ipotesi in cui non si possa salvare e rinnovare la promessa su cui si fonda la comunione di vita familiare.

Ma è il successivo articolo 2, che disciplina la "Natura del servizio", che svela le finalità ampie che vengono assegnate al Servizio diocesano e all'indagine pregiudiziale. Si tratta di un ufficio ecclesiastico stabile di natura giuridico-pastorale, creato nell'ambito del Tribunale ecclesiastico diocesano, ma che deve collaborare con la Pastorale familiare diocesana per svolgere «un servizio d'informazione, di consiglio e di mediazione verso quei fedeli separati o divorziati che dubitano della validità del proprio matrimonio» (paragrafo 2). Dunque, un «servizio-ponte tra la pastorale dell'accompagnamento delle situazioni difficili e l'operato dei tribunali ecclesiastici ... un luogo di ascolto specializzato al fine di compiere un orientamento di carattere pastorale, morale e canonico ed essere un concreto ponte tra la pastorale diocesana e quella giudiziaria» (paragrafo 3). Un servizio che è espressione della «cura pastorale dell'Arcivescovo, il quale in forza del can. 383 par. 1 è tenuto a seguire con animo apostolico, insieme ai parroci (cfr. can. 529 paragrafo 1) i coniugi separati o divorziati, che per la loro condizione di vita abbiano eventualmente abbandonato la pratica religiosa» (paragrafo 4).

L'integrazione all'interno della vita cristiana, fine essenziale dell'attività di accompagnamento e discernimento, non si esaurisce solo con lo strumento del processo di nullità. Infatti, secondo il disposto di cui al paragrafo 2 del successivo articolo 3 (Finalità e destinatari del Servizio diocesano), qualora non si ravvisino «le condizioni per avviare un percorso giudiziario – il Servizio diocesano – aiuterà pastoralmente i fedeli indirizzandoli verso un percorso di discernimento e di integrazione nella vita cristiana, secondo verità ed in uno stile di misericordia e di reciproco perdono». Una bellissima disposizione normativa, dalla quale si coglie il carattere funzionale del diritto canonico alla salvezza delle anime, la *ratio veritatis* incontra la carità e la misericordia, il diritto e la pastorale si fanno carne viva dell'attività apostolica della Chiesa di Cristo. Il fine autentico del Servizio diocesano è quello di accompagnare i fedeli attraverso l'analisi della loro crisi coniugale, un accompagnamento che li conduca all'esatto discernimento della loro condizione di vita, per poi giungere all'integrazione nella vita della comunità cristiana secondo la loro peculiare condizione esistenziale. Questo percorso, secondo l'articolo 3 del regolamento, si snoda attraverso diverse finalità, che saranno poi, nel prosieguo del regolamento, le diverse fasi dell'indagine. Innanzitutto, compiere un'attività di orientamento di carattere pastorale per coloro che sono incorsi in una crisi matrimoniale. Solo attraverso l'attività di orientamento pastorale si può giungere alla fase canonica per i fedeli separati o divorziati (n. 1, paragrafo 1) e, quindi, all'eventuale giudizio di nullità. Non prima, però, di aver cercato ogni possibile via per una riconciliazione, che passi attraverso il percorso di analisi della loro vicenda alla luce dei valori cristiani del matrimonio e della famiglia. Come si vede, il processo di nullità è la fase terminale di un percorso che i soggetti compiono e al quale evidentemente devono giungere solo dopo aver fatto

un'attività di discernimento della promessa originariamente assunta. I tribunali ecclesiastici, che dovranno poi celebrare i futuri e eventuali processi, saranno vissuti come soggetti istituzionali interni a una struttura più complessa, esito della conversione delle strutture ecclesiastiche, fine dell'intero impianto della riforma voluta da Papa Francesco<sup>8</sup>.

Anche la separazione dei coniugi diviene un elemento di dialogo tra la comunità ecclesiale e la condizione di vita dei fedeli. Aiutarli a comprendere il significato dell'istituto canonico della separazione e come rendere la condizione di separato compatibile con l'insegnamento della Chiesa e quando opportuno aiutarli a «chiedere il riconoscimento canonico formale della loro condizione di separazione» (paragrafo 2 dell'articolo 3) vuol dire creare un sistema di accompagnamento integrato, che abbraccia tutta la storia della crisi matrimoniale e li riporta all'interno della dottrina della Chiesa. Come si può notare dalla norma di cui all'articolo 3, il procedimento di nullità è solo uno degli strumenti messi a disposizione dei fedeli per la soluzione della loro crisi matrimoniale. Uno strumento importante, ma eventuale, cui si accede però dopo un percorso ampio e approfondito di valutazione della crisi matrimoniale, all'interno del quale vengono proposte varie alternative, tutte tese a rendere compatibile la condizione esistenziale dei fedeli con la vita e la missione della Chiesa. In questo modo, da un lato la causa di nullità verrà inoltrata a valle di un percorso articolato, che la renderà parte di una missione più ampia di quella di ottenere “solo” un effetto giuridico, che consenta la celebrazione di un nuovo matrimonio sacramento, da un altro lato i fedeli si sentiranno accolti in un percorso che comunque sia li porterà a vivere la loro peculiare condizione di vita, in modo pieno all'interno della comunità cristiana.

5. L'articolo 4 disciplina la composizione e il profilo dei membri del servizio diocesano, i quali sono nominati tutti direttamente dall'Arcivescovo. I consulenti, che possono essere chierici, religiosi e laici, devono avere una competenza specifica in materia giuridico-pastorale e/o in materia di matrimonio e famiglia, sotto il profilo di una o più delle discipline specifiche: teologica, giuridica, morale, psicologica. Dalla competenza richiesta ai consulenti del Servizio diocesano emerge il carattere ampio dell'attività svolta e la capacità del Servizio diocesano di comprendere e aiutare i fedeli nel percorso di accompagnamento al discernimento della loro condizione di vita in modo completo. I componenti devono essere, com'è nella natura di ogni ufficio ecclesiastico, «persone moralmente corrette, di integra fama, esperte nella scienza canonica, sensibili pastoralmente nell'ambito della famiglia e della mediazione».

Tra i consulenti del Servizio diocesano, l'Arcivescovo nomina il Responsabile diocesano, il quale può scegliere tra gli altri componenti un Segretario. I compiti del Responsabile sono disciplinati dal successivo articolo 6. Egli deve agire in sinergia con

<sup>8</sup> F. Ammenda, *La conversione delle strutture dopo otto anni dalla promulgazione del M.P. Mitis Iudex Dominus Iesus*, in *Charitate Iustitia, Rivista Giuridica*, Anno XXX, 2023, pp. 69 ss.

le indicazioni dell'Arcivescovo, convoca e presiede le riunioni dell'equipe, coordina le attività di consulenza e di formazione con l'aiuto dell'equipe diocesana, rappresenta il Servizio diocesano in seno alla pastorale familiare diocesana, redige ogni anno la relazione sull'andamento del Servizio che sottopone all'Arcivescovo e cura i rapporti con il tribunale diocesano e con quello interdiocesano. Un ruolo che lo pone al centro dell'attività della pastorale familiare e di quella del tribunale ecclesiastico, a conferma della necessità avvertita di generare un "ponte" tra i soggetti che a vario titolo gestiscono le crisi matrimoniali.

Il precedente articolo 5 disciplina, invece, i compiti del Vescovo verso il Servizio diocesano. Il paragrafo primo della norma ribadisce il carattere centrale della figura del Vescovo diocesano, che si avvale del Servizio diocesano per lo svolgimento di un *munus* che resta però nella sua diretta responsabilità di pastore di anime: «seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati» (paragrafo 1). Il Servizio diocesano è quindi un organo vicario dell'attività pastorale del Vescovo in materia di matrimonio e famiglia e svolge una funzione che si può certamente definire come delegata. Infatti, oltre alla nomina delle persone idonee allo svolgimento dell'ufficio, il Vescovo deve garantire una vicinanza «non solo fisica ma anche pastorale verso quelle situazioni di fragilità matrimoniali, al fine di provvedere in modo adeguato e rinnovato ad una pastorale di prossimità misericordiosa e ad una pastorale giudiziaria accurata» (n. 2, paragrafo 2). Giudice e pastore sono due facce della stessa medaglia, due diversi *munus* che rispondono ad un'unica autentica finalità, quella di accompagnare, discernere e integrare i fedeli attraverso la loro vicenda matrimoniale in crisi.

Il successivo articolo 7 disciplina i compiti del Servizio diocesano, che, coordinato dal responsabile, svolge una funzione che non si limita a quella disciplinata nel successivo articolo 8, cioè l'attività di consulenza. Il Servizio diocesano deve favorire una collaborazione sinergica tra il tribunale ecclesiastico e la pastorale familiare, è un servizio-ponte. Organizza la formazione e l'approfondimento, insieme alla pastorale familiare diocesana, per il clero e per tutti gli operatori, al fine di dotare tutti delle competenze necessarie su «come compiere una consulenza e/o come alimentare una corretta pastorale del vincolo, così da prevenire matrimoni nulli» (n. 2, paragrafo 1). La consulenza diviene uno strumento diffuso, affidato a una pluralità di organi e uffici nella Chiesa, uno strumento che non si limita soltanto ad un'attività di consulenza giuridica finalizzata al procedimento di nullità, ma è volta ad «offrire cammini di discernimento capaci di illuminare le coscienze ... così da rendere concrete le integrazioni, sacramentali ed ecclesiali, che sono possibili nel percorso dei singoli e delle coppie». In questo passaggio c'è tutta la rilevante novità che emerge dall'esortazione apostolica *Amoris Laetitia*. Com'è stato giustamente osservato, infatti, dall'Esortazione apostolica *Amoris Laetitia* si è avuto un effetto di accorciamento della «distanza fra "norma" e "coscienza" e conseguentemente dato vigore alla funzione

pastorale del diritto canonico»<sup>9</sup>. Con *Amoris Laetitia* cambia il modo in cui la Chiesa guarda alle «situazioni “dette” irregolari», che vengono individuate, in modo più pastorale, come circostanze di «fragilità e imperfezione» (n. 296). L'esortazione apostolica apre a un discernimento della coscienza, come processo soggettivo del fedele, che fa i conti con la sua peculiare condizione di vita in rapporto alla comunità cristiana, a prescindere dal giudizio di nullità matrimoniale<sup>10</sup>.

Il Servizio diocesano, oltre a curare la pubblicazione di vademecum<sup>11</sup> e sussidi giuridico- pastorali (paragrafo 3), svolge un servizio di consulenza gratuita «per i sacerdoti, le parrocchie, le realtà ecclesiali che operano per la famiglia, gli organismi di partecipazione, gli uffici pastorali di curia, così come per i fedeli feriti da un amore smarrito» (paragrafo 4). La pluralità dei luoghi della pastorale matrimoniale e familiare trova una *reductio ad unum* nella necessità di armonizzare sul piano dottrinale e tenendo conto delle indicazioni dell'Arcivescovo l'attività di accompagnamento, discernimento e integrazione dei fedeli separati o divorziati.

6. L'articolo 8 offre indicazioni operative sull'attività di consulenza e ancora una volta viene rimarcata la necessità che qualora il consulente «non ravvisasse elementi utili per una richiesta di nullità matrimoniale indirizza il fedele verso un percorso di discernimento e di integrazione da farsi in una struttura diocesana preposta per questo tipo di accompagnamento pastorale o al parroco dove il fedele ha il domicilio o ad un sacerdote indicato dall'Ordinario del luogo» (n. 5, paragrafo 1).

Di notevole importanza, nell'economia del Regolamento, è l'articolo 9, che disciplina il rapporto del Servizio con la Comunità diocesana. Emerge, dalla lettura della norma, la complessità e allo stesso tempo l'importanza del Servizio diocesano, che deve avere la «consapevolezza che la Chiesa tutta ha il compito di accompagnare i suoi fratelli più fragili nel loro vincolo matrimoniale ragion per cui stimola una pastorale del vincolo» (paragrafo 1). Questa consapevolezza lo deve condurre a mettere in campo una serie di attività, che sono tutte espressione della necessità di favorire da un lato la prossimità della pastorale e da un altro lato la necessità che questa sia svolta da persone formate e competenti, che sappiano «favorire una sinergia tra pastorale familiare e pastorale giudiziale» (paragrafo 2). Una formazione capace di orientare i

<sup>9</sup> P. Consorti, *Introduzione allo studio del diritto canonico. Lezioni pisane*, Giappichelli editore, Torino, 2023, pp. 95-96.

<sup>10</sup> Osserva giustamente il Consorti, che lo spirito della riforma del processo matrimoniale canonico e soprattutto l'introduzione del processo breve costituisce, o meglio «avrebbe potuto essere un formidabile volano pastorale, capace di fare uscire i vescovi dai tribunali e avvicinarli agli sposi feriti ... In questo contesto, AL indica una prospettiva nuova. I vescovi hanno aperto un processo che necessita di superare con intelligenza schemi interpretativi che sono già superati dalla storia» (*Ibidem*, p. 97-98). Il Regolamento in commento pare aver colto in modo pieno la sfida aperta dall'esortazione apostolica post-sinodale di Papa Francesco.

<sup>11</sup> Cfr E. Tupputi, a cura di, *Vademecum per la consulenza nella fragilità matrimoniale. Una guida per canonisti, sacerdoti e operatori di pastorale familiare*, Editrice Rotas, Barletta, 2019, pp.204.

fedeli all'interno del percorso di discernimento del loro fallimento matrimoniale, ma anche di prevenire le nullità matrimoniali e, infine, sviluppare una vera e propria «arte dell'accompagnamento, del discernimento e dell'integrazione per il bene di tutti i fedeli» (n. 3, paragrafo 2). Al Servizio diocesano, cioè, quale espressione della cura pastorale del Vescovo è affidata l'importantissima attività di «**consulenza integrata** (o di secondo livello) in tutte le città dell'Arcidiocesi, al fine di garantire e consentire una maggiore prossimità tra il Vescovo e i fedeli, che feriti da un matrimonio fallito, presentano richiesta perché si faccia chiarezza sulla loro situazione matrimoniale» (paragrafo 3).

L'articolo 10 disciplina tre livelli di consulenza che possono essere «consecutivi o alternati, a seconda del processo di discernimento caso per caso, però sempre in continua relazione tra loro, tanto da essere immaginati come cerchi concentrici di necessarie consulenze sempre più approfondite» (paragrafo 1). Una norma molto bella, che fa emergere l'idea che il processo di accompagnamento, discernimento e integrazione deve essere immaginato come un sistema a cerchi concentrici, nel quale le strutture della pastorale ordinaria e di quella giudiziale siano sempre in continuo e costante collegamento tra di loro, per offrire ai fedeli la visione di una Chiesa Madre che si pone al loro fianco e li sostiene nel loro percorso di sofferenza, volto a far sì che essi si sentano sempre parte attiva della vita e della funzione della Chiesa. In questo modo, tutto il sistema si orienta verso la vera finalità suprema della Chiesa e dell'ordinamento giuridico canonico: la salvezza delle anime (Can. 1752 del codice di diritto canonico).

7. Le ultime due disposizioni, gli artt. 11 e 12, si occupano rispettivamente della formazione dei consulenti, che si palesa come integrata e permanente, e dell'interpretazione evidentemente autentica delle norme del Regolamento, affidata all'Arcivescovo, alla loro modifica e alla ratifica delle modifiche eventualmente intervenute, che spettano sempre all'Arcivescovo.

La terza parte è dedicata, come si è già detto, al glossario. Uno strumento molto utile a far chiarezza sui principali concetti che riguardano l'attività dei vari organi preposti alla gestione del fallimento di un'unione matrimoniale, sia sul piano pastorale sia su quello giuridico. Bellissima anche la parte esplicativa del logo del Servizio diocesano, che dimostra l'importanza dei simboli nella trasmissione dei concetti e dei significati alla base dei valori di cui è portatore questo interessante documento, che ad oggi costituisce l'unico presente nel panorama delle diocesi italiane e che sicuramente costituirà la base per altre diocesi che vogliano procedere all'istituzionalizzazione di questo nuovo servizio ecclesiale, fortemente auspicato da Papa Francesco.

Prima di chiudere il presente contributo crediamo possa essere importante fare un accenno alla mediazione. Il riferimento alla mediazione compare al paragrafo 242 dell'esortazione apostolica *Amoris Laetitia*, proprio con riferimento all'attività pastorale del discernimento e dell'accompagnamento dei fedeli separati e divorziati:

«Di qui la necessità di una pastorale della riconciliazione e della mediazione attraverso anche centri di ascolto specializzati da stabilire nelle diocesi». Con riferimento specifico alle norme delle “Regole procedurali” annesse, come detto, al *Mitis Iudex Dominus Iesus*, al n. 244, che opera un riferimento specifico alle strutture stabili di cui al Regolamento in esame: «Sarà pertanto necessario mettere a disposizione delle persone separate o delle coppie in crisi, un servizio di informazione, di consiglio e di mediazione, legato alla pastorale familiare, che potrà pure accogliere le persone in vista dell’indagine preliminare al processo di nullità». Il Regolamento dell’Arcidiocesi di Trani – Barletta – Bisceglie per tre volte fa riferimento al concetto di mediazione. Nella Premessa dell’Arcivescovo D’Ascenzio, che affida al centro il ruolo di mediazione, unitamente a quelli di informazione e di consiglio. Al paragrafo 4 dell’articolo 4, che richiede per i componenti del Servizio diocesano una competenza in materia di mediazione e specificamente in materia di mediazione familiare. Il riferimento alla mediazione è contenuta, altresì, al paragrafo 1 dell’articolo 5, il quale, nel disciplinare i compiti del Vescovo diocesano afferma che egli deve seguire con animo apostolico i coniugi separati o divorziati «attraverso strutture a livello parrocchiale e/o diocesano, un servizio giuridico-pastorale di informazione, consulenza e – appunto – mediazione».

È possibile immaginare che si sia dinanzi ad una svolta che avvii all’interno della Chiesa un possibile impegno verso la mediazione familiare, che abbia anche risvolti civilistici? E’ possibile pensare che l’impegno rinnovato verso la famiglia e segnatamente nei riguardi della gestione delle crisi matrimoniali possa condurre ad una conversione delle strutture ecclesiastiche che si occupano di matrimonio e della sua crisi verso un impegno più diretto alla generazione di un’attività integrata, che passando attraverso la gestione delle crisi matrimoniali, che abbia come sbocco il discernimento, l’accompagnamento e l’integrazione dei fedeli feriti dal fallimento delle loro unioni matrimoniali, possa condurre anche alla gestione dei conflitti interni alla famiglia e cioè ad un’attività di mediazione familiare tecnicamente intesa?

Forse è presto per dirlo, ma di certo sappiamo che da quanto emerge dal percorso che parte dai due sinodi sulla famiglia, passa attraverso il *Mitis Iudex Dominus Iesus* e giunge all’esortazione apostolica *Amoris Laetitia*, la mediazione come risorsa giuridico-pastorale diviene sempre più presente nella riflessione sulla famiglia e sul ruolo della Chiesa nella gestione della sua crisi<sup>12</sup>. D’altronde, la mediazione come strumento di composizione dei conflitti è alla base dei fondamenti teologici e ecclesiologicali del perdono e della riconciliazione, della misericordia e della carità, della relazione di fratellanza originaria e universale, che è al fondamento stesso dell’idea cristiana sull’uomo e sul suo rapporto con l’altro e con Dio.

L’indagine pastorale previa all’introduzione del giudizio di nullità costituisce certamente uno strumento di mediazione, per la sua funzionalità alla prevenzione dei

<sup>12</sup> Sulla mediazione come risorsa giuridico-pastorale, cfr. O.R. Grazioli, *Gli sviluppi della mediazione familiare. Aspetti civili e canonici*, Aracne editore, Roma, 2017, pp. 97 ss.

conflitti, alla loro gestione in funzione dell'accompagnamento dei fedeli al processo di nullità<sup>13</sup>, così come lo stesso procedimento di nullità contiene in sé alcuni elementi che potrebbero condurre alla mediazione, con riferimento sia alla gestione della crisi coniugale sia all'eventuale coinvolgimento dei figli e dei loro superiori interessi, concetto quest'ultimo richiamato al paragrafo 245 di *Amoris Laetitia*. La sinergia tra l'attività pastorale e quella giudiziaria potrebbe essere uno strumento utile ad evitare la prassi che considera i tribunali ecclesiastici come soggetti isolati dall'attività pastorale e che intervengono solo a valle dei procedimenti di separazione<sup>14</sup>. Questo crediamo possa essere il significato autentico del nuovo canone 1675, il quale afferma che il giudice debba accertare, prima di accettare la causa, che il matrimonio sia irreparabilmente fallito. Se il processo di nullità avviene all'esito di un procedimento complesso che ha coinvolto diverse strutture ecclesiali nel tentativo di far luce sulla crisi matrimoniale e provato ogni tentativo per evitare l'irreparabilità delle conseguenze della crisi, l'accertamento non si limita più alla burocratica acquisizione degli atti della separazione civile, ma è accertata dalla collaborazione funzionale delle strutture ecclesiastiche e di pastorale familiare e giudiziaria. Inoltre, l'attività di indagine pastorale previa all'introduzione del processo di nullità potrà assolvere il compito di lenire i conflitti tra i coniugi e prepararli a un procedimento di nullità nel quale carità e giustizia si incontrano, per l'accertamento esclusivo della verità. Carità, misericordia, giustizia e verità sono i valori che emergono dal complesso degli atti che conducono alle strutture stabili per l'indagine pregiudiziale e pastorale, come quella generata dal regolamento dell'Arcidiocesi di Trani-Barletta-Bisceglie.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>14</sup> Sul rapporto tra pastorale e processo canonico di nullità matrimoniale, cfr. R. Santoro, *L'anima del processo matrimoniale canonico tra dinamiche pastorali e proiezioni sinodali*, in *Il Diritto processuale civile e comparato*, Rivista telematica, ([www.ildirittoprocessualecivile.it](http://www.ildirittoprocessualecivile.it)).

Mario Tagarelli, Giammaria Zilio<sup>1</sup>

## LE FORME DI SEMPLIFICAZIONE DEI COSTI NEL CICLO DI PROGRAMMAZIONE 2021-2027 A SOSTEGNO DEI SISTEMI DI GESTIONE E RENDICONTAZIONE: LA NORMATIVA SUI FONDI SIE\*

### Abstract

Il saggio analizza la natura delle Opzioni Semplificate in materia di Costi (OSC), e come queste riducono la probabilità di errore se le condizioni esistenti non sono troppo articolate. Sono stati ripercorsi i Regolamenti europei che si sono succeduti negli anni e sono stati messi a confronto sul tema, il Regolamento (UE) n. 1303 del 17 dicembre 2013 e il Regolamento (UE) n. 1060 del 24 giugno 2021 evidenziando le principali novità sulle modalità di contabilizzazione e rendicontazione delle spese dei beneficiari degli interventi finanziati.

In the paper, analyzes the nature of Simplified Cost Options (SCOs), and how they reduce the probability of error if existing conditions are not too complex. The European Regulations that have followed one another over the years were reviewed and compared on the subject, Regulation (EU) no. 1303 of 17 December 2013 and Regulation (EU) no. 1060 of 24 June 2021, highlighting the main innovations on the methods of accounting and reporting of the expenses of the beneficiaries of the financed interventions.

### Parole chiave

Costi Diretti e Indiretti – Fondi Europei – Contributi, Commissione Europea, Corte dei Conti Europea

Direct and Indirect costs – European Funds – Contributions, European Commission, European Court of Auditors

SOMMARIO: 1. La legislazione europea e la regolamentazione dei finanziamenti a tasso forfettario. –2. I principali riferimenti normativi afferenti alle OSC nel Regolamento UE n. 1030/2013. – 3. (Segue:) La determinazione del contributo pubblico attraverso le Unità di Costo Standard (UCS). – 4. (Segue:) Esemplificazione sull'applicazione dei tassi forfettari a copertura dei costi indiretti. – 5. I principali riferimenti normativi afferenti alle OSC nel nuovo Regolamento UE n. 1060/2021 e confronto con il Regolamento (UE) n.1303/2013. – 6. (Segue:) Esemplificazione sull'applicazione dei tassi forfettari a copertura dei costi indiretti. – 7. (Segue:) Esemplificazione sull'applicazione del tasso forfettario per i costi ammissibili diversi dai costi di personale diretto. – 8. Conclusioni.

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

<sup>1</sup> Gli autori del saggio sono Giammaria Zilio e Mario Tagarelli. L'abstract è stato curato da Giammaria Zilio e Mario Tagarelli. I paragrafi 1, 2, 3 e 4 sono stati elaborati da Mario Tagarelli, mentre i paragrafi 5, 6, 7 e 8 sono stati elaborati da Giammaria Zilio.



1. Il presente lavoro intende fornire alcuni elementi di orientamento in tema di contributi pubblici erogati attingendo ai Fondi Strutturali e di Investimento Europei e delle relative forme di contabilizzazione e rendicontazione delle spese; vengono posti in rilievo le innovative forme di semplificazione, rese possibili grazie all'utilizzo delle Unità di Costo Standard, e i benefici in termine di riduzione della burocrazia e di migliore gestione delle operazioni finanziate.

La definizione e la regolamentazione dei finanziamenti a tasso forfettario a valere sui fondi europei sono strettamente legate alle politiche e alle normative dell'Unione Europea (UE). L'UE gestisce una varietà di programmi e fondi che mirano a sostenere diversi settori, progetti e iniziative in tutta l'Europa. Quando si tratta di finanziamenti a tasso forfettario, è possibile individuare alcuni elementi chiave a livello legislativo:

- Il Regolamento Finanziario dell'Unione Europea, che stabilisce le norme e le procedure finanziarie che devono essere rispettate quando si utilizzano fondi europei, inclusi quelli assegnati a finanziamenti a tasso forfettario;

- I finanziamenti a tasso forfettario che possono essere inclusi in vari programmi specifici gestiti dall'UE. Possono variare a seconda del programma specifico e della natura dell'uso dei fondi e utilizzati in conformità con i principi fondamentali dell'UE, inclusi quelli legati alla concorrenza, alla trasparenza e alla legalità.

Nell'ambito della Programmazione 2007-2013, nell'ottica di realizzare una maggiore semplificazione delle procedure, è stata introdotta con il Reg. (UE) n. 1083 dell'11 luglio 2006<sup>2</sup> la possibilità per gli Stati Membri di avvalersi di modalità di semplificazione dei costi (opzioni di costo semplificato). Tali opzioni consentono di rendere meno onerosi i processi amministrativi a carico dei beneficiari e delle autorità nazionali e regionali associati alla gestione finanziaria, al controllo e all'audit, riducendo al contempo le possibilità di errore.

Per il periodo di Programmazione 2014-2020, la CE ha proposto di mantenere le opzioni individuate nel ciclo 2007-2013, promuovendo l'utilizzo di opzioni di semplificazione "pronte all'uso". Il Reg. (UE) n. 1303<sup>3</sup> del 17 dicembre 2013 recante le disposizioni comuni per i Fondi SIE, indica le opzioni previste per calcolare la spesa ammissibile delle sovvenzioni e assistenza rimborsabile attraverso costi semplificati. In particolare, a norma dell'art. 67 par. 1 del Reg. (UE) n. 1303/2013, modificato dal Reg. "Omnibus" (UE Euratom) n. 1046 del 18 luglio 2018, che indica quali "forme di rimborso delle spese" con cui l'UE cofinanzia le sovvenzioni. Sono le seguenti:

- Forma delle "opzioni di costo semplificate" (tabelle standard di costi unitari; somme forfettarie; finanziamenti a tasso forfettario;

- Finanziamenti non collegati ai costi delle operazioni (si basano sul rispetto delle condizioni connesse alla realizzazione di progressi nell'attuazione o nel conseguimento degli obiettivi dei programmi di cui all'atto delegato adottato in

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:210:0025:0078:IT:PDF>

<sup>3</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=IT>

conformità del paragrafo 5 bis dell'art. 67 del Reg. UE n. 1303/2013<sup>4</sup>, introdotto dal Reg. "Omnibus").

Nel nuovo periodo di Programmazione 2021-2027 la rilevanza delle "opzioni di costo semplificate" è destinata a crescere ulteriormente, in quanto si tratta semplificando fortemente le attività di gestione e rendicontazione e confermando l'innovativa forma di contabilizzazione e rendicontazione delle spese dei finanziamenti non collegati ai costi delle operazioni in capo ai beneficiari finali.

2. Il ricorso alle opzioni semplificate di costo è limitato nel caso di operazioni o interventi attuati esclusivamente tramite appalti pubblici, mentre laddove l'appalto pubblico nell'ambito di un'operazione o di un progetto facente parte di un'operazione sia limitato a determinate categorie di costi, tutte le opzioni semplificate sono applicabili all'intera operazione o progetto (cfr. art. 67 paragrafo 4, del Reg. 1303/2013).

Le Autorità responsabili dei programmi e gli Organismi delegati, in linea con quanto stabilito dall'art. 67, paragrafo 5 del Reg. (UE) n. 1303/2013, definiscono diverse opzioni per calcolare i costi semplificati. Tali opzioni dovranno essere basate su un metodo di calcolo che sia giusto, equo, verificabile basato su dati statistici.

Si riporta di seguito una breve illustrazione delle tipologie di OSC previste dal Regolamento:

a) Somme forfettarie

Nel caso di importi forfettari, tutti i costi ammissibili o parte dei costi ammissibili di un'operazione, sono calcolati sulla base di un importo forfettario predeterminato.

b) Finanziamento a tasso forfettario

Nel caso di finanziamenti a tasso forfettario, si applica a categorie specifiche di costi ammissibili una percentuale stabilita ex ante per la rendicontazione di una o più categorie diverse di costi indiretti.

L'Autorità responsabile dei programmi e gli Organismi Intermedi, in linea con gli orientamenti generali impartiti dalla CE, definiscono *ex ante* le caratteristiche dei costi diretti, dei costi indiretti nonché quelli del personale, come di seguito riportati.

TAB. 1 - DEFINIZIONE DI COSTO DIRETTO, INDIRETTO E DEL PERSONALE

COSTI DIRETTI	Costi direttamente legati a una singola attività dell'ente laddove il legame con tale singola attività può
---------------	--

<sup>4</sup> Il successivo par. 5 dell'art. 67 definisce le modalità di calcolo degli importi per le tipologie di costi semplificati mentre gli artt. 68, 68 bis, 68 ter specificano, rispettivamente: i) il finanziamento a tasso forfettario dei costi indiretti in materia di sovvenzioni e assistenza rimborsabile (art. 68); ii) le modalità di calcolo dei costi per il personale in materia di sovvenzioni e assistenza rimborsabile (art. 68 bis); iii) il finanziamento a tasso forfettario dei costi diversi dai costi per il personale (art. 68 ter).

	essere dimostrato (ad esempio attraverso la registrazione diretta dei tempi).
<b>COSTI INDIRETTI</b>	Costi che non sono o non possono essere collegati direttamente a un'attività specifica dell'ente in questione. Tali costi comprendono di norma le spese amministrative per cui è difficile determinare esattamente l'importo attribuibile a un'attività specifica.
<b>COSTI DEL PERSONALE</b>	Costi derivanti da un accordo tra il datore di lavoro e il lavoratore o da contratti di prestazione di servizi per il personale esterno (a patto che tali costi siano chiaramente identificabili).

Le categorie di costo che si possono utilizzare in un sistema di finanziamento a tasso forfettario sono riportate nella seguente tabella:

TAB. 2 - LE CATEGORIE DI COSTO

<b>CATEGORIA 1</b>	Costi ammissibili in base ai quali verrà applicato il tasso forfettario per calcolare gli importi ammissibili
<b>CATEGORIA 2</b>	Costi ammissibili che saranno calcolati con il tasso forfettario
<b>CATEGORIA 3</b>	Se del caso, altri costi ammissibili; a tali costi non è applicato il tasso e questi costi non sono calcolati a tasso forfettario

Nell'utilizzo delle OSC mediante tasso forfettario, l'Autorità responsabile dei programmi e gli Organismi delegati devono definire le tipologie dei costi che rientrano in ciascuna categoria sopra riportata: tutte le tipologie di costo sono chiaramente incluse in una di tali categorie:

TAB. 3 - CATEGORIE DI COSTO E TIPOLOGIE DEI COSTI

<b>CATEGORIE DI COSTO</b>	<b>TIPOLOGIE DEI COSTI</b>
<i>Categoria 1</i>	<i>Costi 1,2, n</i>
<i>Categoria 2</i>	<i>Costi 1,2, n</i>
<i>Categoria 3</i>	<i>Costi 1,2, n</i>

L'art. 68<sup>5</sup>, paragrafo 1 lettere a) e b), del Reg. (UE) n.1303/2013 definisce le metodologie da utilizzare per calcolare forfettariamente i costi indiretti.

L'art. 68 bis, paragrafo 1 del Reg. (UE) n.1303/2013 prevede che i costi diretti per il personale di un'operazione possono essere calcolati in base a un tasso forfettario fino al 20% dei costi diretti di tale operazione diversi dai costi per il personale. Ciò significa che soltanto i costi diretti per il personale possono essere calcolati in base a un tasso forfettario (applicato ai costi diretti diversi dai costi per il personale) senza che vi sia l'obbligo di eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile, purché i costi diretti dell'operazione non comprendano appalti pubblici di lavori di valore superiore alla soglia di cui all'art. 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE<sup>6</sup>.

L'art. 68, paragrafo 1, lettera b), del Reg. (UE) n.1303/2013, prevede, per le operazioni che originano costi indiretti, che questi ultimi possano essere calcolati mediante l'applicazione del 15% dei costi diretti ammissibili per il personale, senza necessità di giustificazioni. Pertanto, ai fini della determinazione dell'Unità di Costo Standard (UCS), il calcolo del costo orario tiene conto di tale tasso forfettario, includendo nei costi annui lordi per l'impiego della persona addetta direttamente all'operazione, riportati al numeratore della formula del costo orario, oltre al costo della retribuzione, il 15% dei costi indiretti, conformemente agli orientamenti di cui alla nota EGESIF\_14-0017 su OSC in caso di utilizzo di tabelle standard di costi unitari.

Inoltre, è possibile applicare, ai sensi dell'art. 68 ter, paragrafo 1 e 2 del Reg. (UE) n.1303/2013, un tasso forfettario fino al 40% dei costi diretti ammissibili per il personale per coprire i costi ammissibili residui di un'operazione, senza che vi sia l'obbligo di eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile.

c) Tabelle standard di costi unitari<sup>7</sup>

Nel caso del ricorso a tabelle *standard* di costi unitari, tutti o parte dei costi ammissibili di un'operazione sono calcolati sulla base di attività, *input*, *output* o risultati quantificati, moltiplicati usando tabelle standard di costi unitari predeterminate. Tale opzione può essere usata per qualsiasi tipo di progetto o parte di progetto quando è possibile definire le quantità legate a un'attività e le tabelle standard di costi unitari. Pertanto, le tabelle *standard* di costi unitari possono essere basate sul processo al fine di coprire, con la migliore approssimazione possibile, i costi effettivi di attuazione di un'operazione. Esse possono essere anche basate sui

<sup>5</sup> L'art. 68, paragrafo 1 lettere a) e b), del Reg. (UE) n.1303/2013 definisce le metodologie da utilizzare per calcolare forfettariamente i costi indiretti. Nello specifico è possibile avvalersi di: un tasso forfettario fino al 25% dei costi diretti ammissibili; un tasso forfettario fino al 15% dei costi diretti ammissibili per il personale; un tasso forfettario applicato ai costi diretti ammissibili basato su metodi esistenti e percentuali corrispondenti applicabili nelle politiche dell'Unione per una tipologia analoga di operazione e beneficiario.

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=IT>

<sup>6</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0024>

<sup>7</sup> [http://fondistrutturali.formez.it/sites/all/files/5\\_1\\_2\\_gfsc.pdf](http://fondistrutturali.formez.it/sites/all/files/5_1_2_gfsc.pdf)

risultati (*output* o risultato) o definite in base sia al processo sia al risultato.

d) Finanziamenti non collegati ai costi<sup>8</sup>

Il finanziamento non collegato ai costi, pagabile nei limiti in cui si rispettano determinate condizioni nella realizzazione di progressi o nel conseguimento di obiettivi dei programmi è stato introdotto con il Reg. “Omnibus” e dovrà essere oggetto di procedura di atto delegato da parte della CE.

3. Per la determinazione del contributo pubblico si parte da informazioni oggettive connesse all’UCS relative alla retribuzione dei dipendenti fissata con la contrattazione collettiva nazionale di riferimento.

L’UCS, rimborsabile, dovrà corrispondere al valore del costo orario del personale calcolato. Per la determinazione del costo orario si prende a riferimento il trattamento tabellare corrispondente al profilo di assunzione delle diverse categorie considerando le varie posizioni economiche previsto dal CCNL. Inoltre, l'art. 68, paragrafo 1, lettera b), dell’RDC, prevede per le operazioni che originano costi indiretti che questi ultimi possano essere calcolati mediante l’applicazione del 15% dei costi diretti ammissibili per il personale, senza bisogno di giustificazioni.

Pertanto, ai fini della determinazione dell’UCS, il calcolo del costo orario tiene conto di tale tasso forfettario, includendo nei costi annui lordi, per l’impiego del personale impegnato direttamente all’operazione finanziata, riportati al numeratore della formula del costo orario, oltre al costo della retribuzione, il 15% dei costi indiretti, conformemente agli orientamenti di cui alla nota EGESIF su OSC in caso di utilizzo di tabelle standard di costi unitari.

In coerenza con quanto suggerito dagli esempi applicativi della EGESIF \_14-0017 su OSC e con le prassi già adottate dalle Autorità responsabili dei programmi e Organismi delegati nell’ambito della programmazione 2014-2020 si riporta quanto segue:

Tempo produttivo	N. ore
52 settimane 36 ore	1.872,00
Ferie (28 giorni)	-202,00
Riposi per festività sopresse (4 giorni x 7,12 ore)	-28,48
Festività (12 giorni x 7,12 ore)	-85,44
Ore lavorabili annuali	1.556,08

Si determina in tal modo il costo orario per ogni profilo di assunzione delle diverse posizioni economiche e sulla base del calcolo effettuato così come sopra descritto, si ottengono le UCS per categoria e posizione economica.

<sup>8</sup> [http://fondistrutturali.formez.it/sites/all/files/5\\_1\\_2\\_gfsc.pdf](http://fondistrutturali.formez.it/sites/all/files/5_1_2_gfsc.pdf)

L'ammontare della spesa ammissibile al rimborso a valere su una operazione scaturisce, quindi, dalla moltiplicazione dell'UCS così ottenuta per il numero di ore effettivamente lavorate<sup>9</sup> dalla risorsa assegnata alle attività di progetto.

Al riguardo, si evidenzia che, in base al paragrafo 3.2.3. della Comunicazione della CE 2021/C 200/01, «conformemente all'art. 68 bis, paragrafo 3, dell'RDC, quando si dichiarano le ore effettivamente lavorate, queste non possono superare il numero di ore utilizzate nel metodo di calcolo a norma dell'art. 68 bis, paragrafo 2, dell'RDC. Ciò significa che, se è stato utilizzato come denominatore 1.720 le ore dichiarate non possono superare 1.720. Pertanto, 1.720 ore rappresentano il numero massimo di ore di lavoro che è possibile dichiarare in un'operazione per un periodo di dodici mesi».

#### Determinazione delle UCS

a) Esempio di costo lordo annuo <sup>10</sup> comprensivo del tasso forfettario (15%)	Euro 40.000,00
b) Ore lavorabili annuali	1.556,08
c) Costo orario del personale (a/b)	25,70
d) Unità di Costo Standard	25,70

Dal momento che il contributo è calcolato in base alle ore effettive realizzate dal personale, le relative informazioni devono essere certificate dal soggetto promotore, giustificate ed archiviate in vista dei controlli<sup>11</sup> previsti dai regolamenti UE e dal sistema di gestione e controllo dei Programmi.

Il Regolamento finanziario n. 1046<sup>12</sup> del 2 agosto 2018, anche al fine di ridurre gli oneri amministrativi, ha apportato modifiche al Reg. (UE) n. 1303/2013 con riferimento alle possibilità di OCS introdotte nel 2014, estendendo inoltre a tutti i fondi SIE una serie di opzioni che erano state previste solo per i regolamenti specifici dei fondi (le modifiche apportate dal regolamento finanziario all'art. 68 e i nuovi

<sup>9</sup> Queste non potranno includere, a titolo esemplificativo e non esaustivo, le eventuali ore godute di malattia, ferie, maternità, festività, permessi, congedo matrimoniale, ecc.

<sup>10</sup> I più recenti costi annui lordi per l'impiego documentati

<sup>11</sup> Le verifiche richiedono l'esibizione di documenti giustificativi per comprovare la realizzazione delle attività dichiarate dal soggetto promotore e per attestare che quanto dichiarato è stato realmente realizzato. Le verifiche di cui all'art. 125 paragrafo 5 del Reg. (UE) n.1303/2013, si focalizzano verso gli output e gli aspetti tecnici delle operazioni come specificato al paragrafo 4, lettera a) dello stesso articolo: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013R1303&from=IT>

<sup>12</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/ALL/?uri=CELEX%3A32018R1046>

articoli 68 bis<sup>13</sup> e 68 ter del Reg. (UE) n. 1303/2013 sono applicabili a decorrere dal 2 agosto 2018, data di entrata in vigore del regolamento finanziario).

L'uso dell'art. 68 bis, paragrafo 1 non è obbligatorio ma è facoltativo. Pertanto, "spetta all'Autorità responsabile del programma decidere se utilizzarlo o se utilizzare i costi reali o altre opzioni semplificate in materia di costi, stabilite a norma dell'art. 67, paragrafo 5, dell'RDC".

Il tasso forfettario fino al 20% è definito a livello legislativo e può essere utilizzato senza eseguire obbligatoriamente un calcolo per determinare il "tasso applicabile" fino al 20% nelle seguenti ipotesi:

- i costi diretti dell'operazione non comprendono appalti pubblici;
- i costi diretti dell'operazione comprendono appalti pubblici di lavori di valore inferiore alla soglia di cui all'art. 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE;
- i costi diretti dell'operazione comprendono appalti pubblici di forniture o servizi, indipendentemente dal valore delle soglie stabilite all'art. 4 della direttiva 2014/24/UE o dall'art. 15 della direttiva 2014/25/UE<sup>14</sup>. Solo nel caso in cui i costi diretti dell'operazione comprendono, anche parzialmente, appalti pubblici di lavori di valore superiore alla soglia di cui all'art. 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE, è obbligatorio eseguire un calcolo per determinare il "tasso applicabile" fino al 20%. L'art. 67, paragrafo 5, del regolamento (UE) n. 1303/2013 stabilisce i metodi di calcolo utilizzabili; fermo restando che, a prescindere al metodo utilizzato, è sempre necessario garantire che il fascicolo del progetto sia completo e contenga anche la documentazione che evidenzia in modo accurato e preciso la metodologia utilizzata per determinare il tasso applicabile fino al 20%.

Sulla base di quanto sopra esposto, il tasso forfettario fino al 20% per calcolare i costi diretti per il personale può essere utilizzato anche per le operazioni attuate tramite appalti pubblici.

L'attuazione dell'art. 68 bis, paragrafo 1 necessita che per le operazioni interessate siano definite in anticipo:

- le categorie di costi coperti dal tasso forfettario, ossia i costi diretti per il personale;
- i costi diretti diversi dai costi per il personale, ovvero la base di calcolo su cui applicare il tasso fino al 20%.

<sup>13</sup> In tale contesto, l'art. 68 bis, paragrafo 1, del Reg. (UE) n. 1303/2013 prevede che «I costi diretti per il personale di un'operazione possono essere calcolati in base a un tasso forfettario fino al 20% dei costi diretti di tale operazione diversi dai costi per il personale».

L'art. 68 bis, paragrafo 2, invece, stabilisce che «Ai fini della determinazione dei costi per il personale, una tariffa oraria può essere calcolata dividendo per 1720 ore i più recenti costi annui lordi per l'impiego documentati, per le persone che lavorano a tempo pieno, o per la quota proporzionale corrispondente di 1720 ore, per le persone che lavorano a tempo parziale», precisando al paragrafo 3 che «Quando si applica la tariffa oraria calcolata in conformità del paragrafo 2, il numero complessivo di ore dichiarate per persona per un determinato anno non supera il numero di ore utilizzate per il calcolo di tale tariffa oraria».

<sup>14</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32014L0025>

A tal fine si rammentano le indicazioni contenute nella Comunicazione della Commissione — Orientamenti sull'uso delle opzioni semplificate in materia di costi nell'ambito dei fondi strutturali e di investimento europei (fondi SIE) — versione riveduta (2021/C 200/01<sup>15</sup>) del 27 maggio 2021:

I costi diretti sono costi direttamente collegati all'esecuzione dell'operazione o del progetto per i quali può essere dimostrato un nesso diretto con la singola operazione o il singolo progetto in questione; - i costi indiretti, invece, sono solitamente costi che non sono o non possono essere collegati direttamente all'esecuzione dell'operazione in questione. Tali costi potrebbero comprendere spese amministrative per le quali è difficile determinare con esattezza l'importo attribuibile a un'operazione specifica o a un progetto specifico.

Sulla base di quanto sopra esposto, il tasso forfettario fino al 20% per calcolare i costi diretti per il personale può essere utilizzato anche per le operazioni attuate tramite appalti pubblici. Si ritiene, invece, di dover escludere le operazioni attuate mediante affidamenti *in house*.

Sulla base di quest'ultimo inciso, i costi diretti del personale sono i costi del personale, così come sopra definiti, direttamente collegati all'esecuzione dell'operazione o del progetto, ovvero, i costi del personale per i quali può essere dimostrato un nesso diretto con la singola operazione o il singolo progetto in questione rientrando in tali costi quelli relativi al personale dipendente e/o personale esterno, chiaramente identificabile direttamente coinvolto nell'esecuzione dell'operazione.

Tuttavia, al fine di poter utilizzare l'art. 68 bis, paragrafo 1, è necessario determinare nelle schede dell'intervento che si vuole ammettere a finanziamento, l'ammontare dei costi diretti dell'operazione, diversi dai costi per il personale, ossia, definire la base di calcolo, in modo trasparente, coerente e inequivocabile, alla quale applicare il tasso fino al 20%.

I costi diretti dell'operazione, ovvero i costi collegati direttamente all'esecuzione dell'operazione o del progetto, possono comprendere contributi e appalti pubblici, come sopra evidenziato, anche in considerazione del fatto che «i costi determinati e pagati dal beneficiario sulla base di importi stabiliti tramite appalti pubblici costituiscono costi reali effettivamente sostenuti e pagati a norma dell'art. 67, paragrafo 1, lettera a), dell'RDC» per la singola operazione o il singolo progetto in questione. In relazione a quest'ultimo caso, si precisa che l'eventuale quota di spese per il personale dell'aggiudicatario, ricompresa all'interno del quadro economico dell'appalto pubblico:

- non è assorbita dal tasso forfettario fino al 20%, e
- non va detratta dai costi diretti dell'operazione, per determinare la base di calcolo.

<sup>15</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-ontent/IT/TXT/HTML/?uri=OJ%3AC%3A2021%3A200%3AFULL>



4. Il panorama normativo dell'Unione Europea (UE) ha visto l'implementazione del Regolamento EU 1060<sup>16</sup> del 24 giugno 2021, il quale si propone di rivoluzionare il modo in cui vengono gestiti e presentati i costi in vari settori. Uno degli aspetti chiave di questo regolamento è l'opzione di semplificazione dei costi, una misura progettata per ridurre la complessità e aumentare la trasparenza nei rapporti finanziari delle imprese. Con il Regolamento 1060/2021, la CE va in continuità con le precedenti programmazioni, ai fini della gestione contabile delle spese, dove i Responsabili della gestione dei programmi o gli Organismi delegati dell'attuazione potranno avvalersi dell'utilizzo delle Opzioni di Costo Semplificato. Ancora una volta, vediamo nell'ambito della nuova "Cohesion Policy", come la Commissione sia orientata ad una forte semplificazione delle attività, tra cui quelle legate ai costi, rimanendo di fatto l'innovativa forma di rendicontazione dei Finanziamenti non collegati ai costi delle operazioni che per loro natura, si configurano come forme di rimborso condizionate al raggiungimento di risultati predefiniti.

In questa maniera si semplifica la modalità di rendicontazione perché, piuttosto che rimborsare le spese effettive sulla base delle fatture, il pagamento si baserà sempre di più su rimborsi forfettari, costi unitari o importo forfettario. Saranno ulteriormente incoraggiate le Opzioni Semplificate in materia di Costi snellendo le regole e i metodi di calcolo, fornendo più possibilità di scelta e rendendole obbligatorie per operazioni di piccoli importi e conseguentemente i rimborsi della Commissione alle Autorità responsabili della gestione dei programmi saranno subordinati al raggiungimento di output (risultati/realizzazioni) prestabiliti o al completamento di azioni o processi di attuazione delle politiche.

Di seguito si richiamano i «Principali Riferimenti Normativi» afferenti alle OCS presenti nel Regolamento 1060/2021.

L'art. 51<sup>17</sup> del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina le forme di Contributo di un'operazione:

	Forma di Contributo dell'Unione ai Programmi	Caratteristiche
Art. 51	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Finanziamento non collegato ai costi</li> <li>• Rimborso sostegno fornito ai beneficiari</li> </ul>	Sono volte a semplificare la gestione e a catalizzare la velocità di spesa (stabiliscono un collegamento diretto fra output generati da progetti alquanto standardizzati e rimborsi e,

<sup>16</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=IT>

<sup>17</sup> L'art. 51 del Reg. (UE) n.1060/2021, prevede forme di contributo dell'Unione ai programmi e stabilisce che «il contributo dell'Unione può assumere una delle forme seguenti: a) finanziamento non collegato ai costi delle operazioni pertinenti, in conformità dell'art. 95, e basato su uno degli elementi seguenti: i)il soddisfacimento di condizioni; ii) il conseguimento di risultati [...]» (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>).

	<ul style="list-style-type: none"> <li>• OCS: (i) Costi Unitari, (ii) Somme forfettarie, (iii) Tassi Forfettari</li> <li>• Combinazione dei precedenti</li> </ul>	quindi, sono previsti meno controlli documentali, in quanto conta la verifica del raggiungimento degli output).
--	---	---

L'art. 53<sup>18</sup> del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina le forme di sovvenzioni di un'operazione:

Art. 53	<p>Forme di sovvenzione fornite dagli Stati membri ai beneficiari</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Rimborsi costi effettivamente sostenuti (<i>Costi Reali</i>)</li> <li>• OCS: (i) Costi Unitari, (ii) Somme forfettarie, (iii) Tassi Forfettari</li> <li>• Combinazione dei precedenti</li> <li>• Finanziamento non collegato ai costi</li> </ul> <p>Utilizzo obbligatorio delle OCS</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Costo totale dell'operazione &lt; di € 200.000,00</li> <li>• Eccezione: Operazioni il cui sostegno configura un Aiuto di Stato</li> </ul> <p>Metodi per la determinazione delle OCS</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Metodo di calcolo giusto, equo e verificabile</li> <li>• Progetti di bilancio</li> <li>• OCS applicate nelle politiche dell'Unione per tipologie analoghe di operazioni</li> <li>• OCS applicate a sovvenzioni nazionali per tipologie analoghe di operazioni</li> <li>• OCS previste dal Regolamento Generale o da</li> </ul>	<p>Caratteristiche</p> <p>Sono volte a semplificare la gestione e a catalizzare la velocità di spesa (stabiliscono un collegamento diretto fra output generati da progetti alquanto standardizzati e rimborsi e, quindi, sono previsti meno controlli documentali, in quanto conta la verifica del raggiungimento degli output).</p>
---------	---	--

<sup>18</sup> L'art. 53 del Reg. (UE) n. 1060/2021, presenta elementi di novità rispetto all' art. 67, paragrafo 2 bis del Reg. (UE) n.1303/2013, e stabilisce che «le sovvenzioni fornite dagli Stati membri ai beneficiari possono assumere una delle seguenti forme [...]» (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>).

	Regolamenti specifici	
--	-----------------------	--

L'elemento di novità rispetto al precedente Regolamento è relativo al costo dell'operazione se non supera i 200.000,00 euro il contributo fornito al beneficiario dal fondo assume la di:

- Costi unitari,
- Somme forfettari o
- Tassi forfettari

Di seguito si riporta il confronto tra il Regolamento (UE) n.1060/2021<sup>19</sup> e Regolamento (UE) n.1303/2013:

<p>Regolamento (UE) 2021/1060 Art 53, paragrafo 2</p> <p>Costo dell'operazione non supera i 200.000,00 euro il contributo fornito al beneficiario dal fondo assume la di:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Costi unitari,</li> <li>• Somme forfettari o</li> <li>• Tassi forfettari</li> </ul> <p>Ad eccezione delle operazioni il cui sostegno si configura aiuto di Stato.</p>	<p>Regolamento (UE) 1303/2013 Art. 67, paragrafo 2 bis</p> <p>Nel caso di operazioni o progetti non coperti dalla prima frase del paragrafo 4 (un'operazione o un progetto facente parte di un'operazione sia attuato esclusivamente tramite appalti pubblici di lavori, beni o servizi) e che ricevono sostegno dal FESR e dall'FSE, le sovvenzioni e l'assistenza rimborsabile per le quali il sostegno pubblico non supera 100.000,00 euro assumono la forma di tabelle standard di costi unitari, somme forfettarie o tassi forfettari.</p> <p>Fatta eccezione per le operazioni che ricevono sostegno nell'ambito di aiuti di Stato che non costituiscono aiuti de minimis.</p>
--	--

5. Nella fase di rendicontazione dell'intervento finanziato, e prima della presentazione della domanda di rimborso, il Beneficiario procederà a calcolare il sostegno pubblico a favore dell'operazione tiene conto del sostegno fornito dai fondi e del finanziamento pubblico nazionale:

Finanziamento pubblico nazionale	50 000 EUR
FSE	30 000 EUR
FESR	30 000 EUR

<sup>19</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>

Autofinanziamento ( <i>non è preso in considerazione per determinare il sostegno pubblico a favore del beneficiario</i> )	40 000 EUR
Piano finanziario totale	150 000 EUR
Sostegno pubblico	110 000 EUR

Il sostegno pubblico è pari a 60 000 EUR (FESR+FSE) + 50 000 EUR = 110 000 EUR, importo che è al di sotto della soglia di 200 000 EUR previsto all'art 53, paragrafo 2 Regolamento (UE) 2021/1060.

Nel Reg. (UE) n.1060/2021, all'art. 54<sup>20</sup> sono disciplinati i tassi forfettari a copertura dei costi indiretti di un'operazione:

Art. 54	<p>Tassi forfettari a copertura dei costi indiretti, fino al:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• 7% dei costi diretti ammissibili (calcolo NON richiesto)</li> <li>• 15% dei costi diretti ammissibili per il personale (calcolo NON richiesto)</li> <li>• 25% dei costi diretti ammissibili (calcolo richiesto)</li> </ul>
---------	---

L'elemento di novità risiede nel fatto che è possibile calcolare i costi diretti fino al 7% senza che vi sia un obbligo per lo Stato membro di eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile. Nel precedente Regolamento (UE) n. 1303/2013 l'art. 68 prevedeva un tasso forfettario applicato ai costi diretti ammissibili basato su metodi esistenti e percentuali corrispondenti applicabili nelle politiche dell'Unione per una tipologia analoga di operazione e beneficiario:

Confronto tra il Regolamento (UE) n.1060/2021<sup>21</sup> e Regolamento (UE) n.1303/2013

Art. 54 Regolamento (UE) 2021/1060	Art. 68 Regolamento (UE) 1303/2013
I costi indiretti, derivanti dall'esecuzione di un'operazione, possono essere calcolati forfettariamente:	I costi indiretti, derivanti dall'esecuzione di un'operazione, possono essere calcolati forfettariamente:
Fino al 7% dei costi diretti ammissibili (calcolo NON richiesto)	Un tasso forfettario applicato ai costi diretti ammissibili. Basato su metodi esistenti e percentuali

<sup>20</sup> L'art.54 del Reg. (UE) n.1060/2021, stabilisce che «se si applica un tasso forfettario per coprire i costi indiretti di un'operazione, esso può basarsi su uno degli elementi seguenti: a) fino al 7% dei costi diretti ammissibili, nel qual caso lo Stato membro non è tenuto a eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile [...]» (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>).

<sup>21</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>

	corrispondenti applicabili nelle politiche dell'Unione per una tipologia analoga di operazione e beneficiario
--	---

6. Nella fase di gestione dell'intervento finanziato, e prima della presentazione della domanda di rimborso, il Beneficiario renderà i costi reali dei soli costi diretti del personale e su questi costi verrà riconosciuto un ulteriore 15% che dovrà essere utilizzato dal Beneficiario per la copertura di tutti indiretti necessari all'implementazione del progetto, senza la necessità di doverli rendicontare e dimostrare:

Costi diretti per il personale	Costi diretti ammissibili per il personale = 100 000 EUR	100 000 EUR
Tasso forfettario	15% (non documentabili)	
Costi indiretti	Calcolati con il tasso forfettario = 15% dei costi diretti ammissibili per il personale = $15\% \times 100\ 000 = 15\ 000$ EUR	15 000 EUR
Altri costi diretti		55 000 EUR
Costi totali ammissibili		170 000 EUR

L'art. 55<sup>22</sup> del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina i costi diretti per il personale di una operazione:

<sup>22</sup> L'art. 55 del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina i costi diretti per il personale e stabilisce che « I costi diretti per il personale di un'operazione possono essere calcolati a un tasso forfettario fino al 20% dei costi diretti di tale operazione diversi dai costi diretti per il personale, senza che lo Stato membro sia tenuto a eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile, a condizione che i costi diretti dell'operazione non comprendano appalti pubblici di lavori o di forniture o servizi il cui valore superi le soglie stabilite all'art. 4 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio o all'art. 15 della direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio [...]» (cfr. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>).

Art. 55	<p>Costi diretti per il personale</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Tasso forfettario fino al 20% degli altri costi diretti (calcolo NON richiesto)</li> <li>• Costo del lavoro/1720 ore o pro-quota</li> <li>• Costo del lavoro/media ore lavorate mensili</li> </ul>
---------	---

L'elemento di novità dell'Art. 55 del Regolamento (UE) 2021/1060 rispetto all'art. 68 bis del Regolamento 1303/2013 risiede nel fatto che la condizione per determinare il tasso applicabile è che i costi diretti dell'operazione non comprendano appalti pubblici di lavori o di forniture o servizi il cui valore superi le soglie stabilite all'art. 4 della direttiva 2014/24/UE o all'art. 15 della direttiva 2014/25/UE mentre l'art. 68 bis del Regolamento 1303/2013 non comprendeva solamente i lavori di valore superiore alla soglia di cui all'art. 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE.

Il Regolamento (UE) 2021/1060 all'art. 55 introduce un altro elemento per il calcolo dei costi diretti per il personale. Oltre a dividere i più recenti costi del lavoro lordi documentati, se annui, per 1720 ore nel caso di lavoro a tempo pieno, o per la corrispondente quota proporzionale a 1720 ore, nel caso di lavoro a tempo parziale è possibile determinare i costi diretti per il personale dividendo i più recenti costi del lavoro lordi documentati per il personale, se mensili, per la media delle ore lavorate mensili della persona interessata, in conformità delle norme nazionali applicabili menzionate nel contratto di lavoro o di impiego o nell'atto di impiego:

<p>Art. 55(1) Regolamento (UE) 2021/1060</p> <p>I costi diretti per il personale di un'operazione possono essere calcolati a un tasso forfettario fino al 20% dei costi diretti di tale operazione diversi dai costi diretti per il personale, senza che lo Stato membro sia tenuto a eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile, a condizione che i costi diretti dell'operazione non comprendano appalti pubblici di lavori o di forniture o servizi il cui valore superi le soglie stabilite all'art. 4 della direttiva 2014/24/UE o all'art.15 della direttiva 2014/25/UE,</p>	<p>Art. 68 bis (1) Regolamento 1303/2013</p> <p>I costi diretti per il personale di un'operazione possono essere calcolati in base a un tasso forfettario fino al 20% dei costi diretti di tale operazione diversi dai costi per il personale.</p> <p>Gli Stati membri non sono tenuti a eseguire un calcolo per determinare il tasso applicabile, purché i costi diretti dell'operazione non comprendano appalti pubblici di lavori di valore superiore alla soglia di cui all'art. 4, lettera a), della direttiva 2014/24/UE.</p>
<p>Art. 55(2) Regolamento (UE) 2021/1060</p>	<p>Art. 68 bis (2) Regolamento (UE) 1303/2013</p>

<p>Al fine di determinare i costi diretti per il personale si può calcolare una tariffa oraria in uno dei modi seguenti:</p> <p>a) dividendo i più recenti costi del lavoro lordi documentati per il personale, se annui, per 1 720 ore nel caso di lavoro a tempo pieno, o per la corrispondente quota proporzionale a 1 720 ore nel caso di lavoro a tempo parziale;</p> <p>b) dividendo i più recenti costi del lavoro lordi documentati per il personale, se mensili, per la media delle ore lavorate mensili della persona interessata in conformità delle norme nazionali applicabili menzionate nel contratto di lavoro o di impiego o nella decisione di nomina (denominati atto di impiego).</p> <p>Quando si applica la tariffa oraria calcolata in conformità del paragrafo 2, il totale delle ore dichiarate per persona per un dato anno o mese non supera il numero di ore utilizzato per il calcolo della tariffa oraria.</p>	<p>Ai fini della determinazione dei costi per il personale, una tariffa oraria può essere calcolata dividendo per 1 720 ore i più recenti costi annui lordi per l'impiego documentati, per le persone che lavorano a tempo pieno, o per la quota proporzionale corrispondente di 1 720 ore, per le persone che lavorano a tempo parziale.</p> <p>Quando si applica la tariffa oraria calcolata in conformità del paragrafo 2, il numero complessivo di ore dichiarate per persona per un determinato anno non supera il numero di ore utilizzate per il calcolo di tale tariffa oraria</p>
--	--

L'art. 56<sup>23</sup> del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina i Finanziamenti a tasso forfettario dei costi ammissibili diversi di personale diretto o costi ammissibili residui di un'operazione:

Art. 56	<p>Tasso forfettario per i costi ammissibili diversi dai costi di personale diretto</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Fino al 40% dei costi diretti ammissibili per il personale (calcolo NON richiesto)</li> </ul>
---------	--

L'elemento di novità dell'art. 56 del Regolamento (UE) 2021/1060 rispetto all'art. 68 ter del Regolamento 1303/2013 risiede nell'ultimo paragrafo dell'art. 56, da confrontare con il secondo paragrafo dell'art. 68 ter:

<sup>23</sup> L'art. 56 del Reg. (UE) n.1060/2021, disciplina i Finanziamenti a tasso forfettario dei costi ammissibili diversi di personale diretto o costi ammissibili residui di un'operazione e stabilisce che «Un tasso forfettario fino al 40% dei costi diretti ammissibili per il personale può essere utilizzato per coprire i costi ammissibili residui di un'operazione [...]» (cfr. <https://eur-ex.europa.eu/legalcontent/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32021R1060&from=it>).

Art. 56 paragrafo 3 del Regolamento (UE) 2021/1060	Art. 68 ter paragrafo 2 del Regolamento (UE) 1303/2013
3. Il tasso forfettario di cui al paragrafo 1 non si applica ai costi per il personale calcolati in base al tasso forfettario di cui all'art.55, paragrafo 1 (20% dei costi diretti).	2. Il tasso forfettario di cui al paragrafo 1 non è applicato ai costi per il personale calcolati in base a un tasso forfettario.

7. Nella fase di gestione della rendicontazione di progetto, e prima della presentazione della domanda di rimborso, il Beneficiario renderà i costi reali dei soli costi diretti del personale e su questi costi verrà riconosciuto un ulteriore 40% che dovrà essere utilizzato dal Beneficiario per la copertura di tutti i restanti costi necessari all'implementazione del progetto, senza la necessità di doverli rendicontare e dimostrare:

Costi diretti per il personale	Costi diretti ammissibili per il personale = 100 000 EUR	100 000 EUR
Tasso forfettario	40% (non documentabili)	
Altri costi	Calcolati con il tasso forfettario = 40% dei costi diretti ammissibili per il personale = $40\% \times 100\,000 = 40\,000$ EUR	40 000 EUR
Costi totali ammissibili		140 000 EUR

8. La Guida alle opzioni semplificate in materia di costi, pubblicata dalla Commissione europea a ottobre 2014 (Nota EGESIF\_14-0017) e la Comunicazione della Commissione C2021/C 200/01 (Orientamenti sull'uso delle opzioni semplificate in materia di costi nell'ambito dei fondi strutturali e di investimento europei), forniscono informazioni puntuali circa le modalità di utilizzo di ciascuna tipologia di opzione e chiariscono le modalità di definizione del metodo di calcolo giusto, equo e verificabile. Tale metodologia di calcolo trova fondamento anche nel Regolamento (UE) 1060/2021. Ci troviamo di fronte alla necessità di bilanciare, ancora una volta, la semplificazione con la necessità di rendicontare in modo accurato e trasparente e ciò rappresenta, di fatto, una grande sfida, solo ove si necessario alla necessità di risalire, per ogni euro di spesa cofinanziata, ai singoli documenti giustificativi; questa caratteristica delle opzioni semplificate in materia di costi è fondamentale, perché riduce notevolmente gli sforzi amministrativi necessari per la gestione, consentendo ai beneficiari dei fondi di concentrarsi maggiormente sul raggiungimento degli obiettivi strategici, in quanto la raccolta e la verifica dei documenti (finanziari) comporta un minor dispendio di risorse. L'operatività della metodologia per le



opzioni semplificate in materia di costi a livello dell'UE e degli strumenti basati sui risultati (output o risultato) o definite in base sia al processo sia al risultato non è stata un processo lineare, ma piuttosto ripetitivo. Per molti anni la Corte dei conti europea<sup>24</sup> ha raccomandato a più riprese alla Commissione di incoraggiare ed estendere l'uso delle opzioni semplificate in materia di costi, soprattutto perché sono meno soggette ad errori. La semplificazione consente di ridurre la burocrazia nell'attività di rendicontazione e nelle verifiche di gestione espletate da parte dell'Autorità responsabile del programma e Organismo delegato ai sensi del Regolamento EU 1060/2021 e allo stesso tempo riduce gli errori rendendo affidabile il sistema di gestione e controllo, in quanto vi è di fatto una mitigazione del rischio assicurando, così, all'Organismo indipendente di controllo (Autorità di Audit)<sup>25</sup>, la legalità e regolarità delle spese dichiarate nei conti annuali alla CE e tutelare gli interessi finanziari dell'UE<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> «La Corte dei conti europea è il revisore esterno dell'Unione. Il collegio della Corte è composto da un Membro per ciascuno Stato membro dell'UE ed è sostenuto da un organico di circa 900 persone, di tutte le nazionalità dell'UE» (<https://www.eca.europa.eu/it/history>).

<sup>25</sup> Coerentemente con le disposizioni dell'art. 77 del Reg. (UE) 2021/1060, l'Autorità di audit è responsabile dello svolgimento degli audit dei sistemi, degli audit delle operazioni e degli audit dei conti al fine di fornire alla Commissione una garanzia indipendente del funzionamento efficace dei sistemi di gestione e controllo e della legittimità e regolarità delle spese incluse nei conti presentati alla CE.

<sup>26</sup> Lotta contro la frode e tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/32/lotta-contro-la-frode-e-tutela-degli-interessi-finanziari-dell-unione-europea>

## VITA ACCADEMICA

Danila Certosino

## VITTIME DI REATO CON *STATUS* MIGRATORIO IRREGOLARE E MODALITÀ DI ACCESSO ALLA GIUSTIZIA PENALE\*

SOMMARIO: 1. La particolare vulnerabilità delle vittime migranti. – 2. Il permesso di soggiorno per vittime di violenza domestica. – 3. I permessi di soggiorno speciali per migranti vittime o testimoni di reato: disciplina attuale e prospettive *de jure condendo*.

1. Le condizioni di marginalità in cui spesso versa la popolazione migrante determinano, purtroppo, una maggiore esposizione al rischio di essere vittima di reato. Il catalogo dei reati di cui gli stranieri sono soggetti passivi è assai vasto e spazia dai reati più efferati, a cominciare dalla tratta di esseri umani, alle molteplici ed ordinarie forme di vittimizzazione che rimangono, spesso, sommerse.

In questi ultimi anni, il fenomeno migratorio in continua espansione ha determinato una situazione abbastanza preoccupante: essere un migrante con *status* irregolare è di per sé fonte di vulnerabilità, in quanto aumentando il numero di migranti con *status* irregolare, aumenta anche il numero di potenziali vittime di reato che – di fatto – non hanno accesso effettivo alla giustizia nel momento in cui intendono denunciare una fattispecie di reato.

I migranti con *status* irregolare sperimentano, in effetti, una condizione di particolare vulnerabilità<sup>1</sup> che ostacola l'esercizio del loro diritto di difesa in qualità di

\* Testo della Relazione preparata in vista del *Festival MEDITERRAE 2024. Mediterraneità e confini: Cultura, Migrazioni, Diritti, Sostenibilità*, Taranto, Dipartimento jonico, 11-13 gennaio 2024.

<sup>1</sup> Sulla definizione di vittima vulnerabile cfr., in dottrina, M. Gialuz, *Lo statuto europeo delle vittime vulnerabili*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, Giappichelli, Torino 2012, p. 66 ss.; L. Parlato, *La parola alla vittima. Una voce in cerca di identità e di "ascolto effettivo" nel procedimento penale*, in *Cass. pen.*, 2013, p. 3306 ss.; Ead., *Il contributo della vittima tra azione e prova*, Ed. Torri del vento, Palermo 2012, p. 71 ss., secondo la quale il concetto di vittima vulnerabile compone un microsistema assai variegato che necessita di tenere in considerazione una pluralità di situazioni di natura eterogenea (l'età, il sesso, le condizioni psico-fisiche, la tipologia del delitto subito); S. Quattrocolo, *Vulnerabilità e individual assessment*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 299 ss.

vittime. Infatti, nel momento in cui si rivolgono alle forze dell'ordine per la denuncia del reato subito, tali soggetti finiscono per rivelare il proprio *status* migratorio, esponendosi così al rischio di essere espulsi o sottoposti a procedimento penale. Conseguentemente, si registra una netta riluttanza alla denuncia per gli stranieri irregolari che genera ulteriore emarginazione per questa categoria, un incremento della loro vittimizzazione dovuta al fatto che gli autori del reato possono approfittare del silenzio della persona offesa e l'impossibilità di contrastare efficacemente molti episodi delittuosi presenti sul territorio.

È stato al riguardo condotto uno studio socio-giuridico dedicato all'accesso alla giustizia libero e sicuro per le vittime di reato con *status* migratorio irregolare, con particolare attenzione alla fase di denuncia del reato<sup>2</sup>.

L'indagine si è focalizzata su uno degli effetti collaterali prodotti dalla c.d. *Crimmigration*, ossia la vittimizzazione dei soggetti irregolari, che si potrebbe specularmente definire *Victimigration*<sup>3</sup>.

La ricerca conferma che in Italia i migranti irregolari che si rivolgono alle forze di polizia o a qualunque pubblica autorità per denunciare un reato corrono effettivamente il rischio di subire un procedimento penale o una procedura amministrativa di espulsione. Questo dipende in larga parte dal fatto che le procedure di identificazione funzionali alla denuncia portano all'inevitabile rivelazione della condizione di irregolarità, che – a sua volta – attiva l'obbligo di denuncia del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio.

Si verifica, purtroppo, una sostanziale coincidenza tra i soggetti che devono assistere le vittime migranti irregolari e i soggetti incaricati dell'*enforcement* della

Ad avviso di S. Allegrezza, *La riscoperta della vittima nella giustizia penale europea*, in AA.VV., *Lo scudo e la spada. Esigenze di protezione e poteri delle vittime nel processo penale tra Europa e Italia*, cit., p. 13, nell'attuale legislazione, esistono almeno tre tipi di "supervittime": i bambini vittime di reati sessuali, le donne vittime di reati sessualmente orientati e le cosiddette "vittime collettive" (gruppo etnico, sessuale, religioso oppure vittime di mafia o di terrorismo). Altre categorie di vittime sono invece considerate dimenticate, ovvero quelle dei reati economici, dei reati ambientali, dei reati culturali. In ambito sovranazionale, la Direttiva 2012/29/UE (*che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*) è intervenuta in maniera particolarmente incisiva nei confronti delle vittime con specifiche esigenze di protezione, inquadrando le categorie di riferimento e fornendo loro adeguati strumenti di tutela. Sono oggetto di particolare attenzione, le vittime della tratta di esseri umani, del terrorismo, della criminalità organizzata, della violenza nelle relazioni strette, di violenza o sfruttamento sessuale, della violenza di genere, di reati basati sull'odio nonché le vittime disabili.

<sup>2</sup> Si tratta di uno studio condotto dall'Università degli Studi di Milano. Tale ricerca si inserisce nell'ambito del progetto VisaRoc "*Victims with Irregular migration Status's Afe Reporting Of Crimes*", co-finanziato dall'Unione Europea e coordinato dall'Università di Barcellona in cui sono consorziati enti di ricerca, ONG e pubbliche amministrazioni dislocate in quattro città (Barcellona, Gand, Milano e Utrecht), che si propone di esplorare i profili di tensione tra la protezione delle vittime dell'UE e le politiche di immigrazione, tematica evidenziata anche nella Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025).

<sup>3</sup> Per approfondimenti cfr. S. Taverriti, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, in *Sist. pen. (web)*, 16 novembre 2023.

legge in materia di immigrazione. Infatti, gli agenti di polizia a cui dovrebbero essere indirizzate le denunce di reati da parte delle vittime migranti hanno anche il dovere di denunciare lo *status* di irregolarità degli stessi, con le conseguenze pregiudizievoli che ne derivano quali l'espulsione e il procedimento penale per i reati di cui all'art. 10-*bis* T.U.I. Pertanto, non è possibile impedire lo scambio di dati tra gli operatori sociali (ad es. le organizzazioni di assistenza alle vittime) e le autorità competenti a ricevere le segnalazioni di reato (come gli ispettori del lavoro, la polizia locale, la Procura della Repubblica) da un lato, e i funzionari dell'Ufficio Immigrazione dall'altro.

Nell'ordinamento italiano, l'obbligo di denuncia non conosce eccezioni paragonabili a quelle previste con riguardo all'obbligo di referto gravante sugli operatori medico-sanitari, previste dall'ordinamento per garantire un sereno accesso alle cure anche agli autori di reato (art. 365, comma 2, c.p.) e agli stranieri irregolari (art. 35, comma 5, T.U.I).

In tali fattispecie, l'obbligo di denuncia del migrante irregolare subisce, infatti, un'espressa deroga *ex lege* proprio nell'ottica di garantire l'effettiva tutela del diritto alla salute, pertanto, i medici non sono tenuti a segnalare la condizione di irregolarità della persona che si sottopone alle cure. Le strutture sanitarie sono, quindi, concepite come porti sicuri per i migranti irregolari, mentre non si può dire lo stesso per le stazioni di polizia e – in generale – per le altre strutture pubbliche, considerato che tutte le volte in cui la persona migrante deve esibire un permesso di soggiorno valido può essere denunciata per il suo *status* irregolare, anche nelle situazioni in cui l'interazione con un'autorità pubblica costituisce l'esercizio di un diritto (come il diritto di difesa di una vittima) o l'adempimento di un obbligo pubblico (come la testimonianza in un processo)<sup>4</sup>.

Effettivamente, la denuncia di un reato da parte dello straniero irregolare nel territorio comporta, inevitabilmente, la “rivelazione” della sua condizione e, conseguentemente, l'obbligo di denuncia per le autorità con cui si interfaccia, impedendo, evidentemente, un effettivo accesso alla giustizia. Una situazione che compromette l'esercizio del diritto di difesa sancito dalla Costituzione e riconosciuto ad ogni persona, indipendentemente dal suo *status* amministrativo (art. 24 Cost.), nonché il diritto a non autoincriminarsi (o diritto al silenzio) in base al principio del *nemo tenetur se detegere*.

Gli unici istituti che forniscono una tutela in queste situazioni sono il riconoscimento della protezione internazionale e il rilascio di permessi di soggiorno speciali, che regolarizzano la presenza dello straniero sul territorio favorendone l'integrazione sociale. Tuttavia, questi strumenti sono previsti soltanto per alcune

<sup>4</sup> Sembrano fare eccezione – nella prassi – alcuni Tribunali, in cui i magistrati e la polizia giudiziaria accettano generalmente qualsiasi documento di identificazione e, in alcune situazioni, non richiedono nemmeno un documento di identificazione: una modalità che tutela i migranti irregolari chiamati a deporre. Tuttavia, nella maggioranza dei casi il migrante, chiamato a testimoniare nel processo, non si presenta per timore di essere denunciato per il suo *status* irregolare.

categorie di soggetti. Oltre alla protezione internazionale che può essere riconosciuta solo in presenza di particolari requisiti, i permessi speciali rivolti a vittime/testimoni di reato sono: il permesso di soggiorno speciale per motivi di protezione sociale (art. 18 T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per vittime di violenza domestica (art. 18-bis T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12-*quater*, T.U.I.); il permesso di soggiorno speciale per motivi investigativi (art. 2, d.l. 27 luglio 2005, n. 144) e il permesso di soggiorno per motivi di giustizia (art. 5, comma 2, T.U.I. e art. 11, comma 1, lett. c-*bis*, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394). Nel contesto italiano, quindi, gli ostacoli più significativi, dal punto di vista normativo, derivano dal fatto che i permessi di soggiorno speciali non coprono l'intero spettro dei reati subiti dagli stranieri irregolari e dalla mancanza di un'esenzione dall'obbligo di denuncia per i pubblici ufficiali preposti alla ricezione delle denunce stesse.

2. Con particolare riferimento al permesso di soggiorno speciale per vittime di violenza domestica (art. 18-*bis* T.U.I. - d.lgs. 286/1998), occorre evidenziare come l'art. 59 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla "*Prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne*" (c.d. Convenzione di Istanbul, adottata l'11 maggio del 2011 e ratificata dall'Italia con la l. 27 giugno 2013, n. 77)<sup>5</sup> prevede che gli Stati adottino le misure per garantire che le vittime, il cui *status* di residente dipende da quello del coniuge o del partner, possano ottenere in caso di scioglimento del matrimonio o della relazione, in situazioni particolarmente difficili, un titolo autonomo di soggiorno, indipendentemente dalla durata del matrimonio o della relazione. Tale disposizione ha trovato attuazione nell'ordinamento italiano con l'inserimento ad opera della legge 15 ottobre 2013, n. 119 (cd. legge sul femminicidio)<sup>6</sup> nel Testo Unico

<sup>5</sup> V., al riguardo, G. Battarino, *Note sull'attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 2 ottobre 2013; F. Cassibba, *Le vittime di genere alla luce delle Convenzioni di Lanzarote e di Istanbul*, in M. Bargis-H. Belluta (a cura di), *Vittime di reato e sistema penale*, Giappichelli, Torino 2017, p. 67 ss.; C.D. Leotta, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Utet, Torino 2014, p. 260 ss.; S. Martelli, *Le Convenzioni di Lanzarote e Istanbul: un quadro d'insieme*, in L. Luparia (a cura di), *Lo statuto europeo della vittima di reato. Modelli di tutela tra politiche dell'Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova 2015, p. 31 ss.; M.G. Ruo, *Nell'attuazione dell'accordo Istanbul il rebus del contrasto*, in *Guida dir.*, 37, 2019, p. 56 ss.

<sup>6</sup> Per un commento, cfr., fra i vari contributi, G. Amato, *Si accentua la protezione delle "fasce deboli"*, in *Guida dir.*, 36, 2013, p. 59 ss.; Id., *Giro di vite su violenza sessuale e maltrattamenti*, *ivi*, 44, 2013, p. 77 ss.; F. Bartolini, *Considerazioni su alcune delle misure antiviolenza contenute nella l. n. 119/2013 su sicurezza pubblica e "femminicidio"*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2014, p. 1 ss.; F. Basile, *Violenza sulle donne: modi, e limiti, dell'intervento penale*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 11 dicembre 2013, p. 1 ss.; G. Bellantoni, *Tutela della donna e processo penale: a proposito della legge n. 119/2013*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 641 ss.; E. Buccoliero, *Femminicidio: una legge imperfetta ma che rende le donne meno ricattabili e i minori meno invisibili*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 153 ss.; A. Cisterna, *Dall'allarme sociale per i casi di "femminicidio" un intervento a 360 gradi su sicurezza e giustizia (decreto legge 14 agosto 2013 n. 93)*, in *Guida dir.*, 36, 2013, p. 57 s.; Id., *Con un riequilibrio delle esigenze di sicurezza il*

dell'immigrazione (d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286, cd. T.U.I.) dell'art. 18-*bis*, ai sensi del quale il Questore, quando siano accertate situazioni di violenza o abuso ed emerga un concreto e attuale pericolo per l'incolumità della persona offesa, rilascia un permesso per consentire alla vittima straniera, priva di permesso di soggiorno, di sottrarsi alla violenza domestica.

Secondo l'art. 3 della Convenzione di Istanbul l'espressione "violenza domestica" designa tutti gli atti di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra attuali o precedenti coniugi o partner, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima<sup>7</sup>. Affinché tale permesso di soggiorno possa essere rilasciato, devono in particolare essere riscontrate violenze domestiche o abusi nei confronti di una persona migrante nel corso di indagini o procedimenti penali per uno dei seguenti reati: maltrattamenti contro familiari e conviventi (art. 572 c.p.); lesioni personali, semplici e aggravate (artt. 582 e 583 c.p.); mutilazioni genitali femminili (art. 583-bis c.p.); sequestro di persona (art. 605 c.p.); violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.); atti persecutori (art. 612-*bis* c.p.); matrimonio forzato (art. 558-*bis* c.p.); nonché per uno qualsiasi dei delitti per i quali il codice di procedura penale prevede l'arresto obbligatorio in flagranza (art. 380 c.p.p.).

*provvedimento arriva sul "banco di prova",* *ivi*, 44, 2013, p. 73 ss.; A. Diddi, *Chiaroscuri nella nuova disciplina sulla violenza di genere*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2014, p. 91 ss.; D. Donati, *La violenza contro le donne*, in [www.questionegiustizia.it](http://www.questionegiustizia.it), 16 dicembre 2013; C. Iasevoli, *Pluralismo delle fonti e modifiche al c.p.p. per i delitti commessi con violenza alla persona*, in *Dir. pen. proc.*, 2013, p. 1390 ss.; C.D. Leotta, voce *Femminicidio*, in *Dig. disc. pen.*, VIII Agg., Utet, Torino 2014, p. 248 ss.; E. Lo Monte, *Repetita (non) iuvant: una riflessione a caldo sulle disposizioni penali di cui al recente d.l. n. 93/2013, con. in l. 119/2013, in tema di "femminicidio"*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 12 dicembre 2013; F. Macri, *Le nuove norme penali sostanziali di contrasto al fenomeno della violenza di genere*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 1 ss.; A. Marandola, *Nuove norme in materia di violenza di genere. Aspetti processuali*, in *Studium iuris*, 2014, p. 527 ss.; A. Merli, *Violenza di genere e femminicidio*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 10 gennaio 2015; F. Occhiogrosso, *La legge sul femminicidio: un'occasione mancata*, in *Min. giust.*, 1, 2014, p. 148 ss.; G. Pavich, *Le novità del decreto-legge sulla violenza di genere: cosa cambia per i reati con vittime vulnerabili. Un esame critico delle nuove norme sostanziali e processuali del d.l. n. 93/2013 riguardante i delitti in danno di soggetti deboli*, in *Dir. pen. cont. (web)*, 24 settembre 2013; P. Pittaro, *La legge sul femminicidio: le disposizioni penali di una complessa normativa*, in *Fam. dir.*, 7, 2014, p. 715 ss.; R. A. Ruggiero, *La tutela processuale della violenza di genere*, in *Cass. pen.*, 2014, p. 2352 ss.; N. Stolfi, *Brevi note sulle nuove norme introdotte dalla L. 119/2013 in materia di violenza di genere*, in *Riv. pen.*, 2014, p. 657 ss.; F. Trapella, *Fattispecie di femminicidio e processo penale. A tre anni dalla legge sulla violenza di genere*, in *Dir. pen. cont. (trim)*, 2, 2017, p. 21 ss.

<sup>7</sup> La definizione di violenza domestica si rinviene, altresì, nell'ambito dell'art. 3, comma 1, d.l. n. 93 del 2013, conv. con modif. nella l. n. 119 del 2013, secondo cui «si intendono per violenza domestica uno o più atti, gravi ovvero non episodici, di violenza fisica, sessuale, psicologica o economica che si verificano all'interno della famiglia o del nucleo familiare o tra persone legate, attualmente o in passato, da un vincolo di matrimonio o da una relazione affettiva, indipendentemente dal fatto che l'autore di tali atti condivide o abbia condiviso la stessa residenza con la vittima».

Per una completa disamina sulle tappe del cammino legislativo in tema di violenza domestica e di genere cfr. N. Triggiani, *L'ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge "Codice Rosso", tra effettive innovazioni e novità solo apparenti*, in *Proc. pen. e giust.*, 2, 2020, p. 451 ss.

Il permesso di soggiorno può essere rilasciato dal Questore anche quando le situazioni di violenza o abuso emergano nel corso di interventi dei centri antiviolenza o dei servizi sociali specializzati nell'assistenza delle vittime di violenza; ai fini del rilascio è, comunque, sempre richiesto il parere dell'autorità giudiziaria e lo scopo è quello di fornire protezione alla vittima.

Il permesso di soggiorno per le vittime di violenza domestica ha la durata di un anno e può essere revocato in caso di condotta incompatibile con le finalità dello stesso, oppure se vengono meno le condizioni che ne hanno giustificato il rilascio.

È appena il caso di sottolineare che la persona migrante cui viene rilasciato il permesso di soggiorno per violenza domestica non può essere condannata per il reato in precedenza commesso di ingresso e soggiorno irregolare, trovando applicazione l'articolo 10-*bis*, comma 6, T.U.I. il quale prevede che il giudice pronunci sentenza di non luogo a procedere nell'ambito del procedimento penale a carico dello straniero nei cui confronti sia stato rilasciato il permesso di soggiorno *ex art. 18-bis* T.U.I.

Va, tuttavia, evidenziato, come tale norma sia stata fortemente avversata dalle associazioni e centri antiviolenza, ritenendola contraria alla Convenzione di Istanbul.

I rilievi critici si sono focalizzati soprattutto sul ridotto contenuto dell'art. 18-*bis* T.U.I. rispetto a quanto previsto dall'art. 59 della Convenzione di Istanbul, che – come si è visto – stabilisce che gli stati adottano le misure per «garantire che le vittime, il cui *status* di residente dipende da quello del coniuge o del partner, conformemente al loro diritto interno, possano ottenere in caso di scioglimento del matrimonio o della relazione, in situazioni particolarmente difficili, un titolo autonomo di soggiorno, indipendentemente dalla durata del matrimonio o della relazione».

La tutela apprestata dalla l. 119/2013 – che ha appunto introdotto l'art. 18 *bis* T.U.I. – non deriva, infatti, dal mero stato di vittima, ma è vincolata al requisito del pericolo grave e attuale alla sua incolumità, che rappresenta solo le situazioni di alto rischio. In teoria, in assenza di un grave e attuale pericolo, la donna straniera non ha diritto al permesso di soggiorno pur se vittima di violenza domestica.

Inoltre, il pericolo deve derivare dalla scelta di sottrarsi alla violenza o quale conseguenza delle dichiarazioni rese, requisito che di fatto fa dipendere la possibilità di conseguire un autonomo titolo di soggiorno dall'attiva partecipazione al processo penale – come è implicito nella necessità del parere del pubblico ministero – e dalla possibilità di farsi seguire da servizi sociali specializzati che attesteranno il rischio per l'incolumità.

Sarebbe stato, invece, più aderente alla Convenzione di Istanbul assicurare alla donna straniera, a motivo della sua particolare vulnerabilità, la possibilità di un soggiorno legale per il solo fatto di essere vittima, per tutto il periodo necessario al superamento delle difficoltà derivanti dalla stessa condotta violenta subita.

Il requisito aggiuntivo del pericolo grave e attuale all'incolumità previsto per le vittime straniere finisce, quindi, per determinare un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle vittime italiane.



Va, poi, evidenziato un altro aspetto: la legge n. 119 del 2013 non ha recepito l'indicazione avanzata dalle avvocate dei centri antiviolenza dell'associazione D.i.Re. di svincolare il rilascio del titolo di soggiorno dalla presentazione della denuncia da parte della donna seguendo lo schema del permesso di protezione sociale definito dall'articolo 18 d.lgs. 286/1998, che affianca al percorso giudiziario anche quello sociale; di conseguenza, rimane presupposto dell'accesso alla misura di protezione il parere positivo del pubblico ministero e, quindi, la presentazione di una querela, ignorando che le donne migranti hanno molta paura di rivolgersi alle autorità perché temono fortemente di essere espulse.

Lo strumento è stato, così, indebolito perché dopo la presentazione della querela le donne migranti senza permesso di soggiorno si ritrovano a vivere una situazione di attesa e di precarietà che aggrava la loro vulnerabilità e le espone ad ulteriori e più gravi forme di violenza, compromettendo fortemente il buon esito del loro percorso di uscita dalla violenza<sup>8</sup>.

3. Soffermandoci ora sull'effettività di tutti i permessi di soggiorno speciali per i migranti vittime o testimoni di reato, occorre, al riguardo, evidenziare come tali strumenti sono stati scarsamente utilizzati nella prassi. Il Ministero dell'Interno pubblica annualmente dati sul numero totale di permessi di soggiorno rilasciati in Italia e i più recenti ne confermano il limitato impiego<sup>9</sup>.

Considerato che al 1° gennaio 2022 gli stranieri presenti in Italia sono stati stimati in 506 mila unità, i permessi rilasciati ai migranti vittime o testimoni di reato nella

<sup>8</sup> Merita sottolineare come la Giurisprudenza di merito, in una delle prime pronunce sul permesso di soggiorno per violenza domestica, ha statuito che «il pericolo per la incolumità deve essere inteso quale diritto alla salvaguardia della integrità personale della vittima oggetto di tutela della norma, tale da ricomprendere anche le possibili pressioni psicologiche che, pur non connotate da atti di lesioni che attingano il fisico della persona, influiscano sulla libertà di autodeterminazione della vittima anche rispetto alle sue scelte di vita, non ultime quelle riguardanti la libertà di autodeterminazione nel corso delle indagini o del processo, considerando che la vittima migrante si trova in una condizione di maggiore debolezza, sia per la mancanza di figure familiari di vicinanza e sostegno, sia per il rischio di perdere definitivamente la possibilità di usufruire del permesso di soggiorno ottenuto per ricongiungimento e di dover tornare in patria riportando con sé i figli, ponendo anche questi ultimi in una situazione di sofferenza». In questi termini, Trib. Bari, Sez. immigrazione e protezione internazionale, Sent. 18 gennaio 2021, consultabile in [www.marinacastellaneta.it](http://www.marinacastellaneta.it).

Le pressioni psicologiche (nel caso di specie, l'ex marito, per il tramite della figlia, avrebbe fatto sapere alla donna che se fosse tornata a vivere con lui le avrebbe permesso di rinnovare il permesso di soggiorno) influiscono, quindi, sulla incolumità e sulla libertà della donna inducendola a ritornare a vivere col marito, con pericolo di una violenza, pur di ottenere la possibilità di rimanere in Italia.

<sup>9</sup> Secondo gli ultimi dati pubblicati sul sito del Ministero dell'interno ([www.interno.gov.it](http://www.interno.gov.it)), per l'anno 2022 risultano 643 permessi speciali per motivi di protezione sociale (art. 18 T.U.I.); 109 permessi speciali per violenza domestica (art. 18-bis T.U.I.); 29 permessi speciali per particolare sfruttamento lavorativo (art. 22, comma 12-quater, T.U.I.); 21 permessi per motivi investigativi (L. 31 luglio 2005, n. 155); 73 permessi per motivi di giustizia (art. 11, comma 1, c-bis, d.P.R. 31 agosto 1999, n. 394), per un totale di 875 permessi speciali.

prassi non hanno avuto un impatto significativo, essendo stati rilevati nella misura di 875.

Tra le ragioni che scoraggiano la denuncia, oltre a fattori di carattere culturale, il più delle volte le persone migranti non sono a conoscenza dell'esistenza dei permessi speciali, o comunque non sarebbero in grado di gestire la procedura da sole. Peraltro, il rilascio del permesso non è immediato né automatico e non tutti possono "permettersi" un periodo di attesa. Per l'effettività dei percorsi di denuncia sicura è, quindi, evidente la centralità del supporto esterno, il cui funzionamento dipende dall'organizzazione a livello locale, ossia dall'effettiva presenza, all'interno di un determinato contesto, di iniziative locali che realizzino programmi speciali di protezione sociale. La mancanza sul territorio di questi programmi può comportare l'impossibilità di accedere al percorso sociale, impedendo di fatto il rilascio dei permessi speciali.

La possibilità di accedere a tali permessi può variare, quindi, significativamente a seconda della diffusione territoriale delle associazioni autorizzate, che realizzano i programmi speciali di protezione sociale. Peraltro, i Questori e i Procuratori della Repubblica hanno un'ampia discrezionalità nel sostenere il rilascio di un permesso speciale a livello locale: ciò può creare una situazione di disomogeneità geografica nell'utilizzo dei permessi, con le autorità di alcune aree particolarmente inclini e preparate all'uso dei permessi speciali, rispetto a quelle di altre province. Non basta, dunque, la presenza nell'ambito territoriale di programmi di protezione sociale: è necessaria un'efficace collaborazione tra gli operatori sociali e le varie autorità coinvolte.

Gli operatori sociali svolgono un ruolo fondamentale di assistenza alle vittime di reato con uno *status* di migrazione irregolare, costituendo un punto di riferimento a cui rivolgersi, sia per denunciare i reati subiti senza interfacciarsi direttamente con la pubblica autorità, sia per l'inserimento in percorsi sociali ai fini della regolarizzazione. Per una buona riuscita del percorso di denuncia sicura è fondamentale l'adozione di un approccio c.d. *multi-agency*, tramite il quale le ONG e gli enti anti-tratta hanno un canale privilegiato di comunicazione con la Commissione territoriale per l'asilo e gli attori istituzionali (polizia, autorità giudiziaria, prefetture) al fine di un'efficace cooperazione volta all'identificazione delle vittime che hanno diritto a permessi speciali. In questo modo, è possibile denunciare il reato senza esporsi a conseguenze sfavorevoli, anzi attivando un percorso di regolarizzazione e l'inserimento in programmi di protezione.

Sono stati poi riscontrati ulteriori limiti che – nella prassi – impediscono l'ingresso in percorsi di denuncia sicura anche per coloro che avrebbero diritto ad un permesso speciale. I fattori emergenti spaziano dalla difficoltà delle vittime a concepirsi come tali e a svincolarsi dalla rete criminale, alla ritrosia nel relazionarsi con le autorità per la mancanza di fiducia nelle stesse. Altri elementi di ostacolo alla denuncia si

rinvengono, poi, nel timore di ripercussioni negative e nella predilezione per la “tutela” offerta dalla propria rete di riferimento.

In conclusione, anche in considerazione del forte accentramento delle competenze in materia di immigrazione e di prevenzione e contrasto della criminalità vigente in Italia, si prospetta necessaria una riforma del quadro giuridico rilevante per la tematica, da perseguire attraverso l'estensione dei permessi di soggiorno per vittime di reato, ovvero con l'istituzione di una deroga all'obbligo di denunciare i migranti per la loro condizione di irregolarità, nel momento in cui accedano al sistema penale per cercare protezione in qualità di vittime.

A livello locale, occorrerebbe un potenziamento delle prassi che favoriscono la denuncia sicura per le vittime di reato irregolari, consolidando, come si è visto, l'approccio *multi-agency* attraverso la costruzione di solide reti locali formalizzate attraverso protocolli.

Appare, poi, necessaria l'istituzione di *hub* locali in cui raccogliere le denunce, valutando anche la possibilità di introdurre uno sportello informativo e di assistenza all'interno dell'Università; infine, si propone l'istituzione di una prassi che suggerisca agli operatori di non richiedere l'esibizione di un valido titolo di soggiorno laddove ciò non sia strettamente necessario<sup>10</sup>.

In ultimo, occorre rivolgere l'attenzione verso gli orizzonti di tutela conseguibili a livello sovranazionale attraverso gli strumenti di armonizzazione previsti dall'Unione Europea. Al riguardo, risulta particolarmente significativa la Proposta di modifica della direttiva 2012/29/UE, *che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza protezione delle vittime di reato*, che prevede l'inserimento dell'art. 5-*bis*, volto ad introdurre nuove norme tese a favorire la denuncia da parte delle vittime, tra cui spicca la possibilità di presentare denuncia servendosi di tecnologie dell'informazione e della comunicazione facilmente accessibili e di agevole utilizzo (comma 1), ma soprattutto la norma di cui al comma 5, in cui si prevede che «Gli Stati membri provvedono affinché alle autorità competenti che entrano in contatto con una vittima che denuncia un reato sia vietato trasferire alle autorità competenti per la migrazione dati personali relativi allo *status* di soggiorno della vittima, almeno fino al completamento della prima valutazione individuale di cui all'articolo 22».

Si pensi, poi, ad una potenziale estensione della tutela offerta dal diritto al silenzio alle vittime di reato con *status* migratorio irregolare: i fattori che scoraggiano la denuncia finiscono, di fatto, per escludere questi soggetti dall'accesso equo ed effettivo alla giustizia e questo comporta non solo una violazione del diritto di difesa, ma anche degli obblighi positivi di tutela sanciti dalla CEDU, che impongono allo Stato

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, S. Taverriti, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, cit.

di adottare i presidi necessari per la tutela dei diritti degli individui senza discriminazioni<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> V., ancora, S. Taverriti, *L'accesso alla giustizia penale per le vittime di reato con status migratorio irregolare*, cit.

Lorenzo Pulito

## DONNE MIGRANTI E VIOLENZA DI GENERE NEL CONTESTO GIURIDICO SOVRANAZIONALE\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'esigenza di contrastare la violenza di genere sulla base di un fondamento comune: il caso esemplificativo della tratta e delle indagini a mezzo squadre investigative comuni. – 3. L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul. – 4. La proposta della Commissione europea di una direttiva sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica. – 5. Prospettive future. – 6. Riflessioni conclusive.

1. Le innovazioni legislative interne in materia di violenza di genere evidenziano singolari coincidenze temporali rispetto al contesto internazionale ed europeo<sup>1</sup>.

Questo “sincronismo” si riconnette alla ratifica di convenzioni internazionali (come nel caso della l. 27 giugno 2013, n. 77<sup>2</sup> di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Istanbul<sup>3</sup>), alla trasposizione di atti di diritto dell'Unione europea (si

\* Testo della relazione redatta in vista del Festival Mediterrae 2024 (Taranto, Dipartimento Jonico dell'Università di Bari Aldo Moro, 11-13 gennaio 2024).

<sup>1</sup> Lo evidenzia A. Di Stasi, *Introduzione*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2023, p. 20.

<sup>2</sup> Su cui cfr. G. Battarino, *Note sulla attuazione in ambito penale e processuale penale della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica*, in *Dir. pen. cont.*, 2 ottobre 2013, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica. Sulla Convenzione di Istanbul, v., tra gli altri, S. De Vido, M. Frulli (eds.), *Preventing and Combating Violence Against Women and Domestic Violence. A Commentary on the Istanbul Convention*, Edward Elgar, Cheltenham, 2023; S. De Vido, *Donne, Violenza e diritto internazionale: la Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa del 2011*, Mimesis, Milano, 2016; E. D'Ursel, *La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes: une révolution silencieuse?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 113, 2018, p. 29 ss.; L. Grans, *The Istanbul Convention and the Positive Obligation to Prevent Violence*, in *Human Rights Law Review*, 1, 2018, p. 133 ss.; J. Jones, *The European Convention on Human Rights (ECHR) and the Council of Europe Convention on Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*, in R. Manjoo, J. Jones (eds.), *The Legal Protection of Women from Violence: Normative Gaps in International Law*, Routledge, Abingdon, New York, 2018, p. 139 ss.; R.J.A. McQuigg, *Istanbul Convention, domestic violence and Human Rights*, Routledge, London, New York, 2017; J. Niemi, L. Peroni, V. Stoyanova, *International Law and violence against women: Europe and the Istanbul Convention*, Routledge, Abingdon, Oxon, New York, 2020; G. Pascale, *L'entrata in vigore della Convenzione di Istanbul sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la*

pensi al d.lgs. 15 dicembre 2015, n. 212 con cui si è data attuazione alla direttiva 2012/29/UE<sup>4</sup>) oppure alla risposta ordinamentale a pronunce di condanna del nostro Paese emanate dalla Corte europea di Strasburgo (è noto come la l. 19 luglio 2019 n. 69, c.d. “Codice rosso”<sup>5</sup>, sia stata “ispirata” dal caso Talpis<sup>6</sup>).

Questo sistema “integrato”, “reticolare”, multilivello di tutela offre numerosi vantaggi, tra i quali la possibilità di investigare e contrastare più efficacemente i reati.

2. Tra le forme di violenza che riguardano particolarmente le donne migranti e di cui si occupano le fonti sovranazionali si collocano, in particolare, le mutilazioni genitali femminili, il matrimonio forzato e la tratta di donne e ragazze: quest’ultima non è contemplata nella Convenzione di Istanbul, ma da una Convenzione del Consiglio d’Europa<sup>7</sup> e, sul versante dell’ordinamento dell’Unione europea, dalla direttiva 2011/36/UE<sup>8</sup>, che rappresenta la prima misura di cooperazione giudiziaria

*violenza domestica*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2014, p. 1 ss.; D. Šimonovics, *Global and Regional Standards on Violence Against Women: The Evolution and Synergy of the CEDAW and Istanbul Conventions*, in *Human Rights Quarterly*, 3, 2014, p. 590 ss.; F. Staiano, *The Italian Implementation of the Council of Europe Convention on Violence Against Women and Victims’ Rights to Reparations*, in *The Italian Yearbook of International Law*, 24, 2015, p. 269 ss.

<sup>4</sup> Direttiva 2012/29/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI, del 25 ottobre 2012, in *GUUE L* 315/57, del 14 novembre 2012. In dottrina, v. L. Lupária (a cura di), *Lo statuto europeo delle vittime di reato. Modelli di tutela tra diritto dell’Unione e buone pratiche nazionali*, Cedam, Padova, 2015.

<sup>5</sup> A riguardo, N. Triggiani, *L’ultimo tassello nel percorso legislativo di contrasto alla violenza domestica e di genere: la legge ‘Codice Rosso’*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2020, p. 451 ss.

<sup>6</sup> Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 2 marzo 2017, ricorso n. 41237/14, Talpis c. Italia. Per un commento, v. M. Castellaneta, *I ritardi e le misure inadeguate per combattere il fenomeno della violenza contro le donne rappresentano delle violazioni*, in *Guida dir.*, 14, 2017, p. 102 ss.; R. Conti, *Violenze in danno di soggetti vulnerabili tra obblighi (secondari) di protezione e divieto di discriminazione di genere. Corte EDU, 2 marzo 2017, Talpis c. Italia, ric n. 41237/14 (non definitiva)*, in *Questione Giustizia*, 23 marzo 2017; A. Di Stasi, *Il diritto alla vita e all’integrità della persona con particolare riferimento alla violenza domestica (artt. 2 e 3 CEDU)*, in Ead. (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo e l’impatto nell’ordinamento interno (2016-2020)*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 18 ss.

<sup>7</sup> Convenzione del Consiglio d’Europa sull’azione contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005, ratificata dall’Italia con legge 2 luglio 2010 n. 108, ed entrata in vigore il 1° febbraio 2008.

<sup>8</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, del 5 aprile 2011, in *GUUE L* 101 del 15 aprile 2011. A riguardo, M.G. Giammarinaro, *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1, 2012, p. 15 ss. Sull’attuazione della direttiva, avvenuta tramite il d.lgs. 4 marzo 2014, n. 24, v. M. Montanari, *L’attuazione italiana della direttiva 2011/36/UE: una nuova mini-riforma dei delitti di riduzione in schiavitù e tratta di persone*, in *Dir. pen. cont.*, 20 marzo 2014.

penale in materia di lotta al crimine transnazionale, adottata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, al fine di realizzare lo Spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia<sup>9</sup>.

Ciascuna fattispecie, densa di sollecitazioni, meriterebbe una trattazione diffusa, ma per ragioni di contenimento dei tempi mi soffermerò sulla tratta. Non mi soffermerà sulla fattispecie criminosa, in quanto ciò sarà oggetto di altro specifico intervento, mentre il mio contributo vuole soffermarsi sull'indagine e sul contrasto di tale fenomeno criminoso, spesso di dimensione transnazionale, onde dimostrare i significativi vantaggi offerti dal ricorso agli strumenti di cooperazione introdotti a livello dell'UE. Se ne potrà concludere che, così come per la tratta, anche per la violenza di genere il contrasto al fenomeno potrà essere efficace se affrontato in una dimensione sovranazionale.

L'*Eurojust Report on Trafficking in Human Beings, Best practice and issues in judicial cooperation*<sup>10</sup> del febbraio 2021, in cui si sottolinea la complessità di perseguire i casi transfrontalieri di tratta di esseri umani, perché vi è un ruolo preminente dei gruppi criminali organizzati, effettua un'analisi sistematica delle numerose indagini cui l'Agenzia europea ha prestato il proprio supporto.

Da tale analisi risulta quanto sia decisivo il contributo offerto in queste inchieste non solo dal supporto di Eurojust, ma anche dal ricorso a strumenti di cooperazione, primo fra tutti quello delle squadre investigative comuni (s.i.c.)<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Per questo rilievo e per più ampie considerazioni sulla tutela europea delle donne migranti vittime di tratta si rinvia a V. Tevere, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, Gutenberg ed., Salerno, 2021, p. 92.

<sup>10</sup> Consultabile all'indirizzo <https://www.eurojust.europa.eu/publication/eurojust-report-trafficking-human-beings>.

<sup>11</sup> Su cui, v., in dottrina, E. Bakker-J. Powderly, *Dealing with transnational terrorism, the concept and practice of Joint Investigation Teams*, in *Security and Human Rights*, 1, 2011, p. 19 ss.; G. Barrocu, *La cooperazione investigativa in ambito europeo. Da Eurojust all'ordine d'indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2017, p. 143 ss.; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, in F. Ruggieri (a cura di), *Processo penale e regole europee: atti, diritti, soggetti e decisioni*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 17 ss.; A. Cisterna, *Al Pm un ruolo decisivo nella predisposizione e direzione dell'attività*, in *Guida dir.*, 15, 2016, p. 57 ss.; G. De Amicis, *Il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34: l'attuazione delle squadre investigative comuni nell'ordinamento italiano*, in T. Bene, A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria internazionale. I decreti legislativi di attuazione*, in *Il Penalista, Speciale riforma*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 52 ss.; C. Ferrara, *La decisione quadro n. 2002/465/G.A.I. del 13 giugno 2002 istitutiva delle squadre investigative comuni*, in L. De Matteis, C. Ferrara, F. Licata, N. Piacente, A. Venegoni, *Diritto penale sostanziale e processuale dell'Unione europea. Il diritto e la procedura penale negli strumenti legislativi dell'Unione europea*, vol. I, Exeo, Padova, 2011, p. 133 ss.; R.M. Geraci, *Le squadre investigative comuni. Uno studio introduttivo*, Giappichelli, Torino, 2017; C. Gualtieri, *Joint Investigation Teams*, in *ERA Forum*, 2, 2007, p. 233 ss.; G. Iuzzolino, *Le squadre investigative comuni*, in G.M. Armone, B.R. Cimini, F. Gandini, G. Iuzzolino, G. Nicastro, A. Pioletti, *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 47 ss.; L. Klimek, *Joint Investigation Team in the European Union*, in *Internal Security*, 1, 2012, p. 63 ss.; A. Mangiaracina, *Verso nuove forme di cooperazione giudiziaria: le squadre investigative comuni*, in *Cass. pen.*, 6, 2004, p. 2189 ss.; A. Marandola, *La cooperazione investigativa transnazionale: le squadre investigative comuni*, in *Il Penalista*, 20 aprile 2016; M.R. Marchetti, *Ratificato l'accordo Italia-Svizzera per una migliore assistenza giudiziaria in materia penale*

I *joint investigation teams* assolvono alla funzione di unire gli inquirenti di due o più Stati differenti i quali, grazie a questo istituto, possono accertare e reprimere, dialogando direttamente e operando congiuntamente, fenomeni criminosi transfrontalieri.

Per effetto del necessario atto istitutivo che viene siglato si viene a creare uno “spazio investigativo comune”, unitario, non frammentato dai confini nazionali, costituito dalla somma dei territori degli Stati che hanno sottoscritto l’accordo, nella quale i componenti del *team* possono compiere tutti gli atti investigativi e di ricerca della prova necessari a realizzare le finalità per le quali l’*équipe* è stata istituita. Le autorità miste (giudiziarie e di polizia) nazionali che compongono la squadra sono pertanto legittimate ad agire, oltre che nel proprio territorio, anche in quello degli Stati facenti parte del gruppo investigativo.

E ciò senza dover ricorrere a farraginose forme di assistenza giudiziaria, tanto di tipo tradizionale, come le rogatorie, quanto improntate al principio del mutuo riconoscimento.

Nell’Unione europea la disciplina delle squadre investigative comuni è stata introdotta dall’art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all’assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23 agosto 2005, e dalla successiva Decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002. All’attuazione di quest’ultima fonte nel nostro Paese si è provveduto adottando, il 15 febbraio 2016, il decreto legislativo n. 34<sup>12</sup>.

(II), in *Dir. pen. proc.*, 2002, p. 111 ss.; G. Melillo, *Tecniche investigative speciali e squadre investigative comuni*, in G. Illuminati (a cura di), *Prova penale e unione europea*, Atti del Convegno “L’armonizzazione della prova penale nell’Unione europea”, Bologna University Press, Bologna, 2009, p. 93 ss.; Id., *Il tormentato cammino delle squadre investigative comuni fra obblighi internazionali e legislazione nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 1, 2008, p. 121 ss.; M. Perrotti, *Squadre investigative comuni in ambito euro unitario. Dalla decisione quadro alla normativa nazionale*, in *Dir. pen. proc.*, 8, 2016, p. 1007 ss.; M. Plachta, *Joint Investigation Teams: A New Form of International Cooperation in Criminal Matters*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2, 2005, p. 284 ss.; M. Pronk, T. Schalken, *On joint investigation teams, Europol and supervision of their joint actions*, *ivi*, 1, 2002, p. 70 ss.; A. Scella, *Verso le squadre investigative comuni: lo scenario italiano*, in *Quest. giust.*, 5, 2010, p. 137 ss.; Id., *Squadre investigative comuni*, in Aa.Vv., *Investigazioni e prove transnazionali. Atti del XXX Convegno nazionale dell’Associazione tra gli studiosi del processo penale* (Roma, 20-21 ottobre 2016), Giuffrè, Milano, 2017, p. 141 ss.; T. Spapens, *Joint investigation teams in the European Union: Article 13 JITS and the alternatives*, in H.J. Albrecht, A. Klip (eds.), *Crime, Criminal Law and Criminal Justice in Europe*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2013, p. 439 ss.; A. Vitale, *Le squadre investigative comuni*, in L. Filippi, P. Gualtieri, P. Moscarini, A. Scalfati (a cura di), *La circolazione investigativa nello spazio giuridico europeo: strumenti, soggetti, risultati*, Cedam, Padova, 2010, p. 67 ss.; nonché, volendo, L. Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Cacucci, Bari, 2023.

<sup>12</sup> D.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, recante «Norme di attuazione della decisione quadro 2002/465/ GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa alle squadre investigative comuni», in *G.U.*, 10 marzo 2016, n. 58. Per un primo inquadramento, cfr. R. Belfiore, *Le squadre investigative comuni nel decreto legislativo n. 34/2016*, in *Cass. pen.*, 10, 2016, p. 3886 ss.; L. Camaldo, *Le squadre investigative comuni: la normativa di attuazione dopo una lunga attesa (d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34)*, *cit.*, p. 17 ss.; E. Gonzato, *Squadre investigative comuni: l’Italia finalmente recepisce la decisione quadro 2002/465/GAI*,



La norma contenuta nella Convenzione di Bruxelles, invece, è stata attuata dall'Italia in tempi più recenti (ad opera del d.lgs. n. 149 del 2017<sup>13</sup>, che ha modificato il Libro XI del codice di procedura penale relativo ai rapporti giurisdizionali con

in *Eurojus*, 14 marzo 2016, p. 1 ss. In tempi più recenti, sul tema, v. R. Belfiore, *Joint Investigation Teams in the Italian Legislation Implementing Framework Decision 2002/465/JHA*, in T. Rafaraci, R. Belfiore (eds.), *EU Criminal Justice Fundamental Rights, Transnational Proceedings and the European Public Prosecutor's Office*, Springer, Cham, 2018, p. 131 ss.; G. De Amicis, *Horizontal Cooperation*, in R.E. Kostoris (ed.), *Handbook of European Criminal Procedure*, Springer, Cham, 2018, p. 273 ss.; U. Liberatore, *Il ruolo della cooperazione transnazionale di polizia in Europa nel settore della tutela degli interessi economico-finanziari dell'Unione. Punto di situazione e possibili dinamiche evolutive, anche alla luce dell'istituzione dell'European Public Prosecutor Office*, in *Quaderno della Rivista Trimestrale della Scuola di Perfezionamento per le Forze di Polizia*, 2, 2021, spec. p. 87 ss.; M.R. Marchetti, *Rapporti giurisdizionali con autorità straniere*, in M. Bargis (a cura di), *Compendio di procedura penale*, 10<sup>a</sup> ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 1014 ss.; F. Spiezia, *Indagini di criminalità organizzata e reati transnazionali. Le varie forme di cooperazione internazionale*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, 4, 2017, spec. p. 113 ss.; G. Varraso, *Ordine europeo di indagine penale e squadre investigative comuni*, in A.M. Maugeri (a cura di), *Stati generali della lotta alle mafie. Tavolo XV – "Mafie e Europa"*, in *Dir. pen. cont.*, 5 aprile 2019, p. 181 ss.

<sup>13</sup> D.lgs. 3 ottobre 2017, n. 149, recante «Disposizioni di modifica del Libro XI del Codice di procedura penale in materia di rapporti giurisdizionali con autorità straniere», in *G.U.*, 16 ottobre 2017, n. 242, entrato in vigore il 31 ottobre 2017. In dottrina, v. G. Di Paolo, *La riforma della disciplina codicistica delle rogatorie internazionali (d.lg. 3 ottobre 2017, n. 149)*, in *Cass. pen.*, 10, 2018, p. 3425 ss. Tale decreto costituisce esercizio della delega conferita con l. 21 luglio 2016, n. 149, recante «Ratifica ed esecuzione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000, e delega al Governo per la sua attuazione. Delega al Governo per la riforma del libro XI del codice di procedura penale. Modifiche alle disposizioni in materia di estradizione per l'estero: termine per la consegna e durata massima delle misure coercitive», in *G.U.*, 4 agosto 2016, n. 181, sulla quale v. in dottrina, tra gli altri, E.N. La Rocca, *La legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri UE*, in *Arch. pen. (web)*, 3, 2016, p. 1 ss.; F. Ruggieri, *La legge delega in tema di cooperazione penale internazionale. La montagna ha partorito un topolino?*, in *Proc. pen. giust.*, 2, 2017, p. 310 ss.; E. Selvaggi, *Un passo decisivo verso il restyling della cooperazione*, in *Guida al dir. dossier*, 5, 2016, p. 31 ss.; Id., *Mutua assistenza, sparisce l'intervento ministeriale*, *ivi*, p. 36 ss.; N. Triggiani, *In divenire la disciplina dei rapporti giurisdizionali con autorità straniere: appunti sulla l. 21 luglio 2016, n. 149*, in *Dir. pen. cont.*, 5 ottobre 2016, p. 1 ss. Con D.lgs. 5 aprile 2017, n. 52, in *G.U.*, 27 aprile 2017, n. 97, entrato in vigore il 22 febbraio 2018, sono state poi dettate «Norme di attuazione della Convenzione relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea, fatta a Bruxelles il 29 maggio 2000». A commento, v. L. Camaldo, *L'attuazione della Convenzione di Bruxelles del 2000: l'assistenza giudiziaria in materia penale assume una configurazione a "geografia variabile"*, in *Dir. pen. cont.*, 7-8, 2017, p. 202 ss.; B. Galgani, *Assistenza giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri dell'Unione europea*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 456 ss.; S. Monici, *Emanate le norme di attuazione della Convenzione di assistenza giudiziaria in materia penale del 29 maggio 2000: quali margini operativi in vista dell'(imminente) trasposizione della direttiva sull'ordine europeo di indagine penale?*, in *Eurojus*, 3 maggio 2017; L. Salazar, *Genesis della Convenzione. La tardiva ratifica e la sua attuale operatività*, in M.R. Marchetti, E. Selvaggi (a cura di), *La nuova cooperazione giudiziaria penale. Dalle modifiche al codice di procedura penale all'ordine europeo di indagine*, Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2019, p. 195 ss.; E. Selvaggi, *Un ammodernamento diventato necessario per tutti gli Stati UE*, in *Guida dir.*, 25, 2017, p. 45 ss.; F. Trapella, *Il provvedimento che attua la Convenzione di Bruxelles del 2000: una lunga gestazione e un destino incerto*, in *Proc. pen. giust.*, 1, 2018, p. 114 ss.

autorità straniere e ha introdotto l'art. 729-*quinquies* c.p.p., in materia di squadre investigative comuni<sup>14</sup>).

Ma i *joint investigation teams* possono essere istituiti da Stati dell'UE con Paesi terzi, sulla scorta di altre basi giuridiche. Queste ultime, con riferimento ad indagini per tratta, possono individuarsi nell'art. 20 del Secondo Protocollo Addizionale alla Convenzione europea di assistenza giudiziaria in materia penale e nell'art. 19 della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale (UNTOC), adottata a Palermo nel 2000).

Si comprende bene perché le s.i.c. rappresentino uno strumento efficace ed efficiente da utilizzare nei casi di tratta di esseri umani, in cui sono coinvolte diverse giurisdizioni (di origine, transito e sfruttamento delle vittime), consentendo tra gli investigatori una collaborazione dinamica e proattiva, flessibile e rapida nell'adeguare le misure investigative al fluire delle cangianti circostanze che si prospettano in ogni singola indagine concreta, giovandosi del supporto, anche finanziario, di Eurojust, o anche di Europol e di Frontex.

Le s.i.c. sono risultate molto utili anche nel recupero dei proventi del reato e nello svolgimento di indagini finanziarie.

Come si ricava dal *Financial investigation handbook on trafficking in human beings* dell'ALEFA-*Association of Law Enforcement Forensic Accountants*, la tratta di esseri umani è un grande business e frutta ai trafficanti profitti stimati in 150 miliardi di dollari l'anno. Il guadagno finanziario è il principale incentivo per le reti criminali organizzate e privarle dei loro proventi rappresenta il modo più efficace per smantellarle. Tuttavia, solo l'1,2% dei proventi illeciti viene confiscato nell'Unione europea, lasciando il 98,8% a disposizione dei criminali<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> Su tale norma v. F. Giunchedi, C. Santoriello, sub *Art. 729-quinquies c.p.p.*, in A. Gaito (a cura di), *Codice di Procedura Penale commentato (on line)*, Wolters Kluwer, 2023. V. anche M. Chiavario, *Diritto processuale penale*, 9ª ed., Wolters Kluwer Utet, Torino, 2022, p. 1375 ss.; A. Diddi, *I rapporti internazionali*, in F. Cerqua, A. Diddi, A. Marandola, G. Spangher, *Manuale teorico-pratico di diritto processuale penale*, Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 1093; G. Diotallevi, sub *Art. 729-quinquies c.p.p.*, in A. Marandola (a cura di), *Cooperazione giudiziaria penale*, cit., p. 221 s.; A. Gaito, *Rogatorie*, in O. Dominioni, P. Corso, A. Gaito, G. Spangher, N. Galantini, L. Filippi, G. Garuti, O. Mazza, G. Varraso, F.R. Dinacci, M. Bontempelli, E.M. Mancuso, C. Iasevoli, *Procedura penale*, 8ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 1193; M.R. Marchetti, sub *Art. 729-quinquies c.p.p.*, in A. Giarda, G. Spangher (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, 6ª ed., Wolters Kluwer, Milano, 2023, t. III, p. 3057 ss.; S. Ruggeri, sub *Art. 729-quinquies c.p.p.*, in H. Belluta, M. Gialuz, L. Lupária (a cura di), *Codice sistematico di procedura penale*, 6ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 898; P. Spagnolo, sub *Art. 729-quinquies c.p.p.*, in G. Illuminati, L. Giuliani (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura penale*, 3ª ed., Wolters Kluwer Cedam, Milano, 2020, p. 3538 s.; C. Valentini, *Cooperazione giudiziaria internazionale*, in A. Scalfati, A. Bernasconi, A. De Caro, M. Menna, C. Pansini, A. Pulvirenti, N. Triggiani, C. Valentini, D. Vigoni, *Manuale di diritto processuale penale*, 4ª ed., Giappichelli, Torino, 2023, p. 1115 s.

<sup>15</sup> In [http://www.alefa.eu/ckeditor\\_upload/uploads/files/165804-ALEFA-E-Publication-updated\\_14%2003%2019%20v%20edit%20with%20NO%20contacts.pdf](http://www.alefa.eu/ckeditor_upload/uploads/files/165804-ALEFA-E-Publication-updated_14%2003%2019%20v%20edit%20with%20NO%20contacts.pdf).

Una delle ragioni di questi dati risiede nel fatto che gli autori di questi reati fanno ricorso al metodo ḥawāla<sup>16</sup> (o hundi), un sistema informale di trasferimento di valore che consente pagamenti a beneficiari remoti senza alcun trasferimento fisico di contanti.

Sono in corso studi, ricerche e riflessioni congiunte da parte di Europol, Eurojust e di altri attori europei per individuare le opportune soluzioni volte a superare tali difficoltà investigative<sup>17</sup> che – evidentemente – non possono che essere affrontate facendo fronte comune.

3. Tornando ad un discorso più generale sulla violenza contro le donne, specialmente delle più vulnerabili come le migranti, occorre evidenziare come tale tema sia stato e sia tutt'ora al centro degli obiettivi strategici dell'UE.

Due recenti tappe, dense di prospettive future, meritano di essere richiamate.

Una è rappresentata dall'adesione alla Convenzione di Istanbul da parte dell'Unione, che le permetterà di confermare il proprio impegno a combattere la violenza contro le donne nel proprio territorio e a livello globale, ed a rafforzare l'attuale azione politica e il quadro giuridico sostanziale esistente nel settore del diritto processuale penale.

La Convenzione di Istanbul è stata firmata a nome dell'Unione il 13 giugno 2017 e la procedura è stata completata con il deposito di due strumenti di approvazione il 28 giugno 2023, attivando il 1° ottobre 2023 la sua entrata in vigore per l'Unione.

La ratifica da parte dell'UE è espressamente prevista dalla Convenzione di Istanbul (art. 75) e rientrava tra le priorità dell'attuale Commissione von der Leyen, come emerge dalla Strategia per la parità di genere 2020-2025<sup>18</sup>.

L'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul non è solo un atto politico: dal punto di vista giuridico implica dei chiari obblighi di attuarne le disposizioni in capo

<sup>16</sup> Hawala (gestito dai cosiddetti hawaladar) è un sistema informale di trasferimento di valore che consente pagamenti a beneficiari remoti senza alcun trasferimento fisico di contanti. Per iniziare un trasferimento, chi effettua il bonifico versa un importo a hawaladar A. Dopo aver addebitato una commissione, hawaladar A contatta la sua controparte, hawaladar B, e lo informa che gli è stato affidato un importo che può essere immediatamente pagato a un beneficiario presso la sede di B. Le transazioni possono essere effettuate in entrambi i modi. Di tanto in tanto, A e B bilanciano i loro conti; questa è l'unica transazione che può comportare un trasferimento fisico di denaro tra i due hawaladar. Il sistema si basa interamente sulla fiducia tra gli operatori. Nella maggior parte dei paesi, l'hawala non è considerata un'attività illegale, perché sostiene anche le persone che non possono beneficiare dell'inclusione finanziaria (la situazione tipica è quella di un lavoratore in un Paese che restituisce una parte del proprio reddito al Paese di origine). Tuttavia, poiché non è regolamentato e le transazioni sono difficili da tracciare, è altamente vulnerabile alle attività di riciclaggio di denaro.

<sup>17</sup> Si vedano i materiali del seminario *Financial Investigation of Trafficking in Human Beings*, organizzato dall'ERA a Tessalonica il 14-15 luglio 2022, reperibili in [https://era-comm.eu/countering-thb/wp-content/uploads/sites/44/2023/02/322DT101f\\_SC\\_EN.pdf](https://era-comm.eu/countering-thb/wp-content/uploads/sites/44/2023/02/322DT101f_SC_EN.pdf).

<sup>18</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 5 marzo 2020, *Un'Unione dell'uguaglianza: la strategia per la parità di genere (2020-2025)*, COM (2020) 152 final.

all'UE e ai suoi Stati membri. L'UE dovrà adeguare, nei limiti delle competenze attribuitele dai trattati, la propria normativa alla Convenzione<sup>19</sup>.

4. Il secondo passaggio che merita di essere richiamato è la proposta di Direttiva sulla lotta alla violenza nei confronti delle donne e alla violenza domestica, che è stata avanzata dalla Commissione europea l'8 marzo 2022<sup>20</sup>.

Questa proposta è riconducibile alla citata strategia per la parità, ma ha un significativo rilievo anche nell'ottica della Strategia dell'UE sui diritti delle vittime 2020-2025<sup>21</sup>, nelle cui "azioni chiave" non mancano espliciti riferimenti alle «vittime migranti».

La proposta dichiara apertamente di colmare una lacuna nel diritto unionale, in cui non esiste una legge che affronti specificatamente la violenza di genere e domestica<sup>22</sup>.

Gli obiettivi della proposta sono declinati all'art. 1.

Mira a fissare (a) norme minime riguardanti la criminalizzazione di alcune condotte; in maniera inedita rispetto alla Convenzione di Istanbul, anche quelle di cyber-violenza.

Quali basi giuridiche adotta l'art. 82, par. 2, TFUE – che consente il ravvicinamento procedurale nelle materie penali aventi «dimensione transnazionale» – e l'art. 83, par. 1, TFUE, che consente al Parlamento europeo e al Consiglio, deliberando mediante direttive secondo la procedura legislativa ordinaria, di stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni in talune «sfere di criminalità» particolarmente gravi che presentano una «dimensione transnazionale» intrinseca o legata alla particolare necessità di combatterli su basi comuni.

Ora, tra tali sfere la criminalità informatica è menzionata esplicitamente, ma non così per la violenza contro le donne o alla violenza domestica per la quale bisogna fare leva, non senza difficoltà<sup>23</sup>, su quella dello «sfruttamento sessuale delle donne e dei minori».

<sup>19</sup> Per alcune considerazioni sulle prospettive derivanti dall'impegno dell'Unione europea nel contrasto alla violenza contro le donne per effetto della conclusione della Convenzione di Istanbul, cfr. C. Morini, *La questione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul alla luce del parere 1/19 della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Freedom, Security and Justice: European Legal Studies*, 3, 2021, p. 136 ss.

<sup>20</sup> Commissione europea, Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla lotta alla violenza contro le donne e alla violenza domestica, COM (2022) 105 final.

<sup>21</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 24 giugno 2020, *Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, COM (2020) 258 final.

<sup>22</sup> Per una panoramica sui contenuti della proposta, cfr. A. Pitrone, *Il lungo (ed incidentato) percorso della lotta alla violenza contro le donne nell'Unione europea. Dalla questione dell'adesione alla Convenzione di Istanbul alla proposta di una direttiva "ad hoc"*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 3, 2022, p. 692 ss.

<sup>23</sup> Su tali aspetti E. Bergamini, *The Proposal for a EU Directive on Combating Violence Against Women and Domestic Violence*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, cit., spec. p. 29 e 40.

L'alternativa, incoraggiata da ONG come *European Women's Lobby*, sarebbe stata quella di includere il reato di violenza contro le donne come euro-crimine, richiedendo un voto unanime abbastanza improbabile in seno al Consiglio (articolo 83, paragrafo 1, seconda frase)<sup>24</sup>.

Ancora, la proposta mira a fissare norme minime riguardanti (b) i diritti delle vittime di tutte le forme di violenza contro le donne o di violenza domestica prima, durante o dopo il procedimento penale, nonché riguardanti (c) la protezione e l'assistenza delle vittime.

A grandi linee, in tema di accesso alla giustizia, la direttiva proposta risponde al problema della scarsità di denunce riguardanti gli atti di violenza perpetrati contro le donne: dando spazio a nuove modalità di denuncia (anche online o tramite altre tecnologie dell'informazione e della comunicazione); incoraggiando le segnalazioni da parte di chiunque sia a conoscenza di tali reati o nutra sospetti; eliminando per i professionisti del settore, quali ad esempio gli operatori sanitari o gli psichiatri, l'ostacolo a segnalare un fondato sospetto di rischio imminente di danno fisico grave, rappresentato dalle norme previste a tutela della riservatezza; garantendo, in caso di denunce da parte di minorenni, che queste siano sicure, riservate, a misura di minore.

Richiede (all'art. 17) che i reati di violenza contro le donne e di violenza domestica siano oggetto di indagini e di azioni penali efficaci, che vi siano competenze e risorse sufficienti e che le condotte che configurano stupro siano perseguibili d'ufficio.

Assicura un'azione preventiva: vale a dire una valutazione individuale specifica per identificare le esigenze di protezione e di sostegno delle vittime (artt. 18-19).

La vita privata della vittima trova protezione all'articolo 22, secondo cui le prove o le domande relative alla vita privata della vittima, in particolare quelle riguardanti il suo comportamento sessuale passato, possano essere ammesse, ai fini delle indagini penali e dei procedimenti giudiziari, solo se strettamente necessarie in quanto funzionali all'esercizio dei diritti della difesa.

Ancora, si occupa del supporto specialistico alle vittime, specificamente legato alla tipologia di reato subito (artt. 27-30).

In chiave soggettiva, l'art. 35 dispone che venga prestata un'assistenza specifica alle vittime appartenenti a gruppi esposti a un maggior rischio di violenza contro le donne o di violenza domestica, quali sono «le donne migranti prive di documenti, le donne richiedenti protezione internazionale, le donne che fuggono da conflitti armati».

5. L'adozione di tale Direttiva potrebbe apparire superflua alla luce dell'adesione dell'UE alla Convenzione di Istanbul, eppure la loro interazione sinergica appare importante: da una parte, «la Convenzione guiderà l'azione legislativa UE, auspicabilmente anche nel senso di un più marcato approccio di genere al diritto

<sup>24</sup> Lo ricorda S. De Vido, *A first insight into the EU proposal for a Directive on countering violence against women and domestic violence*, in *EJIL:Talk!*, 7 aprile 2022.

europeo» e, dall'altra, «la Direttiva costituirà lo strumento espansivo della Convenzione di Istanbul (rispondendo alla violenza facilitata dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, ad esempio) e l'azione degli Stati membri dell'UE sarà soggetta al controllo della Commissione per il tramite della procedura di infrazione»<sup>25</sup>.

Aggiungasi che, onde attuare la Convenzione, l'Unione dovrà altresì adeguare la propria normativa in materia migratoria al capitolo VII della Convenzione di Istanbul e, in materia di protezione delle vittime, al capitolo IV della Convenzione.

Merita di essere ricordato che la Commissione ha elaborato una proposta di direttiva presentata il 12 luglio 23 (COM(2023)424, proposta vittime), che andrà a modificare quella 2012/29, ritenuta inadeguata a prevenire la vittimizzazione secondaria (si veda l'analisi dell'*European Parliament Research Service* di luglio 2023), migliorando anche il diritto al risarcimento<sup>26</sup>.

Ora, la «valutazione dell'attuazione della Direttiva 2012/29 sui diritti delle vittime da reato non potrà che tenere conto per la sua revisione della Convenzione di Istanbul e della proposta di Direttiva»<sup>27</sup>.

Altro aspetto di rilievo si riconnette alla circostanza che la Convenzione di Istanbul è stata sì firmata da tutti gli Stati membri dell'Unione europea, ma Bulgaria, Repubblica ceca, Ungheria, Lettonia, Lituania e Slovacchia non ne sono ancora divenute parte: ebbene, la convenzione «“entrerà” nel loro sistema giuridico per il tramite, e nei limiti delle competenze attribuite dai Trattati, del diritto derivato dell'Unione europea». Indipendentemente dalla sua ratifica, per tutti gli Stati membri dell'UE e per l'Unione stessa «la Convenzione costituirà strumento interpretativo del diritto europeo già in vigore»<sup>28</sup>.

Non ultima per importanza la circostanza che l'UE, in conseguenza dell'adesione alla convenzione, è soggetta alla procedura di monitoraggio e valutazione da parte del GREVIO (*Group of experts on Action against violence against women and domestic violence*)<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa: il ruolo delle organizzazioni della società civile a tutela delle donne*, in *Sist. pen.*, 13 luglio 2023. Secondo quanto auspicato nella Risoluzione del Parlamento europeo del 6 ottobre 2021 sull'impatto della violenza da parte del partner e dei diritti di affidamento su donne e bambini, P9\_TA(2021)0406, par. 6, la Convenzione di Istanbul dovrebbe «essere considerata una norma minima» idonea a fornire all'Unione l'ispirazione per compiere «ulteriori progressi per eliminare la violenza di genere e domestica».

<sup>26</sup> M. Castellaneta, *Vittime di reato: la Commissione presenta la nuova proposta di direttiva*, in [www.marinacastellaneta.it](http://www.marinacastellaneta.it), 2 ottobre 2023.

<sup>27</sup> S. De Vido, *L'adesione dell'Unione europea alla Convenzione di Istanbul del Consiglio d'Europa*, cit.

<sup>28</sup> S. De Vido, *ivi*.

<sup>29</sup> Su cui V. Tevere, *La tutela internazionale dei diritti delle donne vittime di violenza Riflessioni giuridiche in una prospettiva di genere*, cit., p. 34 ss.

6. Sia a livello nazionale che sovraordinato le norme giuridiche volte a contrastare la violenza contro le donne, anche migranti, non sembrano mancare, neppure in prospettiva *de jure condendo*.

La sfida per il futuro è che ad esse si accompagni un più alto grado di effettività.

E ancora: una sollecitazione che viene dal Comitato ONU garante dell'applicazione della Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti delle donne (Comitato CEDAW), e che riguarda l'Italia.

Tale Comitato, con decisione del 18 luglio 2022, ha condannato l'Italia per il mancato rispetto di tale convenzione perché il giudizio all'origine del caso (di violenza sessuale) era stato pesantemente condizionato da stereotipi e pregiudizi di genere (sussistenti financo nei provvedimenti giurisdizionali), raccomandandosi di promuovere una formazione puntuale e capillare sugli stereotipi sessisti che impediscono alle donne di accedere, in condizione paritaria, alle aule di giustizia rivolta a magistratura, avvocatura e forze di polizia; di promuovere, sempre indirizzandoli a questi nonché al «personale addetto all'applicazione della legge e [al] personale medico», programmi specifici sulla dimensione giuridica, culturale e sociale della violenza contro le donne e sulle discriminazioni di genere; di prevedere strategie per il monitoraggio delle sentenze con strumenti di denuncia e controllo dei casi di stereotipizzazione giudiziaria<sup>30</sup>.

L'auspicio è che l'evoluzione normativa sia accompagnata da una necessaria rivoluzione culturale, condizione primaria per l'efficace e effettivo contrasto al fenomeno, insieme alla particolare necessità di combattere tali reati sulla base di un fondamento comune.

<sup>30</sup> A.G. Lana, *Le violazioni della Convenzione europea dei diritti umani riscontrate nella più recente giurisprudenza della Corte EDU in casi di violenza domestica*, in A. Di Stasi, R. Cadin, A. Iermano, V. Zambrano (a cura di), *Donne migranti e violenza di genere nel contesto giuridico internazionale ed europeo*, cit., p. 656 ss.

Angelica Riccardi

## LA CERTIFICAZIONE DEI CONTRATTI DI LAVORO\*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il dibattito “politico”. – 3. Le criticità sul piano applicativo. – 4. Considerazioni conclusive.

1. La certificazione è stata configurata sin dalla sua introduzione come un istituto “anfibo”, diretto da una parte alla qualificazione giuridica dei rapporti di lavoro, dall’altra alla rimodulazione delle tutele relative attraverso processi di c.d. volontà assistita<sup>1</sup>.

L’inquadramento teorico dell’istituto è stato in un primo periodo discusso – con il paradosso che uno strumento che nasce per qualificare contratti di lavoro ha, almeno all’inizio, causato una *querelle* quanto alla sua stessa qualificazione –, ma successivamente il dibattito si è sufficientemente assestato nell’ascrivere la certificazione al *genus* degli atti a contenuto valutativo, e segnatamente, all’interno dei provvedimenti dichiarativi, fra gli atti di “certazione”<sup>2</sup>.

È stato infatti rilevato che, stante la carenza di poteri ispettivi e di indagine in capo agli organi della certificazione, non appare possibile assegnare la natura di accertamento, neppure amministrativo, all’atto di certificazione, che deve dunque essere configurato quale un atto di certazione *sui generis*: non mera dichiarazione di scienza, ma risultato di una valutazione tecnico giuridica di un testo negoziale. L’atto finale del procedimento *de quo* è dunque una “certazione”, cioè il conferimento di pubblica fede<sup>3</sup> alla qualificazione pattizia del contratto.

\* Relazione introduttiva tenuta al Convegno *Certificazione e tipologie contrattuali non standard. Stato dell’arte e prospettive* - Taranto, 10 novembre 2022.

<sup>1</sup> Si vedano gli articoli 75, 81 e 82 del D.Lgs. n. 276/2003.

<sup>2</sup> Ripercorre questo dibattito A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in M. Magnani, P.A. Varesi (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali, Commentario ai Decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Giappichelli, Torino 2005, pp. 595 ss.

In tema v. anche L. Nogler, *Procedure di certificazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna 2004, pp. 869 ss.

<sup>3</sup> *Ex art.* 78, comma 2, lett. d), D.Lgs. n. 276/2003.



Successivamente il raggio di azione della certificazione si è progressivamente ampliato, sia sul piano dell'ambito di operatività sia sul piano delle funzioni ascritte all'istituto, con una serie di interventi legislativi.

Quanto al primo versante, particolarmente significativa è stata la legge n. 183/2010, che ha dilatato l'area in cui si ha l'intervento qualificatorio degli organi di certificazione e ha messo in connessione questo istituto con le procedure di soluzione stragiudiziale dei conflitti di lavoro<sup>4</sup>.

A seguito di questo intervento del legislatore, il procedimento di certificazione non trova più limitazione alle ipotesi dapprima tassativamente elencate nell'art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003<sup>5</sup>, ma è utilizzabile per ogni tipologia contrattuale, nominata o innominata. La versione novellata di questa norma stabilisce, infatti, che possono essere oggetto di certificazione tutti «i contratti in cui sia dedotta, direttamente o indirettamente, una prestazione di lavoro», ricomprendendo pertanto nell'ambito di questa procedura, oltre ai contratti di lavoro subordinato, i contratti di subfornitura, i contratti d'opera, i contratti di appalto<sup>6</sup>, e, più in generale, ogni contratto di natura commerciale in cui vengano in rilievo prestazioni lavorative<sup>7</sup>.

Quanto al versante funzionale, si è registrato uno sviluppo analogo, con la progressiva assegnazione alla certificazione di nuovi compiti, che si sommano alle funzioni originarie di qualificazione dei contratti e assistenza alle parti per la determinazione del suo contenuto<sup>8</sup>. Allo stato, infatti, la certificazione può essere sede per l'esperimento del tentativo di conciliazione ex 410 c.p.c., può riguardare singole clausole contrattuali (quali clausole appositive del termine, clausole elastiche e flessibili nei contratti *part-time*), può investire le tipizzazioni di giusta causa e giustificato motivo di licenziamento previste dai contratti individuali e i parametri per la quantificazione delle indennità risarcitorie connesse, può concernere clausole compromissorie.

2. Le diverse funzioni via via attribuite alla certificazione condividono con l'originaria funzione di qualificazione delle tipologie contrattuali lo scopo di aumentare

<sup>4</sup> Su questo intervento legislativo v. M.T. Carinci, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-114/2011*; V. Speciale, *La certificazione e l'arbitrato dopo il "Collegato lavoro" (legge 4 novembre 2010, n. 183)*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-118/2011*.

<sup>5</sup> La versione originaria dell'art. 75 del D.Lgs. n. 276/2003 limitava l'operatività del procedimento di certificazione alla «qualificazione dei contratti di lavoro intermittente, ripartito, a tempo parziale e a progetto di cui al presente decreto, nonché dei contratti di associazione in partecipazione di cui agli articoli 2549-2554 del codice civile».

<sup>6</sup> Per questa tipologia di contratti la sottoposizione a certificazione era stata già espressamente prevista dall'art. 84 del D.Lgs. n. 276/2003.

<sup>7</sup> Parimenti è intervenuto sull'ambito di operatività della certificazione il D.Lgs. n. 81/2015, che vi ha ricompreso le collaborazioni etero-organizzate.

<sup>8</sup> In tema A. Avondola, *Legge, contratto e certificazione nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli 2013, pp. 64 ss.

la certezza del diritto, ed in tal modo arrivare da una parte a ridurre il contenzioso, dall'altra a rendere calcolabili per il datore di lavoro i costi della gestione dei rapporti di lavoro (con l'accresciuta prevedibilità degli esiti dei giudizi).

Sullo sfondo si ha anche la tesi secondo cui l'eccessivo numero dei processi in materia di lavoro e la loro durata dipende, più che dalle norme procedurali, dalle norme sostanziali: sarebbero «le regole del diritto sostanziale, incentrate sull'asse "norma inderogabile-giudice", e la cultura giuridica conflittuale e antagonista che le pervade» un fattore incentivante il contenzioso tra le parti del rapporto di lavoro<sup>9</sup>.

Anche con la limitazione dell'analisi al solo versante della certificazione delle tipologie contrattuali, possiamo già immaginare perché questo istituto ha causato un acceso dibattito.

La certificazione va a toccare dei veri e propri *totem* del diritto del lavoro, non solo quello della effettività della volontà delle parti nella qualificazione del contratto, ma anche quelli della indisponibilità del tipo contrattuale, della prevalenza dell'esecuzione rispetto alla stipula del contratto, della indisponibilità dei diritti e della pienezza della loro tutela giurisdizionale<sup>10</sup>.

E questo spiega anche perché il dibattito sulla certificazione è stato così connotato in senso ideologico, o di politica del diritto, o politico *tout court*: si scontrano su questo terreno due visioni agli antipodi del ruolo del diritto del lavoro come strumento di regolazione dei rapporti sociali.

Abbiamo, da una parte, chi ritiene che il lavoratore sia un contraente debole, e che, proprio per questo, subisca di fatto l'assetto di interessi che viene sottoposto a certificazione<sup>11</sup>; dall'altra, chi ha una visione del lavoratore come soggetto emancipato ed essenzialmente uguale al datore di lavoro nel momento in cui i due si rivolgono a una commissione di certificazione.

Ancora più alla base, si ha il conflitto – a carattere ancora più ideologico o politico – tra chi ritiene che il diritto del lavoro sia un luogo di ineliminabile conflitto sociale, di non componibilità neppure teorica dell'interesse del lavoratore con quello del datore

<sup>9</sup> M. Tiraboschi, *Giustizia del lavoro. La riforma del collegato*, in *GL*, 2010 p. 9.

<sup>10</sup> Sulla derogabilità assistita e sulla disposizione dei diritti nel D.Lgs. n. 276/2003 cfr C. Pisani, *La norma inderogabile a precetto generico come fonte di incertezza*, in AA.VV., *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino 2004; P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, Giuffrè, Milano 2003; M. Tiraboschi, *La c.d. certificazione dei lavori "atipici" e la sua tenuta giudiziaria*, in *LD*, 2003; A. Bellavista, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *WPC.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-35/2004*; A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-41/2004*.

Più in generale su questo tema si veda R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile del diritto del lavoro*, Jovene, Napoli 1976; M. Magnani, *Disposizione dei diritti*, in *DDPComm*, IV, Utet, Torino 1990; R. Voza, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, in *GDLRI*, 1998.

<sup>11</sup> Tra gli altri, V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro nella legge delega sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, p. 301; L. Nogler, *Procedure di certificazione*, cit., pp. 869 ss.; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti dopo il decreto legislativo n. 276/2003*, Cacucci, Bari 2004, pp. 429 ss.; M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro e tutela giurisdizionale*, in *LD*, 2014, pp. 347 ss.

di lavoro; e chi invece ritiene che questi due soggetti siano pronti a collaborare per un interesse comune davanti ad una commissione di certificazione<sup>12</sup>.

La guerra che c'è stata tra i due schieramenti è stata quindi dura e senza esclusioni di colpi, ed i giuristi per una volta hanno lasciato l'atarassia delle costruzioni speculative per arrivare a ingiurie vere e proprie, e si è affermato, da alcuni, che il legislatore, anziché «investire risorse per migliorare il rendimento di una scassata organizzazione giudiziaria, preferisce inventarsi organismi para-amministrativi, come le Commissioni di certificazione, adibite alla confezione di salvacondotti giudiziari di clausole derogatorie»<sup>13</sup>; da altri, che «l'antica saggezza dei veri avvocati, per cui un accordo dignitoso è sempre migliore di una causa vinta, è sufficiente ad archiviare l'antistorica mania per le controversie individuali da parte di teorici da strapazzo che non conoscono la vita»<sup>14</sup>.

3. La certificazione, per altro verso, mette in discussione equilibri consolidati tra soggetti istituzionali, in quanto la relativa stabilità del regolamento negoziale che deriva da questo processo di certazione viene a limitare sia il ruolo del giudice, che nella sua attività qualificatoria e interpretativa deve attenersi alle dichiarazioni rese dalle parti nella procedura di certificazione; sia il ruolo delle amministrazioni pubbliche interessate – tra cui in particolare i servizi ispettivi –, che sono vincolate dalle risultanze della certificazione fino a quando non si abbia un pronunciamento giudiziale<sup>15</sup>.

Uno dei più pesanti capi d'accusa che è stato sollevato contro la certificazione è stato quello di limitare il pieno sindacato dell'autorità giudiziaria e, conseguentemente, la possibilità di questa di fornire tutela ai lavoratori<sup>16</sup>.

L'art. 30, co. 2, della legge n. 183/2010, sancisce espressamente che «nella qualificazione del contratto di lavoro e nell'interpretazione delle relative clausole il giudice non può discostarsi dalle valutazioni delle parti, espresse in sede di certificazione dei contratti di lavoro», con la sola eccezione delle fattispecie in cui si verificano erronee qualificazioni del contratto, vizi del consenso, difformità tra programma negoziale certificato e sua successiva attuazione<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> M. Tiraboschi, *La c.d. certificazione dei lavori*, cit.; A. Vallebona, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, in *DL*, 1992, pp. 479 ss.

<sup>13</sup> U. Romagnoli, *L'immaginario perbenista nella giurisprudenza del lavoro*, in *RTDPC*, 2015, p. 53.

<sup>14</sup> A. Vallebona, *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, in *RIDL*, 2004, p. 7.

<sup>15</sup> In tema vedi i contributi raccolti in S. Ciucciiovino (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro. Problemi e questioni aperte*, Giappichelli, Torino 2014.

<sup>16</sup> In tema si rinvia, anche per i necessari riferimenti bibliografici, a M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro*, cit., pp. 347 ss.

<sup>17</sup> Vedi V. Speciale, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, in F. Carinci (coordinato da), *Commentario al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Ipsoa, Milano 2004, pp. 212 ss.; P. Tullini, *Rimedi esperibili nei confronti della certificazione*, in E. Gragnoli, A. Perulli (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276*, Cedam, Padova 2004, pp. 838 ss.

Questa norma – chiaramente dettata dall'intento “politico” di limitare la discrezionalità giudiziale nella qualificazione della fattispecie – è in contrasto con il rapporto tra qualificazione formale del rapporto e indici sintomatici tradizionalmente utilizzati in sede pretoria per qualificare la subordinazione implicato dal principio costituzionalizzato dell'indisponibilità del tipo<sup>18</sup>.

A livello processuale, inoltre, il procedimento di certificazione pone ulteriori criticità in conseguenza del complesso intreccio tra contratto certificato e atto di certificazione che ne deriva, prima tra tutte la necessità di ricorrere a ordini giudiziari diversi per la loro invalidazione (art. 80, D.Lgs. n. 276/2003)<sup>19</sup>.

La complicazione del controllo giudiziale (e, in ultima istanza, della tutela del lavoratore) che ne consegue porta al risultato paradossale che «una normativa volta a semplificare il contenzioso giudiziario sembra abbia costruito le premesse addirittura per complicarlo al punto da fare emergere possibili conflitti di giurisdizione»<sup>20</sup>

Su un diverso piano, è stata denunciata da più parti un'interferenza tra la certificazione e l'attività svolta dai servizi ispettivi, per la previsione dell'art. 79 del decreto n. 276/2003 secondo cui gli effetti dell'accertamento dell'organo di certificazione «permangono, anche verso i terzi, fino al momento in cui sia stato accolto, con sentenza di merito, uno dei ricorsi giurisdizionali esperibili ai sensi dell'articolo 80, fatti salvi i provvedimenti cautelari»<sup>21</sup>.

I terzi a cui fa riferimento la norma sono, in primo luogo, gli organismi ispettivi e di vigilanza degli Istituti previdenziali e assistenziali, dell'Amministrazione finanziaria e dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, che vengono bloccati nella loro attività e non possono adottare «atti o provvedimenti amministrativi da cui derivi una diversa qualificazione del rapporto di lavoro e, per effetto di ciò, la contestazione dei risultati dell'attività certificativa svolta»<sup>22</sup>.

Unico esito della verbalizzazione e dell'accertamento retrostante sarebbe l'eventuale attivazione, da parte del lavoratore interessato o dei terzi, dei rimedi giudiziari per annullare la certificazione e ottenere la corretta qualificazione del

<sup>18</sup> Su questo tema vedi A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 27 ss.; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto e deflazione del contenzioso*, in *WPC.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.IT-30/2005, p. 9.

<sup>19</sup> Rilevano queste criticità E. Ghera, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, p. 277; L. Nogler, *Altre ipotesi di certificazione*, in M. Pedrazzoli (coordinato da), *Il nuovo mercato del lavoro, Commento al d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276*, Zanichelli, Bologna 2004, pp. 915 ss.

<sup>20</sup> G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, cit.

<sup>21</sup> Estremamente critici L. Nogler, *Il nuovo istituto della certificazione dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, pp. 110 ss.; A. Guadagnino, *Gli effetti della certificazione nei confronti degli enti previdenziali*, in *RGL*, 2004, pp. 575 ss.; L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno della riforma del mercato del lavoro*, in *RIDL*, 2004, pp. 235 ss.

<sup>22</sup> Rausei P., *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *DPL*, 2019, pp. 2124, 2125.

rapporto di lavoro, come aveva espressamente affermato l'Inps nella Circolare n. 71 del 1° giugno 2005.

Si è così osservato che il principale effetto pratico della certificazione, più che la deflazione del contenzioso giudiziario, è l'interferenza con le attività ispettive delle amministrazioni competenti in materia lavoristica, previdenziale e fiscale, il che ha fatto sollevare anche dubbi di costituzionalità sul piano sia del buon andamento della P.A. (art. 97 Cost.), sia più in generale della ragionevolezza (art. 3 Cost.)<sup>23</sup>.

Si è rilevato inoltre che l'efficacia "rafforzata" della certificazione (data dalla sua produzione di effetti fino a che non vi sia un diverso pronunciamento del giudice), porta a una sua prevalenza sugli altri atti amministrativi – e segnatamente gli atti adottati dall'INPS o dall'Ispettorato del lavoro – e instaura così una sorta di "gerarchia" tra atti amministrativi, con il risultato ultimo di provvedere di fatto l'atto certificato di uno scudo contro ingerenze "esterne"<sup>24</sup>.

Cosa ancora più grave, la certificazione paralizza gli altri accertamenti amministrativi anche se questi non riguardano la stipulazione del contratto ma fasi della sua esecuzione, dato che anche la «difformità tra il programma negoziale certificato e la sua successiva attuazione» deve essere fatta valere in via giudiziaria *ex art. 80, comma 1, del decreto*.

In altri termini, ogni accertamento amministrativo riguardante un contratto certificato dovrà passare dinanzi ad un giudice, e questo, più che una deflazione giudiziaria, determina uno scoraggiamento vero e proprio dell'attività di controllo sull'applicazione della legislazione lavoristica e previdenziale<sup>25</sup>.

Tale scudo, per altro verso, era stato anche configurato come "preventivo" nella macro Direttiva ministeriale del 18 settembre 2008, che nella programmazione dell'attività ispettiva aveva indirizzato le ispezioni quasi esclusivamente sui rapporti di lavoro non instaurati in base a contratti certificati.

Questo ha portato a una decisa reazione dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro. Con la circolare n. 9 del 1 giugno 2018, si è superata l'impostazione della direttiva ministeriale che vietava agli organi di vigilanza di procedere, oltre che nel caso di certificazione già avvenuta, anche in pendenza del procedimento certificatorio<sup>26</sup>. Successivamente, con la nota 1981/2020, si è evidenziato che l'omissione della comunicazione al competente ispettorato, ovvero l'assenza della documentazione utile

<sup>23</sup> L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-8/2003*, pp. 23 ss., A. Tursi, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 34 ss.

<sup>24</sup> L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro e arbitrato: le liaisons dangereuses*, in *WPC.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-102/2010*, p. 15.

<sup>25</sup> Per queste considerazioni L. Zoppoli, *Certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 13 ss.; L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit.

<sup>26</sup> C. Santoro, *Certificazione: istituto ancora in cerca di effettività*, in *DPL*, 2022, p. 1670.

a valutare il contratto da certificare, costituiscono vizi di carattere procedurale che condizionano l'idoneità del provvedimento stesso a produrre i suoi effetti<sup>27</sup>.

4. Le molte e complesse criticità che la certificazione pone appaiono tanto più ingiustificate ove si consideri che l'adeguatezza dell'istituto rispetto alla finalità di «ridurre il contenzioso in materia di lavoro»<sup>28</sup> che ne ha determinato l'introduzione è stata fortemente revocata in dubbio.

La finalità deflattiva dell'istituto è espressamente dichiarata dalla legge, ma dubbi sono stati sollevati sulla "effettività" e, soprattutto, sui "modi" con cui questa riduzione del contenzioso viene realizzata<sup>29</sup>.

Prima criticità è rappresentata dal fatto che la certificazione, nella massima parte dei casi, interviene al momento della stipula del contratto, e quindi consente solo una valutazione *ex ante* del rapporto di lavoro, mentre la causa della maggior parte delle controversie qualificatorie è la discrasia tra il regolamento contrattuale e la successiva fase di attuazione del rapporto<sup>30</sup>. Considerato che la quasi totalità dei problemi di qualificazione si pone non con riguardo al programma negoziale formalizzato nel contratto, ma con riguardo al concreto atteggiarsi del rapporto, quanta incidenza deflattiva può avere *ex se* la certificazione?<sup>31</sup>

D'altra parte, anche nella funzione di qualificazione *ex ante* dell'assetto di interessi la certificazione lascia una serie di dubbi.

La commissione di certificazione, infatti, si limita a operare una valutazione tecnico-giuridica dei fatti dichiarati dalle parti ai fini della qualificazione giuridica del rapporto e dei suoi effetti, ma non è tenuta a verificarne la veridicità. La certificazione si riduce pertanto a un mero giudizio astratto «di sussunzione e coerenza dell'accordo rispetto alle fattispecie regolamentari previste dall'impianto normativo di fonte legale e collettiva»<sup>32</sup>, al di là di ogni verifica della situazione fattuale sottesa.

Ma c'è soprattutto un problema di fondo nella certificazione, che è quello relativo all'effettiva volontarietà della procedura.

L'art. 78 stabilisce al primo comma che la procedura di certificazione è «volontaria», ma molti hanno rilevato che questa espressione è una vuota formalità,

<sup>27</sup> C. Santoro, *Certificazione: istituto ancora*, cit., p. 1669; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, cit., pp. 14 ss.

<sup>28</sup> Articolo 75, D.Lgs. n. 276/2003.

<sup>29</sup> A. Bellavista, *La derogabilità assistita nel d.lgs. n. 276/2003*, in *LG*, 2004, p. 441; E. Gragnoli, *Interpretazione e certificazione dei contratti*, in *RGL*, 2004, pp. 569 ss.; G. Ferraro, *Strumenti di qualificazione del rapporto*, pp. 7 ss.; L. De Angelis, *Certificazione dei rapporti di lavoro e poteri del giudice: quale deflazione del contenzioso?*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, pp. 295 ss.; V. Speciale, *L'impugnazione giurisdizionale della certificazione*, cit., pp. 219 ss.

<sup>30</sup> L. Nogler, *Il nuovo istituto della "certificazione" dei contratti di lavoro*, in *MGL*, 2003, pp. 110 ss.

<sup>31</sup> L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno*, cit., pp. 240 ss.

<sup>32</sup> B. Grandi, *La certificazione dei rapporti di lavoro tra le categorie generali del diritto*, in *DRI*, 2008, p. 343.

dato che l'interesse a richiedere la certificazione è tutto del datore di lavoro, e il lavoratore, per la sua debolezza contrattuale, è più o meno costretto ad accettare<sup>33</sup>.

Tra i molti che hanno revocato in dubbio questa volontarietà c'è stato l'ex Presidente della Repubblica Napolitano, che ha affermato che «la fase costitutiva del rapporto è il momento nel quale massima è la condizione di debolezza» del lavoratore, e che quindi l'assistenza della commissione di certificazione non è sufficiente a garantire la “effettiva” genuinità della volontà di quest'ultimo. In altre parole, la commissione «prende atto della volontà dichiarata del lavoratore», ma non è detto che questa volontà sia davvero “libera” e non sia invece dettata dalla pura logica dei rapporti di forza<sup>34</sup>.

Il vincolo, la limitazione che deriva dalla certificazione per questo soggetto “debole”, porta a quella che è stata definita una “deflazione cattiva”, una deflazione cioè fondata sull'ambiguità e lo scoraggiamento obliquo dell'esercizio dei diritti e, in ultima analisi, sul loro sacrificio<sup>35</sup>.

Anche sul piano pratico il raggiungimento della finalità deflattiva pare dubbio: negli anni immediatamente successivi alla sua introduzione (2005-2011) il contenzioso in materia di lavoro privato è rimasto sostanzialmente stabile, per poi diminuire solo con la riforma “Fornero” negli anni successivi<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> P. Bellocchi, *Le procedure di certificazione*, in *DL*, 2007, pp. 1131 ss.; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 301; M.G. Garofalo, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., pp. 425 ss.; M. Novella, *Certificazione in materia di lavoro*, cit., pp. 352 ss.

<sup>34</sup> Messaggio del Presidente della Repubblica del 31 marzo 2010, con il quale è stata sollecitata una nuova deliberazione della camera sul d.d.l. AS 1167-B (al riguardo vedi V. Speciale, *La certificazione e l'arbitrato*, cit., pp. 8 ss.).

<sup>35</sup> L. De Angelis, *Le certificazioni all'interno*, cit., pp. 235 ss., che, su un diverso piano, mette in evidenza un altro pericolo: «Non si tratta di deflazione cattiva, ma di giurisdizione cattiva, se invece la certificazione assecondi i giudici meno attenti e scrupolosi a non approfondire fatti e problemi giuridici, appiattendosi sulle indicazioni della certificazione magari con il retro-pensiero di stare a posto con la coscienza in ragione della provenienza della certificazione da un'autorità neutrale, magari munita dei crismi di serietà e scientificità propri dell'università, o “bilaterale”». Sull'effetto soporifero della certificazione, che incentiverebbe la “pigrienza dei giudici”, anche L. Nogler, *La certificazione dei contratti di lavoro*, cit., pp. 15 ss.; V. Speciale, *La certificazione dei rapporti di lavoro*, cit., p. 305.

Ancora in tema, M. Novella, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, in *ADL*, 2003, p. 546; M. Rusciano, *La certificazione nel sistema del diritto del lavoro*, in R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Mercato del lavoro: riforma vincoli di sistema*, Editoriale Scientifica, Napoli 2004, pp. 349 ss.; P.G. Alleva, *Ricerca e analisi dei punti critici del d.lgs. 276/2003 sul mercato del lavoro*, in *RGL*, 2003, p. 922; M.G. Garofalo, *La legge delega sul mercato del lavoro: prime osservazioni*, in *RGL*, p. 382.

<sup>36</sup> F. D'Amuri, R. Nizzi, *Tendenze recenti nel contenzioso in materia di lavoro privato*, in *B ADAPT*, 26 febbraio 2018, n. 8: «Il numero di procedimenti iscritti nei Tribunali e nelle Corti d'Appello italiani in materia di lavoro privato è rimasto sostanzialmente stabile tra il 2005 e il 2011; in quest'ultimo anno sono stati iscritti 150.000 procedimenti, pari a circa 1 ogni 100 dipendenti del settore privato. Dal 2012, quando è entrata in vigore la Riforma Fornero, si è assistito a una costante riduzione del numero di procedimenti».

Maria Laura Spada

## PRINCIPIO DI DIRITTO E FUNZIONE NOMOFILATTICA \*

SOMMARIO: 1. Le norme di legge e il principio di diritto. – 2. Principio di egualianza e certezza del diritto e funzione nomofilattica. – 3. L’art. 374 c.p.c. e il principio di diritto affermato dalle sezioni unite della Cassazione. – 4. L’interpretazione in via pregiudiziale delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale per le controversie in materia di lavoro. – 5. Il principio di diritto nell’interesse della legge.

1. Nell’ambito del nostro ordinamento giuridico i provvedimenti giurisdizionali che affermano «principi di diritto» non si inquadrano nel sistema delle fonti normative ma perfezionano un processo di interpretazione delle norme di legge<sup>1</sup>.

Sotto questo profilo, l’art. 136, 1° co. cost. sancisce che le sole sentenze della Corte costituzionale possono «incidere sul sistema normativo» ogni qual volta nell’esercizio del sindacato di legittimità la Corte pronuncia una sentenza di legittimità costituzionale diretta a: caducare una disposizione di legge; a modificarla aggiungendo al testo un completamento della norma per eliminare il vizio accertato; oppure sostituendo in tutto o in parte la norma censurata<sup>2</sup>.

Di conseguenza, le pronunce della giurisprudenza c.d. “comune” compresa anche la giurisprudenza di legittimità della Corte di Cassazione, non attengono al sistema delle fonti del diritto, salva l’ipotesi del giudice amministrativo che esercitando il suo sindacato di legittimità sugli atti di normazione a livello primario può pronunciare provvedimenti di annullamento aventi efficacia *erga omnes*.

\*Relazione svolta al “Corso propedeutico all’iscrizione nell’Albo speciale per il patrocinio dinanzi alle giurisdizioni superiori”, presso il Consiglio dell’Ordine degli Avvocati di Bari in data 23 giugno 2023.

<sup>1</sup> Sulla distinzione tra precedente e principio di diritto, cfr. M. Taruffo, *Precedente e giurisprudenza*, in *Riv. trim. proc. civ.*, 2007, p. 722 ss.; sulla funzione nomofilattica della Corte di cassazione, v., da ultimo, G. Miccolis, *La funzione nomofilattica: per una (tendenzialmente unica e non soltanto) “uniforme interpretazione della legge”*, in D. Dalfino (a cura di) *Problemi attuali di diritto processuale civile*, in *Gli Speciali, Foro it.*, 2021, 1, p. 197 ss.; F. S. Damiani, *La funzione nomofilattica della Corte di cassazione tra mito e realtà*, ivi, p. 217 ss.

<sup>2</sup> G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile*, Cacucci, Bari, 2020, 465; G. Amoroso, *Massime della Cassazione e principi del diritto vivente*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *I processi civili in cassazione*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 147 ss.; G. Amoroso, A. Parodi, *Il giudizio costituzionale*, Milano, 2015, 331 ss.; A. Pugiotto, *Sindacato di costituzionalità e diritto vivente: genesi, uso, implicazioni*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 123.



Sicché, salvo il sindacato sugli atti di normazione primaria della Corte costituzionale e sub primaria del giudice amministrativo, la giurisprudenza di legittimità attraverso i suoi provvedimenti non crea norme di legge ma fissa principi di diritto<sup>3</sup>. Da ciò consegue che il principio di diritto, in sostanza, non costituisce la codificazione di una norma di dettaglio a specificazione della norma interpretata ma rappresenta la generalizzazione dell'interpretazione ed applicazione della norma in relazione ad una fattispecie concreta.<sup>4</sup>

Il principio di diritto, in sostanza, resta esterno al sistema delle fonti del diritto e non ha natura vincolante a differenza degli ordinamenti di common law ispirati al canone dello *stare decisis*<sup>5</sup>.

In Inghilterra, negli Stati Uniti e negli altri Paesi di common law, la regola per definire una controversia si ricerca prioritariamente non nella legge, ma nella decisione di un caso precedente. Il metodo di lavoro del giudice è la riconduzione di un caso ad un'altro, esaminando somiglianze e differenze. Individuato il caso identico o simile, la decisione adottata in precedenza ha carattere vincolante, in base alla regola dello *stare decisis*.

La *ratio decidendi* di un caso non viene determinata dai giudici che decidono il caso, ma è identificata dai giudici successivi, i quali devono stabilire se la decisione costituisce oppure no un precedente, esaminando comparativamente i fatti oggetto dei due casi: se sono diversi essi “distinguono” il caso anteriore che non costituisce pertanto un precedente.

Nel nostro sistema, invece, il principio di diritto ha una valenza “persuasiva” derivante dall'impianto argomentativo che lo sorregge; ha, quindi, un ruolo autonomo e specifico nell'ambito del processo decisionale e motivazionale del giudice e si affianca alla tecnica argomentativa di concatenazione logica ascendente o discendente che il giudice ha utilizzato<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> In particolare, non altera la norma oggetto di interpretazione ma la lascia invariata e quindi suscettibile di una continua opera di interpretazione, v. . G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, cit., p. 466 e in giurisprudenza, v. Corte cost. 12 ottobre 2012, n. 230, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3440 dove con riferimento alla giurisprudenza di legittimità se ne afferma la funzione meramente dichiarativa.

<sup>4</sup> Una specificazione della formula legislativa scaturisce dall'incontro tra norma e fatti: specificazione formulata in un testo a sua volta da interpretare, cfr. G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, in *Dir. Pubblico*, 2017, p. 21; R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, in *Foro it.*, 2017, V, 277.

<sup>5</sup> Cfr. P. Curzio, *Il giudice e il precedente*, in A. Carleo (a cura di), *Il vincolo giudiziale del passato. I precedenti*, Il Mulino, Bologna, 2018, p. 239 ss.; R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in *Foro it.*, 2006, V, 284.

<sup>6</sup> Il giudice cerca prima di tutto quale legge regoli la materia, poi passa ad esaminare la giurisprudenza che si è formata sul tema; giurisprudenza intesa come precedenti elaborati in sede di interpretazione della legge da applicare per decidere la controversia. In questo quadro, particolare rilievo hanno i precedenti della Corte di Cassazione che, ai sensi dell'art 384 cpc, «quando decide il ricorso proposto a norma dell'art 360, 1° co., n. 3, e in ogni altro caso in cui, decidendo su altri motivi del ricorso, risolve una questione di diritto di particolare importanza» deve enunciare il principio di diritto.

Il giudice indica il “precedente” in cui si sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del principio di diritto assunto come regola di giudizio della fattispecie, con l’ulteriore conseguenza che nonostante il rilievo sempre maggiore conferito al principio di diritto, il precedente rimane tuttavia un insieme di fatto e di diritto ed il fatto oggetto della decisione, conserva sempre un grande rilievo per la comprensione della soluzione adottata e, pertanto, nello studio dei precedenti non dovrebbe essere pretermesso ma adeguatamente considerato.

2. La non vincolatività del principio di diritto, che come è noto, discende dall’essere i giudici «soggetti soltanto alla legge» (art. 101, 2° co., cost.), va equilibrata con l’aggiuntiva esigenza, avente rilievo costituzionale, della “certezza del diritto” quale proiezione del “principio di eguaglianza” inteso come la necessità giuridica che tutti i cittadini siano uguali davanti alla legge (art. 3, 1° co., cost.).

Sebbene, quindi, i principi di diritto siano esterni alle fonti normative, in concreto, tuttavia, essi sono idonei a completare la fattispecie normativa designandone i contorni. Da ciò deriva che la legge davanti alla quale i cittadini sono “eguali” è data dall’insieme di norme di legge e di principi di diritto essendo gli uni e gli altri idonei e necessari a fornire la regola di giudizio per decidere il caso concreto.

Sicché se è vero che il principio secondo cui il giudice è soggetto soltanto alla legge deve necessariamente essere bilanciato dal principio di uguaglianza, è, altrettanto vero, che quest’ultimo deve essere coniugato attraverso l’art. 65 della legge sull’ordinamento giudiziario che ha demandato alla Corte di Cassazione il compito «di assicurare l’esatta osservanza e l’uniforme interpretazione della legge nonché l’unità del diritto nazionale»<sup>7</sup>.

Nello specifico, la Corte di Cassazione da un lato, nel curare «l’esatta osservanza» della legge e nello svolgere quindi il sindacato di legittimità, *opera* sulla fattispecie concreta, ad iniziativa delle parti, e decide la causa ponendo in essere il cosiddetto *ius litigatoris* dall’altro, proprio mentre cura l’osservanza della legge nei singoli casi concreti, può contestualmente produrre principi di diritto per la fattispecie astratta al fine di assicurare l’uniforme interpretazione della legge e l’unità del diritto nazionale assolvendo quindi alla funzione di nomofilachia ovvero *ius constitutionis*.

La necessità di controbilanciare questi principi processuali<sup>8</sup> ha condotto di recente ad un consolidamento della funzione nomofilattica così intesa, anche allo scopo di agevolare indirettamente una ragionevole durata del processo nonché l’introduzione di una forma “attenuata” del principio dello *stare decisis* al quale si è conformato il processo civile di Cassazione dopo le riforme del 2006, 2009, 2016 nonché l’ultimo intervento del 2022<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, p. 473, dove si osserva che in tal modo, «il nostro ordinamento si avvicina a quelli di *common law* perché il precedente, pur sempre non vincolante, viene presidiato con misure processuali dirette a favorire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione».

<sup>8</sup> In particolare, assoggettamento del giudice solo alla legge e principio di eguaglianza coniugato al principio dell’unità del diritto oggettivo nazionale, cfr. G. Amoroso, M.R. Morelli, *op. ult. cit.*, p. 472.

<sup>9</sup> Per un approfondimento sulle riforme che hanno modificato il giudizio di cassazione nel prisma del rafforzamento della funzione nomofilattica della corte a partire dal 2005 ad oggi, v. F.S. Damiani, *La*

Sotto questo profilo, non vi è dubbio che il ruolo nomofilattico della corte di Cassazione risulta avere avuto un maggiore impulso proprio a seguito dell'introduzione di quelle nuove norme che introdotte dagli interventi sono specificatamente dirette a perseguire da un lato, l'obiettivo della unificazione della giurisprudenza (artt. 374, 363 *bis* e 420 *bis* e c.p.c.) e dall'altro, a favorire la "forza" del precedente (artt. 360 *bis*, 363 e 384, c.p.c.).

Gli artt. 374, 363 *bis* e 420 *bis*, c.p.c. ad esempio, concernono esplicitamente l'attività interpretativa del giudice ed in particolare quella posta in essere dalla sezione semplice della corte di Cassazione rispetto alle sezioni unite e quella dei giudici di merito rispetto alla corte di Cassazione; attività che non pone un vero e proprio vincolo interpretativo ma un vincolo processuale che incide sull'interpretazione delle norme.

Le altre disposizioni ovvero gli artt. 360 *bis*, 363 e 384 riguardano, in chiave incentivante, la produzione di principi di diritto ad opera della corte di cassazione anche al fine della verifica di ammissibilità del ricorso.

Tali disposizioni contribuiscono a costruire, attraverso la loro applicazione, la forza del precedente come forma attenuata del principio dello *stare decisis* e ciò in quanto il precedente, pur sempre non vincolante, viene tutelato con misure processuali dirette a favorire la funzione nomofilattica della corte di Cassazione<sup>10</sup>.

3. Emblematico, in questa direzione, è sicuramente il terzo comma dell'art. 374 c.p.c. che costituisce una delle novità di maggior rilievo della novella del 2006.

La norma prevede che «se la sezione semplice ritiene di non condividere il principio di diritto enunciato dalle sezioni unite, rimette a queste ultime, con ordinanza motivata, la decisione del ricorso».

La norma in esame ha una forte valenza di principio perché, attraverso un vincolo di coerenza al quale la sezione semplice è tenuta ad attenersi nel concreto esercizio della giurisdizione, afferma, per la prima volta nel nostro ordinamento, «un valore legale del precedente (sia pure circoscritto)»<sup>11</sup>.

*riforma del giudizio di cassazione*, in D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile. Foro italiano. Gli Speciali*, La Tribuna, Padova, 2023, 275 ss. Sul nuovo strumento processuale, introdotto con l'art. 3, comma 27, lett. c), d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 149, di attuazione della legge delega 26 novembre 2021, n. 206, e previsto dall'art 363 *bis* c.p.c., che regola il "rinvio pregiudiziale" che il giudice di merito può disporre al fine di consentire alla Cassazione di pronunciarsi su questioni di diritto necessarie alla definizione anche parziale del giudizio e non risolte dalla corte, che presentano gravi difficoltà interpretative e che sono suscettibili di porsi in numerosi giudizi, v. A. Mondini, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo introdotto dal nuovo art. 363 bis c.p.c.*, D. Dalfino (a cura di), *La riforma del processo civile. Foro italiano. Gli Speciali*, La Tribuna, Padova, 2023, p. 311 ss.; A. Briguglio, *Il rinvio pregiudiziale interpretativo*, in [www.judicium.it](http://www.judicium.it), aggiornamento 21 dicembre 2022, § 2.

<sup>10</sup> In questo modo avvicinando il nostro ordinamento a quelli di *common law*, così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 473.

<sup>11</sup> Così A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l'esperienza della Cassazione civile*, in *Questione giustizia*, 2018, 4, 126; R. Rordorf, *Il precedente nella giurisprudenza*, cit., p. 284.

La soluzione adottata dal legislatore colloca in capo alle sezioni semplici un sorta “vincolo negativo”; l’art. 374 c.p.c., infatti, regola un meccanismo processuale che impone alla sezione semplice il vincolo (negativo) a non adottare l’interpretazione di una norma in contrasto con quella già espressa dalle sezioni unite.

Da ciò deriva che se la sezione semplice giunge ad un convincimento diverso e opposto rispetto a quello contenuto nel principio di diritto pronunciato dalle sezioni unite non può fare altro che rimettere la causa a queste ultime sollecitandole ad una rivalutazione della questione e ad una possibile inversione di giurisprudenza.

In questo consiste il vincolo negativo: non già l’obbligo (o il vincolo positivo) di accogliere l’interpretazione adottata dalle sezioni unite, ma il divieto di pronunciarsi in modo contrastante con il simultaneo obbligo di investire le sezioni unite con una ordinanza interlocutoria affinché siano quest’ultime a rimuovere il precedente che tale vincolo crea<sup>12</sup>.

Su queste basi, è stato correttamente osservato che il meccanismo dell’art. 374, 3° comma, c.p.c. non colloca la sezione semplice in una posizione subordinata ma, con una disposizione organizzativa diretta a bilanciare l’etica della convinzione con l’etica della responsabilità, ne coordina, in termini di complementarità, il ruolo specifico rispetto a quello delle sezioni unite in funzione di una maggiore forza e stabilità del prodotto giurisprudenziale della Corte di Cassazione<sup>13</sup>.

Per quanto concerne l’ambito applicativo del meccanismo di cui all’art. 374, 3° comma, c.p.c. vuoi sul piano letterale, vuoi per il fatto che la previsione segue alla disposizione del secondo comma della medesima norma che indica quali sono i casi nei quali il primo presidente può rimettere la causa alle sezioni unite, si può ragionevolmente ritenere che il congegno delineato nel terzo comma costituisce il completamento della previsione e che quindi opera ogni qual volta le sezioni unite sono chiamate a comporre un contrasto di giurisprudenza insorto all’interno delle sezioni semplici o per la risoluzione di una questione di massima di particolare importanza. E ciò, in quanto, sarebbe del tutto ultroneo devolvere alle sezioni unite il superamento del contrasto sorto tra le sezioni semplici o la decisione di una questione

<sup>12</sup> La disposizione, in sostanza, «interviene a regolare la competenza *dell’overruling* del precedente, quando enunciato dalle sezioni unite, assegnandole in via esclusiva alle stesse», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La “funzione nomofilattica” e la “forza” del precedente*, p. 473; G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015, p. 56. In giurisprudenza, v., in motivazione, Cass. sez. un. 28 maggio 2014, n. 11907, in *Foro it.* 2014, I, 2836.

<sup>13</sup> In termini, A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici: l’esperienza della Cassazione civile*, cit., p. 129; M.R. Morelli, L’enunciazione del principio di diritto, in M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti (a cura di), *La Cassazione civile. Lezione dei magistrati della Corte suprema italiana*, Cacucci, Bari, 2015, p. 440; G. Canzio, *Nomofilachia e diritto giurisprudenziale*, cit., p. 33, dove peraltro si osserva che l’art. 374, 3° co. c.p.c. non esprime una visione gerarchica della nomofilachia ma riconosce «la fluidità e la fallibilità del precedente, seppure formatosi al massimo livello dell’ordinamento giudiziario e rappresenta una regola di metodo che conferisce ordine discorsivo al dinamismo nomofilattico».

di massima di particolare importanza, e consentire poi alle sezioni semplici *sic et simpliciter* discostarsi dal precedente delle sezioni unite<sup>14</sup>.

Dal combinato disposto dell'art. 374, 3° co. e 384 1° co., c.p.c. che impone l'enunciazione del principio di diritto nelle decisioni della Corte di Cassazione è stato ricavato che il meccanismo del vincolo negativo per le sezioni semplici troverebbe applicazione solo ogni qualvolta il principio di diritto sia stato oggetto di un'espressa e formale enunciazione contenuta nella decisione delle sezioni unite.

Ora, se è indubbio che l'enunciazione del principio di diritto a corredo della composizione del contrasto di giurisprudenza o alla risoluzione di una questione di massima di particolare importanza dovrebbe essere esplicita, ed è questo quello che di regola accade, pur tuttavia, non mancano pronunce delle sezioni unite nelle quali l'esito compositivo del contrasto o risolutivo della questione di massima di particolare importanza non sia stata trasfusa in una enunciazione espressa e formale. Ciò si è verificato, ad esempio, con la sentenza del 7 maggio 2013, n.10532, sulla inopponibilità allo Stato dell'ipoteca iscritta su di un bene immobile confiscato ai sensi della legislazione antimafia oppure nella sentenza del 22 dicembre 2015, n. 25767, che ha escluso il diritto del nato disabile ad agire per il risarcimento del danno da nascita indesiderata<sup>15</sup>.

Un'altra questione che la giurisprudenza si è posta è quella relativa al se, il vincolo per le sezioni semplici di non pronunciare una decisione di contenuto discordante, concerne il solo principio di diritto oppure debba essere riferito anche alle argomentazioni contenute nella motivazione del *dictum* delle sezioni unite. Sul punto le sezioni unite hanno chiarito che l'onere di conformazione deve intendersi riferito al solo principio di diritto posto a fondamento del *decisum* e che costituisce la *ratio decidendi* della fattispecie concreta, senza estendersi a tutte le ulteriori argomentazioni svolte e contenute nella motivazione della sentenza<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> V. A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici*, cit., p. 130; C. Delle Donne, *Commento sub art. 374 c.p.c.*, in L.P. Comoglio, C. Consolo, B. Bassi, R. Vaccarella (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Utet, Torino, 2013, p. 968.

<sup>15</sup> Anche in questi casi si è ritenuto configurabile l'efficacia e la necessaria applicazione del meccanismo di cui all'articolo 373 occorrendo considerare la sentenza nel suo insieme per ricavare da essa, in difetto di una specifica enunciazione formale del principio di diritto, la *regula juris* che le sezioni unite hanno inteso affermare ed enucleabile dal complesso della motivazione.

<sup>16</sup> V. Cass. sez. un. 12 dicembre 2014, n. 26242, in *Foro it.* 2015, I, p. 862, con nota di Proto Pisani, e in *Nuova giur. civ.*, 2015, I, p. 299, con nota di Rizzo. Va aggiunto che il meccanismo previsto dall'art. 374, 3° co., c.p.c. riguarda «l'interpretazione della legge consegnata nel principio di diritto e non la sua validità costituzionale. Il collegio della sezione semplice non è posto di fronte alla secca alternativa tra uniformare la propria decisione al principio di diritto enunciato dalle sezioni unite o la rimessione con ordinanza interlocutoria del ricorso alle stesse esponendo le ragioni del dissenso. Il collegio della sezione semplice può sottrarsi a questa alternativa attivando, laddove sussistano i presupposti, il procedimento per la declaratoria di incostituzionalità, e quindi rimuovere la disposizione sottostante al principio enunciato dalle sezioni unite (...)» ovvero allo stesso modo, ove la sezione semplice dubiti della compatibilità del principio di diritto enunciato dalle sezioni unite con il diritto dell'unione europea, ha il potere dovere di rivolgersi alla Corte di giustizia dell'unione europea, così A. Giusti, *Il precedente nel rapporto tra sezioni unite e sezioni semplici*, cit., p. 132-133.

4. In materia di lavoro, l'art. 420 *bis*, 1° co., c.p.c. dispone che «quando per la definizione di una controversia di lavoro è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, nonché la loro efficacia o validità, il giudice decide con sentenza tale questione, impartendo distinti provvedimenti per l'ulteriore istruzione o per la prosecuzione della causa fissando una successiva udienza in data non anteriore a novanta giorni»<sup>17</sup>.

Si tratta di principalmente di una sentenza interpretativa non definitiva in via pregiudiziale su una norma contrattuale collettiva che si innesta in una controversia di lavoro la quale, di conseguenza, è sospesa in attesa della decisione sul ricorso immediato per cassazione che sia stato proposto.

L'istituto richiama l'incidente di costituzionalità e la pregiudiziale interpretativa euro unitaria<sup>18</sup> ed ha una duplice finalità: a) accelerare i tempi della causa, in ragione con del principio costituzionale della ragionevole durata del processo; b) svolgere una funzione para nomofilattica in relazione alla normativa collettiva che in precedenza vedeva il sindacato della Corte di Cassazione confinato al controllo del rispetto delle regole di ermeneutica contrattuale sicché non si poteva formare un diritto vivente su tale normativa.

Il procedimento va attivato dal giudice, d'ufficio o su sollecitazione delle parti, se la questione concerne l'interpretazione, la validità o l'efficacia del contratto o accordo collettivo di livello nazionale. Stando alla lettera dell'art 420 *bis* c.p.c. basterebbe che in giudizio si ponesse una tale questione pregiudiziale per comportare l'obbligo in capo al giudice di pronunciare la sentenza interpretativa non definitiva. In realtà, ove fosse così interpretata la norma potrebbe rappresentare un vero e proprio intralcio alla giustizia del lavoro imponendo in modo sistematico il frazionamento del processo. Per questa ragione la Corte costituzionale ha chiarito, attraverso un'interpretazione adeguatrice ai parametri costituzionali e in particolare al diritto alla tutela giurisdizionale<sup>19</sup>, che la questione concernente l'interpretazione, la validità

<sup>17</sup> La disposizione va letta in combinato disposto con l'art 146 *bis* disp. att. c.p.c., che ne completa la disciplina ed entrambi gli articoli sono stati introdotti dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40 rispettivamente dall'art. 18 e 19, 1° co., lettera e).

<sup>18</sup> «Come il giudice della causa, che abbia un dubbio non manifestamente infondato di legittimità costituzionale o di compatibilità comunitaria di norme che ritiene essere applicabili nel giudizio, rimette, con ordinanza, ad un giudice superiore (rispettivamente la Corte costituzionale con la Corte di giustizia Ue) una questione pregiudiziale di legittimità costituzionale o di interpretazione di norme eurounitarie, analogamente il giudice (però solo quello di primo grado e solo nelle controversie di lavoro) che ritenga di dover fare applicazione di norme contrattuali collettive di livello nazionale, la cui interpretazione, validità ed efficacia non sia piana e sia invece plausibilmente controvertibile, deve non già rimettere la questione a un giudice superiore ma isolare la questione stessa e deciderla con una sentenza non definitiva in senso stretto in modo da rendere possibile che siano le parti stesse con ricorso immediato per Cassazione a rimettere la questione ad un giudice superiore determinando contemporaneamente la sospensione necessario del giudizio *a quo*», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 477.

<sup>19</sup> V. Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199, in *Foro it.*, 2003, I, p. 2232

o l'efficacia del contratto collettivo «deve presentarsi con un'apprezzabile grado di plausibile controvertibilità: ossia occorre che sia di incerta soluzione<sup>20</sup>.

L'art. 420 *bis*, 2° co., c.p.c. dispone, inoltre, che la sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per Cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della stessa con la conseguenza che non solo non sono esperibili altri rimedi quali l'appello ma, soprattutto, si esclude che possa essere proposta riserva di impugnazione<sup>21</sup>.

5. Diversamente dalle norme che fin qui abbiamo esaminato dirette a introdurre una sorta di vincolo interpretativo, l'art. 363 c.p.c., invece, è finalizzato ad implementare la funzione nomofilattica della Corte di cassazione attraverso l'istituto dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge<sup>22</sup>.

<sup>20</sup>S e il giudice è convinto che vi sono sufficienti argomenti per risolvere la questione, non deve (e non può) pronunciare la sentenza interpretativa non definitiva. Di conseguenza il giudice di primo grado della controversia di lavoro pronuncerà la sentenza interpretativa parziale solo se la questione appare rilevante e seria, con la conseguenza ulteriore che la sentenza *ex art. 420 bis* c.p.c. dovrà avere, come esclusivo contenuto, la decisione della questione pregiudiziale sull'efficacia e validità interpretazione dei contratti e accordi collettivi e non anche congiuntamente altre questioni preliminari o pregiudiziali, v. Cass. 25 giugno 2014, n. 14356, in *Foro it.*, 2015, I, 1735. In dottrina v. G. Amoroso, M.R. Morelli, *op. ult. cit.*, 480.

<sup>21</sup> L'art.146 *bis* disp. att. c.p.c, che completa la disciplina del meccanismo in esame, richiama l'applicazione, in quanto compatibili, dei commi 4,6,7 e 8 dell'art. 64 del d. lgs. 165/2001. In particolare, il 6° co., prevede che «in pendenza del giudizio davanti alla Corte di Cassazione, possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi. Intervenuta la decisione della Corte di Cassazione il giudice fissa, anche d'ufficio, l'udienza per la prosecuzione del processo». Si tratta di una sospensione facoltativa e in quanto tale non impugnabile ai sensi dell'art. 42 c.p.c.

In sostanza il meccanismo processuale prevede: a) che il giudice di merito emani una sentenza non definitiva su una questione che non può mai essere idonea di per sé a definire il giudizio; b) che la sentenza non definitiva sia solo ricorribile per cassazione, con l'effetto di sospendere il processo in corso; c) che in pendenza del giudizio davanti alla Cassazione possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi; d) che se la questione pregiudiziale è stata già decisa dalla Corte di Cassazione, il giudice adito per una diversa controversia se non ritiene di uniformarsi deve pronunciare sentenza non definitiva. «Le sezioni unite della Corte di Cassazione hanno poi affermato che da questo meccanismo processuale deriva un qualche vincolo per gli altri giudici di merito; un vincolo solo processuale perché il giudice non è tenuto ad uniformarsi alla pronuncia della Corte di Cassazione e, se non la condivide, può pronunciarsi in maniera difforme, tuttavia deve farlo con sentenza emessa ai sensi dell'art. 420 *bis* in modo da consentire alle parti il ricorso immediato per Cassazione e la verifica, da parte della Corte di Cassazione della correttezza della diversa opzione interpretativa di quel giudice di merito. In sostanza vi è la prescrizione di un circuito virtuoso per accelerare la formazione della giurisprudenza sulle norme dei contratti accordi collettivi nazionali di lavoro e quindi per promuovere una nomofilachia anticipata e più rapida», così G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 481 e nota n. 25.

<sup>22</sup> Cfr. G. Costantino, *Note sul ricorso per cassazione nell'interesse della legge*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2017, 712 ss.; R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in A. Didone, F. De Santis (a cura di), *I processi civili in cassazione*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 161 ss.; G. Scarselli, *Sulla distinzione tra ius constitutionis e ius litigatoris*, in *Questione giustizia*, 2017, p. 6; G. Reali, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, in F. Cipriani (a cura di), *La*

La norma prevede che, «quando le parti non hanno proposto ricorso nei termini di legge o vi hanno rinunciato oppure quando il provvedimento non è ricorribile in Cassazione e non è altrimenti impugnabile, il procuratore generale presso la Corte di Cassazione può chiedere che la Corte enunci nell'interesse della legge il principio di diritto al quale il giudice di merito avrebbe dovuto attenersi».

L'istituto rappresenta una ipotesi eccezionale nella quale la funzione nomofilattica, viene adoperata al solo fine di favorire "l'unità del diritto nazionale", senza per questo poter risultare utile a quella determinata controversia in relazione alla quale viene enunciato il principio di diritto. Da ciò deriva che la Corte con il ricorso nell'interesse della legge stabilisce principi di diritto di per sé non utili alla controversia dalla quale traggono origine bensì al contrario è la controversia stessa a rappresentare esclusivamente l'occasione per pronunciarli.

Conseguenza di questa impostazione è quella per cui la funzione nomofilattica è del tutto scucita dalla risoluzione della controversia che risulta indirizzata all'inammissibilità del ricorso, per tardività o per non ricorribilità del provvedimento impugnato o ancora per la cessazione della materia del contendere per rinuncia al ricorso<sup>23</sup>.

Quindi la legittimazione del Procuratore generale è del tutto correlata all'impossibilità di impugnare il provvedimento di merito e alla cogente necessità di correggere in ogni caso l'errore di diritto determinato dall'erronea interpretazione o applicazione della disposizione normativa. Proprio per questa ragione l'iniziativa del Procuratore generale, diretta a salvaguardare un interesse di rilevanza pubblicistica, non è sottoposta ad alcun termine di decadenza<sup>24</sup>.

Il terzo comma dell'art. 363 c.p.c., prevede la possibilità per la Corte di enunciare anche d'ufficio il principio di diritto e ciò quando il ricorso proposto dalle parti viene dichiarato inammissibile e la Corte stessa ritenga che la questione decisa sia di particolare importanza. In sostanza, la declaratoria di inammissibilità del ricorso non sottrae alla Corte il potere di giudicare su quelle questioni la cui decisione è idonea a garantire l'uniforme interpretazione e applicazione del diritto.

Si tratta di un potere discrezionale che troverà applicazione tutte le volte in cui la questione risulta essere sia dal punto di vista normativo e dagli elementi di fatto di particolare importanza<sup>25</sup>.

Da questo punto di vista le norme non precisano quando sussiste una questione di particolare importanza, tuttavia, esaminando la prassi si evince che l'ipotesi di intervento d'ufficio è solitamente connesso o all'ipotesi che si tratti di una questione

*riforma del giudizio di cassazione*, Cedam, Padova, 2009, p. 166; G. Impagnatiello, *Principio di diritto nell'interesse della legge e funzione nomofilattica della Cassazione*, in *Giur. it.*, 2009, 4, p. 936.

<sup>23</sup> G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 484.

<sup>24</sup> Cfr. G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 943; R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 165, la quale osserva che tuttavia «sul piano applicativo, permane (...) la difficoltà concreta per il Procuratore generale di avere conoscenza dei provvedimenti emanati ed impugnabili nell'interesse della legge perché viziati».

<sup>25</sup> In termini, G. Amoroso, M.R. Morelli, *La "funzione nomofilattica" e la "forza" del precedente*, p. 485, in giurisprudenza, v. cass. sez. un. 31 luglio 2014, n. 17443, in *Riv. dir. proc.* 2015, p.1582.



che viene trattata per la prima volta oppure perché più semplicemente la questione va composta in quanto consiste in un contrasto interpretativo tra le sezioni semplici con l'annessa esigenza di dare indicazioni univoche per la soluzione di casi analoghi che potrebbero riproporsi in futuro<sup>26</sup>.

Da un punto di vista più strettamente processuale risulta controversa la questione relativa alla necessità, soprattutto in riferimento al ricorso promosso autonomamente dal Procuratore generale, che dello stesso sia data comunicazione alle parti dovendo rispettare il contraddittorio nei confronti delle stesse. Esigenza quest'ultima che trova il suo fondamento nel dato oggettivo che le parti processuali ben potrebbero giovare della statuizione della Corte di legittimità per ottenere, soprattutto ove si tratti di provvedimenti a carattere non definitivo come per esempio i provvedimenti camerali, una modifica o una revoca degli stessi e quindi avere uno specifico interesse a partecipare al procedimento.

Su questa questione le Sezioni unite hanno chiarito che la richiesta di enunciazione del principio di diritto rivolta alla Suprema corte dal Procuratore generale si configura non già come mezzo di impugnazione ma come procedimento autonomo per il controllo sulla corretta osservanza e applicazione della legge anche in riferimento a provvedimenti non altrimenti impugnabili né ricorribili in quanto privi di natura decisoria, con l'ulteriore conseguenza che l'iniziativa non necessita di contraddittorio con le parti che risultano essere prive di legittimazione a partecipare al procedimento perché carenti di un interesse attuale e concreto non risultando in alcun modo pregiudicate dal provvedimento presupposto<sup>27</sup>.

Come previsto nella formulazione originaria dell'art. 363 c.p.c. la pronuncia della Corte non ha un effetto diretto sul provvedimento del giudice di merito, tuttavia, ciò non esclude che ci possano essere anche delle ricadute pratiche.

Non è un caso, infatti, che nella stessa giurisprudenza è stato osservato che la statuizione derivante dall'art. 363 c.p.c., pur non essendo idonea ad incidere sulla sorte del provvedimento in concreto impugnato, possa comunque risultare di interesse per le parti «poiché la pronuncia può rilevare in relazione alla causa diversa che eventualmente abbia inizio dopo il procedimento sommario rispetto alla quale si sono emessi i provvedimenti anticipatori impugnabili per Cassazione»<sup>28</sup>.

Da ciò consegue, quindi, che quantunque l'ultimo comma dell'art. 363 c.p.c. escluda espressamente che la pronuncia della Corte abbia effetto sul provvedimento impugnato, un'incidenza indiretta del principio di diritto potrà manifestarsi nelle fattispecie nelle quali il provvedimento sia suscettibile di revoca o di modifica ed il

<sup>26</sup> Cfr. R. Giordano, *L'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge*, cit., 167, in particolare nota n. 33, dove si osserva che «ciò appare coerente con quelli che dovrebbero essere i limiti di un intervento di una S.C. del precedente, volta al precipuo esercizio della funzione di nomofilachia: secondo i fautori della teoria cd. teleologica, detti limiti, infatti, non andrebbero rinvenuti nella statica distinzione tra *quaestio facti* e *quaestio iuris*, bensì nell'attitudine della problematica sollevata a riproporsi in una serie di casi futuri (...).

<sup>27</sup> V., soprattutto in motivazione, Cass. sez. un., 18 novembre 2016, n. 23469, in *Foro it.*, 2016, I, 3753, con nota di A. Palmieri.

<sup>28</sup> V., Cass. sez. un., 28 dicembre 2007, n. 27187, in *Giur. it.*, 2009, p. 931, con nota di G. Impagnatiello.

giudice di merito potrebbe essere conseguentemente essere indotto a disporre in virtù e per effetto della pronuncia della Corte<sup>29</sup>.

<sup>29</sup> A. Carratta, *La riforma del giudizio di Cassazione.*, cit., o. 1124.

## PROPOSTE DI LETTURA

Lorenzo Pulito, *Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*, Cacucci, Bari, 2023, pp. 296.

L'ultimo, pregevole lavoro monografico di Lorenzo Pulito, dal titolo "*Le squadre investigative comuni. Prodromi, retrospettive, avanguardie*", pubblicato nella Collana "Giustizia penale della post-modernità" dell'Editore Cacucci, affronta un tema molto complesso e dai contorni sfuggenti, ovvero lo strumento di cooperazione in materia penale delle "squadre investigative comuni" (SIC), paradigma nel quale si incasellano le azioni coordinate e sinergiche di autorità statali (giudiziarie e di contrasto) di due o più Stati membri dell'Unione europea (o anche di Paesi extra UE), che condividono l'attività d'indagine e i suoi risultati.

Come può leggersi nel volume, «per molto tempo la cooperazione investigativa ha privilegiato l'aspetto repressivo, senza curarsi del versante dei diritti fondamentali. Non fa eccezione l'istituto delle squadre investigative comuni; infatti [...] si è andata delineando nello spazio europeo, per circa un decennio, una strategia efficientista, il cui assorbente obiettivo era rappresentato dalla facilitazione della cooperazione. Solo lentamente i diritti fondamentali hanno "umanizzato" questo quadro a trazione securitaria, seguendo un percorso il cui punto di svolta è rappresentato dal Trattato di Lisbona, che ha elevato il testo della Carta dei diritti fondamentali (adottata a Nizza nell'anno 2000) a diritto primario dell'Unione, riconoscendole lo stesso valore giuridico dei trattati [...]. Dalla nuova consapevolezza che l'elevato livello di fiducia reciproca tra gli Stati membri dell'Unione europea non può darsi assiomaticamente sussistente, ma va verificato in concreto e alimentato attraverso la salvaguardia delle garanzie, il fiorire di tutta una serie di direttive che rafforzano i diritti procedurali di indagati o imputati nei procedimenti penali».

Il lavoro si apre con l'analisi delle linee di sviluppo della cooperazione investigativa nell'ambito dell'Unione Europea, con particolare riferimento alle squadre investigative comuni e ai loro prodromi (i *Gemeinsame Ermittlungsgruppen*).

Questa operazione, come si legge nel capitolo I, si è resa necessaria in quanto «per non cadere nel paradosso di una Europa che "dischiude" le frontiere ai criminali, ma le mantiene serrate alle autorità deputate ad accertare e reprimere i reati, è apparso necessario "mettersi al passo", cambiare metodi, fisionomie, paradigmi. In breve: si è inteso ripianificare "l'agenda repressiva" in maniera da tenere conto della "organizzazione" assunta dalla criminalità transnazionale e, seppur progressivamente, da disancorarsi dai consolidati modelli proiettanti il dogma della sovranità territoriale, evitando di renderli testimoni di un potere impotente. La minaccia terroristica ha provocato movimenti tettonici, che hanno attraversato, scuotendola, la logica contrattuale del *do ut des* tipica dell'assistenza giudiziaria, portando a sviluppare un più incisivo modello cooperativo in cui, superato il principio della domanda, il reciproco riconoscimento è stato elevato – in ambito europeo – a canone primario della collaborazione all'interno dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia».

Sono istituite, per una durata limitata e per uno scopo specifico, in forza di un accordo tra le rispettive autorità competenti nazionali; in questo quadro, l'azione investigativa, assecondando logiche operative, può dispiegarsi con indubbia fluidità, superando gli ostacoli frapposti dai confini tra gli Stati. A fronte di tali vantaggi, non mancano numerose criticità. Lo studio analizza tali profili, ricostruisce i rapporti dell'istituto con altri nuovi strumenti di cooperazione in vigore o di prossima adozione nell'ambito dell'Unione europea (MAE, OEI, OPE e OCE) ed approfondisce le interazioni con il nuovo organismo di indagine europeo (EPPO).

Nel capitolo II, dal titolo "Soggetti, strumenti, paradigmi della cooperazione investigativo-probatoria", si delineano i tratti paradigmatici dell'istituto, ponendoli in risalto mediante il loro raffronto con quelli del modello rogatorio e del reciproco riconoscimento; inoltre, si analizzano i possibili intrecci tra le SIC ed autorità non statali, come gli ufficiali in servizio presso l'OLAF, *Europol* o *Eurojust*.

L'Autore osserva che «il processo di "verticalizzazione" è coinciso con lo sviluppo di *Eurojust*, che ha fatto sì che le concorrenti prospettive del coordinamento investigativo e di un più efficace funzionamento dei diversi profili della cooperazione giudiziaria si s[ia]no profondamente intersecate» fino a trovare, nell'ambito unionale, «un loro punto di equilibrio. Caratteristiche innovative riferibili all'Agenzia *Eurojust* sono il superamento del modello della semplice cooperazione "orizzontale" tra gli Stati membri e l'avvio di un processo di "verticalizzazione" dell'attività investigativa nel contesto della progressiva delineazione dello spazio giudiziario europeo. Se è pur vero che le indicazioni di *Eurojust* non risultano vincolanti, i suoi *inputs* vanno nella direzione di assicurare coerenza e razionalità all'attività investigativa concernente i reati aventi una connotazione transnazionale, evitando inutili sovrapposizioni tra le diverse iniziative, secondo gli scopi tipici della funzione di coordinamento, che non si caratterizza per l'esercizio in via diretta dell'attività d'indagine, ma per la concertazione dell'operato dei soggetti coordinati verso il perseguimento di obiettivi comuni e nell'ambito di una strategia unitaria. Ebbene, le squadre investigative comuni rappresentano il principale metodo di azione applicato da *Eurojust* nello svolgimento dell'attività di coordinamento».

L'Autore riporta poi lo sguardo sull'Unione Europea; la disciplina delle squadre investigative comuni è stata introdotta con l'art. 13 della Convenzione di Bruxelles del 29 maggio 2000, relativa all'assistenza giudiziaria in materia penale, entrata in vigore sul piano internazionale il 23 agosto 2005, e con la successiva Decisione quadro 2002/465/GAI del 13 giugno 2002, il cui termine di attuazione da parte degli Stati membri scadeva il 31 dicembre 2002: l'analisi di entrambe le fonti costituisce oggetto del capitolo III.

All'attuazione di quest'ultima fonte si è provveduto adottando, il 15 febbraio 2016, il decreto legislativo n. 34: un travagliato *iter*, durato ben quattordici anni, durante i quali non sono mancati tentativi di implementazione, effettuati mentre nel

resto d'Europa si era via via già adempiuto (retrospettive di cui dà conto il capitolo IV).

Infatti, la Decisione quadro è stata attuata dagli altri Stati membri ben prima del nostro Paese. Il recepimento è avvenuto in maniera non uniforme e secondo modalità differenti: talora adottando una disciplina specifica sulle squadre investigative comuni, altre volte interpolando il codice penale o il codice di procedura penale oppure semplicemente richiamando la diretta applicabilità della Convenzione europea di assistenza giudiziaria del 2003. L'art. 18, comma 1, lett. a), della l. 9 luglio 2015, n. 114 (legge di delegazione europea per il 2014) reca la delega per l'attuazione della Decisione quadro 2002/465/GAI, che è stata esercitata con il d.lgs. 15 febbraio 2016, n. 34, entrato in vigore il 25 marzo dello stesso anno. La Decisione quadro è stata così finalmente attuata. L'Autore, in senso critico, osserva che «l'attesa, già insostenibile per aver "annacquato" i suoi nobili propositi di anticipare taluni effetti della Convenzione di Bruxelles, ossia la disciplina sulle squadre investigative ivi prevista, è diventata persino beffarda allorquando, appena cinque mesi dopo, quella convenzione è stata ratificata (anche in tal caso) a seguito di una (altrettanto, ma ancor più) lunga aspettativa. E neppure si comprende perché ad uguale sintassi temporale non si sia fatta coincidere una comune struttura semantica, invece di trattare le due fonti sovranazionali come se fossero due corpi estranei. In questo contesto diventa difficile comprendere le ragioni di quest'idiosincrasia legislativa».

Lo strumento soddisfa l'esigenza, particolarmente avvertita nell'accertamento e nella repressione dei reati aventi dimensioni sovranazionali, della diretta partecipazione degli organi titolari dell'azione penale all'attività di indagine da svolgere sul territorio di uno Stato estero. Le linee generali dell'istituto, così come disciplinato dal d.lgs. n. 34/2016, unitamente alla procedura "attiva" di creazione della squadra investigativa comune, al procedimento "passivo", ai contenuti dell'atto costitutivo, al regime di utilizzazione e scambio degli atti d'indagine raccolti e delle informazioni ottenute, sono temi scandagliati nel capitolo V dal titolo "L'implementazione "interna" della decisione quadro"; l'analisi dà contezza di come l'adeguamento non sia sempre risultato coerente con gli impegni sovraordinati, circostanza che rende necessario interrogarsi su eventuali soluzioni interpretative adeguatrici.

Si legge che «con l'introduzione di "gruppi investigativi misti" anche il nostro Paese si è dunque dotato di uno strumento investigativo più moderno rispetto alla tradizionale commissione rogatoria e le cui linee generali (e distintive) possono sintetizzarsi nella possibilità di superare il 'dualismo' tipico dell'assistenza giudiziaria, aprendo alla partecipazione di più Stati; nella composizione 'non stechiometrica' del team, costituito dai rappresentanti di autorità sia giudiziarie che di polizia; nell'ammettere la realizzazione di attività *extramoenia* degli organi inquirenti nazionali; nel mutamento delle cadenze cronologiche della cooperazione, consentendo che la stessa avvenga "in tempo reale" rispetto agli avvenimenti oggetto

di indagine; nell'affrancamento dal ricorso a richieste di assistenza giudiziaria reciproca per la condivisione delle informazioni e delle prove raccolte, che possono invece essere scambiate direttamente».

L'altra fonte sovranazionale (ovverosia la Convenzione di Bruxelles), invece, è stata attuata dall'Italia in tempi più recenti, ad opera del d.lgs. n. 149 del 2017, che ha modificato il Libro XI del codice di procedura penale relativo ai rapporti giurisdizionali con autorità straniere e ha introdotto l'art. 729-*quinquies* c.p.p., in materia di squadre investigative comuni.

Nel capitolo VI l'Autore si è, invece, preoccupato di mettere in luce il carattere potenzialmente "extra-UE" dello strumento. Infatti, si è reso stabile l'impiego delle squadre investigative comuni nell'ordinamento, sia per quanto attiene ai rapporti con i Paesi membri dell'Unione, sia nei rapporti con le autorità giudiziarie di Stati extraeuropei, nei casi previsti e alle condizioni stabilite dai relativi accordi internazionali (alcuni dei quali oggetto di esame nel medesimo capitolo). Emerge uno dei tratti maggiormente distintivi dello strumento: la sua capacità "inclusiva", cioè di coinvolgere appunto anche autorità di Paesi extraeuropei. Questa qualità dei *joint investigation teams* (JITs) fa il paio con un'altra parimenti rilevante: quella di poter interagire con gli altri strumenti di cooperazione espressivi del principio di riconoscimento reciproco (quali, in particolare, l'ordine di indagine europeo), quasi completandosi a vicenda o, comunque, ampliando il catalogo da cui le autorità inquirenti possono selezionare il mezzo ritenuto più adeguato alla fattispecie concreta.

Il capitolo VII, intitolato "Interazioni con altri organismi e strumenti di cooperazione", è specificatamente dedicato a ricostruire tali intersezioni non solo in chiave oggettiva, ma anche soggettiva, ovvero tra le SIC e gli altri organismi investigativi (come la Procura europea, che, nello svolgimento di indagini transfrontaliere di sua competenza che coinvolgano Stati membri non aderenti all'EPPO – acronimo di *European Public Prosecutor's Office* – o Paesi terzi, può servirsi dell'istituto delle squadre investigative comuni).

In senso critico l'Autore non manca di sottolineare che «se tendenzialmente la cooperazione tra le forze dell'ordine diviene sempre più multi-territoriale, a tale espansione non corrisponde quella riguardante le garanzie soggettive, che restano nell'orbita di una dimensione per lo più nazionale. Occorre evitare pericolosi asservimenti alle prerogative efficientistiche, trovando un equilibrio tra queste e le esigenze di protezione dei diritti delle persone indagate. Sotto questo profilo, si addensano zone d'ombra. Si fa ricorso pressoché esclusivo alle leggi domestiche dei vari Stati membri quale criterio unico per determinare la disciplina applicabile all'attività investigativa della squadra, lasciando sostanzialmente immutata la disomogeneità normativa riscontrabile tra i sistemi processuali nazionali in tema di ricerca della prova: di conseguenza, non solo potrebbe accadere che le risultanze delle indagini condotte dal *team* in uno Stato membro non riescano a essere "spendibili"

davanti all'organo giurisdizionale presso cui s'incardina il processo ma, peggio ancora, che lo siano a discapito delle garanzie della difesa. Sussiste poi il rischio che si alimentino prassi devianti, come quella del cosiddetto *forum shopping*. Le fonti, sovranazionali e interne, non sono affatto prodighe di enunciazioni riguardanti le situazioni patologiche che potrebbero verificarsi e presentano vuoti di legalità e carenze nell'ottica difensiva, cui non corrispondono divieti d'uso processuale. In tale rarefatto panorama normativo l'intervento inquirente può dispiegarsi con incontrollabile fluidità. Non è casuale che l'esigenza (come la difficoltà) dello sfioramento *ultra fines* sia stata avvertita maggiormente in relazione alla fase investigativa, lì dove troppo spesso si concentra una «abnorme quantità di poteri cumulati nelle mani del pubblico ministero, che finiscono con il caratterizzare l'andamento successivo del procedimento», riuscendo spesso a determinarne «le sorti tramite la raccolta del materiale investigativo», in molti casi a scapito dell'indagato, a causa del consumarsi di «vasti margini del diritto alla prova della difesa». Se la condizione depotenziata in cui versa l'indagato si registra “normalmente” quando è soggetto al potere d'indagine di un solo ordinamento, può ben immaginarsi quanto lo svantaggio si acuisca quando si trovi sottoposto alla concomitante azione investigativa di più Stati».

A completare il quadro poco confortante si insinua la preoccupazione che, anche con riferimento alle squadre investigative comuni – nonostante in seguito alla Decisione quadro sulle squadre investigative comuni, il legislatore europeo abbia maturato una maggiore sensibilità sul tema delle garanzie difensive – possa affermarsi una giurisprudenza di legittimità che, in tema di rogatorie, si accontenti di soglie di garanzie livellate “al ribasso”. Sul punto la direttiva 2013/48/UE ha fissato gli *standards* minimi sul diritto all'assistenza del difensore, tanto nei processi penali quanto nei procedimenti di esecuzione del mandato di arresto europeo.

Altro aspetto da esaminare attiene all'ipotesi in cui vengano compiute attività investigative non previste dall'accordo costitutivo o difformi rispetto ai suoi contenuti. Nella fonte sovranazionale nulla è previsto circa le conseguenze processuali di attività investigative poste in essere al di fuori dei limiti stabiliti dalla stessa: più in generale, manca un riferimento al “rimedio” adoperabile nel caso in cui la “regola procedurale” posta dalla Decisione quadro (quella che impone il rispetto delle condizioni prestabilite nell'accordo) venisse infranta. Una diversa questione – attinente alla conformità degli elementi raccolti dalla squadra investigativa comune rispetto ai “limiti” e alle garanzie difensive posti dal diritto nazionale – si presenta quando la prova è stata acquisita nel pieno rispetto della Decisione quadro e dell'accordo, ma risulta incompatibile con i canoni domestici. Evenienza tutt'altro che remota, posto che l'assetto proposto dalla Decisione quadro 2002/465/GAI deve fare i conti con la frammentazione normativa riscontrabile tra gli Stati membri in tema di ricerca della prova, ammissione e utilizzazione. Più in generale, manca un nucleo di regole uniformi per lo svolgimento delle indagini a livello europeo ed è



assente un preventivo ravvicinamento tra le disposizioni legislative dei differenti ordinamenti: le indagini sono transnazionali, ma è centrale la dimensione statale, giacché le procedure e le modalità per l'adozione delle misure sono disciplinate dal diritto nazionale applicabile.

Di qui la necessità di interrogarsi, all'interno del capitolo VIII intitolato "Investigazioni *contra ius* e circolazione dei risultati", circa i possibili rimedi contro le situazioni patologiche innescate dall'utilizzo dello strumento.

L'Autore immagina ed auspica interventi di armonizzazione; un possibile accorgimento, quantomeno a livello europeo, utile a preservare le tutele individuali contemplate dalla disciplina nazionale, risiede nella valorizzazione dei principi prescritti o desunti dalle Carte sovranazionali, al fine di orientare prima la stesura dell'accordo e l'attività della squadra e, successivamente, la valutazione dell'autorità giudicante chiamata a vagliarne ammissibilità e utilizzabilità. Si legge, infatti, che «l'azione della squadra investigativa dovrebbe ancorarsi ad alcuni «parametri inossidabili», quali diritti di libertà (anche morale), contraddittorio e difesa. E anche se nel d.lgs. n. 34/2016 manca un richiamo esplicito all'art. 6 TUE o alla Carta di Nizza, la lacuna potrebbe essere colmata riconducendo a quelle fonti il suo art. 3, comma 4, in modo da "costringere" *an e quomodo* dell'indagine al rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo».

In conclusione, il volume, frutto di un'ampia ricerca svolta avvalendosi anche di numerose fonti bibliografiche straniere, viene a porsi come testo di riferimento per futuri approfondimenti sull'istituto delle SIC, ricostruito dall'Autore in modo esaustivo e originale, evidenziando vantaggi e criticità.

Dorella Quarto

Nicolangelo Ghizzardi, Arturo Guastella, *Taranto tra pistole e ciminiere, ieri e oggi. Storia di saghe criminali*, Icaro Libri, Lecce, 2023, pp. 323.

Nel 2011 Nicolangelo Ghizzardi e Arturo Guastella pubblicarono un libro di grande successo, *«Taranto, tra pistole e ciminiere. Storia di una saga criminale»*.

A distanza di più di dieci anni, gli Autori hanno dato alle stampe una nuova versione del volume, intitolato ora *«Taranto tra pistole e ciminiere, ieri e oggi. Storia di saghe criminali»*. In questa nuova edizione, alla storia della saga del “clan Modeo”, che ha tenuto sotto scacco la città di Taranto tra la fine degli anni '80 e l'inizio degli anni '90 del secolo scorso – narrazione arricchita da nuovi particolari e dall'intervista-scoop, il 21 giugno 2022, all'ultimo dei fratelli Modeo ancora in vita, Gianfranco, divenuto collaboratore di giustizia –, si aggiungono nuove più recenti “saghe criminali”, quelle dei “colletti bianchi” protagonisti delle vicende giudiziarie che via via hanno coinvolto istituzioni e imprese della città (il Comune e la Provincia di Taranto, la Marina Militare, la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Taranto, e, soprattutto, il Centro siderurgico ILVA).

Il libro si differenzia da molti altri volumi che sono stati scritti sulla criminalità organizzata soprattutto da magistrati impegnati come investigatori nelle indagini sulla Mafia, sulla 'Ndrangheta, sulla Camorra, sulla Sacra Corona Unita, perché protagonista non è soltanto la criminalità organizzata, e in particolare il “clan Modeo”, e le più recenti inchieste sulla corruzione e sul disastro ambientale, ma un'intera città, la città di Taranto. «Taranto, tra pistole e ciminiere», appunto. Viene narrato uno spaccato della storia della città attraverso il resoconto puntuale e dettagliato di fatti che hanno inciso profondamente nella realtà tarantina, nella consapevolezza che un popolo che non ha memoria non può avere futuro.

Il volume, infatti, costituisce anche un'indagine socio-economica ben documentata sulla città dei due mari: per spiegare il progressivo affermarsi della criminalità organizzata, racconta com'era Taranto prima degli anni '60, prima dell'Italsider, una città marinara che viveva soprattutto della ricchezza prodotta dall'Arsenale militare e dai cantieri navali; come è diventata la città dopo la costruzione del Centro siderurgico più grande d'Europa, l'ILVA (ora Acciaierie d'Italia), una città efficacemente definita “industriale”, ma non “industrializzata”, con gravissimi danni al territorio, all'ambiente e allo stesso tessuto socio-economico; come avrebbe potuto essere, se ci fosse stato uno sviluppo diverso; e, infine, come potrebbe ancora diventare, con uno scatto di orgoglio dei tarantini.

Un messaggio di speranza finale, dunque, chiude il libro, che fa leva sul desiderio di riscatto dei cittadini di Taranto. La speranza – si legge – è che «i giovani sappiano dare a questa città il futuro che, finora, i loro padri invece le hanno negato, gettando il seme di una sana ricostruzione le cui fondamenta poggino non sul “cemento depotenziato” ma sui ben più solidi valori della legalità e dell'onestà. La speranza è che, finalmente, l'idea di fuggire ad ogni costo da questa città per cercare altrove il

luogo dove studiare, dove lavorare o dove curarsi ceda il passo all'orgoglio di sentirsi cittadini di Taranto a Taranto. Ma i miracoli possono davvero accadere e, come afferma Edoardo Winspeare nel film *Il Miracolo*, "le cose che sembrano impossibili poi succedono"»

Un desiderio di riscatto che evidentemente non può non passare anche attraverso la cultura, l'istruzione, la formazione universitaria: non è un caso che la sede del Dipartimento Jonico dell'Università di Bari Aldo Moro sia stata collocata nel cuore della Città vecchia, nel bellissimo ex Convento di San Francesco, in un territorio urbano fino ad alcuni anni fa considerato assolutamente impraticabile ai più (esattamente come il borgo antico di Bari, prima della rinascita con il "piano Urban").

Il libro – impreziosito dalla introduzione di Marina Uttieri, alla quale si deve anche il disegno della copertina, e dalla prefazione di Mimmo Mazza, Direttore de «La Gazzetta del Mezzogiorno» –, riveste un grande interesse, e non solo, evidentemente, per i tarantini, perché costituisce una denuncia di valore nazionale: è un saggio, ma un saggio che si legge d'un fiato come un romanzo, e che potrebbe assai efficacemente essere trasposto in un film, come già accaduto per «*Romanzo Criminale*», il celebre libro di Giancarlo De Cataldo ispirato alla storia della "banda della Magliana", divenuto un film di successo con la regia di Michele Placido, con la differenza che nel nostro caso i fatti raccontati da Ghizzardi e Guastella sono storicamente accaduti e ricostruiti con assoluta precisione e puntualità.

Non manca davvero nulla: dai tradimenti agli agguati, dal contrabbandiere di sigarette ucciso per essersi vantato di essere più bravo di altri nel traffico, alle vendette trasversali che fanno saltare anche i vecchi codici d'onore che salvaguardavano donne e bambini.

Del resto, l'emittente televisiva La7 qualche anno addietro ha riservato proprio a Taranto e al "clan Modeo" la prima puntata della interessante serie di *docu-fiction* "Città Criminali", dedicata alle capitali della cronaca nera italiana (facilmente reperibile anche su *youtube*), attraverso materiale di repertorio della RAI, di Telenorba, di Studio 100 e interviste ai protagonisti dell'epoca.

Dunque, un libro molto ben strutturato e documentato, che nasce dall'esperienza professionale di Ghizzardi e Guastella e che si fonda sugli atti processuali e riporta spesso interi stralci di sentenze, ma anche brani della relazione del 1989 della Commissione parlamentare antimafia, sottolineando che spesso quest'ultima non riuscì a cogliere appieno la peculiarità del fenomeno criminale a Taranto.

Qual è la peculiarità del "caso Taranto"? Il fatto che, sul finire degli anni '80, senza alcun radicamento storico sul territorio jonico, viene in poco tempo ad affermarsi un'associazione criminale, che fa capo ad Antonio Modeo, detto "il Messicano", ed ai suoi fratelli Gianfranco, Riccardo e Claudio, con tutte le caratteristiche di una vera e propria associazione di tipo mafioso, così impedendo, peraltro, l'"espansione colonialistica" di Cosa Nostra, 'Ndrangheta e Camorra. Si assiste così ad "un salto di qualità" della criminalità tarantina, alla trasformazione del crimine in vera e propria

impresa, attraverso il reimpiego dei proventi illeciti in varie attività imprenditoriali, a cominciare dall'edilizia.

Il prologo della storia del "clan Modeo" raccontata nel volume è strepitoso, perché ci fa immergere immediatamente nella realtà malavita, una realtà valoriale completamente ribaltata rispetto alla nostra.

«Improvvisamente è venuto a mancare Vincenzo Cesario. Ne danno il felice annuncio i fratelli Pasquale, Giuseppe e Cosimo con le rispettive mogli e il resto della famiglia. I funerali non avranno luogo perché la salma è stata buttata via. Ringraziamo coloro che si assoceranno al nostro pensiero». È questo il testo di un manifesto funebre che ha tappezzato i muri della città di Taranto, all'indomani della diffusione della notizia del pentimento di un boss di grosso calibro come Vincenzo Cesario, e che segna in modo plateale la dissociazione della sua famiglia da questo comportamento ritenuto evidentemente "infame", secondo i canoni della malavita.

Un episodio, la plateale dissociazione della famiglia di un pentito, che si è in seguito più volte ripetuto, anche in altri contesti criminali, probabilmente anche per il timore di ritorsioni.

Dunque, c'è stato davvero un momento in cui Taranto ha rischiato di essere assimilata alle città a più alta densità mafiosa di Sicilia, Campania o Calabria. È stato appunto sul finire degli anni '80, allorché il capoluogo ionico venne squassato da un'ondata di violenza senza precedenti, tanto da contare nell'arco di pochi anni ben 169 morti, tra i quali anche vittime innocenti, come quelle della c.d. "strage della barberia" del 1° ottobre 1991.

Gli autori del volume raccontano eventi che hanno potuto osservare da posizioni privilegiate: Ghizzardi, in qualità di sostituto procuratore della Procura di Taranto, istruì il processo "Ellesponto", che si concluse con pesanti condanne per i componenti del "clan Modeo"; Guastella, da giornalista, aveva seguito "in diretta" tutta la vicenda, subendo anche pesanti minacce dai fratelli Modeo.

La nascita e l'affermazione dell'organizzazione criminale dei Modeo è stata individuata da Ghizzardi e Guastella in diversi fattori.

All'inizio degli anni '80, la crisi economica si faceva sentire, con conseguente disagio sociale ed elevato livello di disoccupazione. All'inerzia della classe politica del tempo fece da *pendant* l'insufficienza, almeno nei primi anni, delle indagini delle forze dell'ordine e della magistratura, con una evidente sottovalutazione di quello che sarebbe divenuto un fenomeno criminale incontrollabile. «In sostanza, un degrado culturale e civile non contrastato dalle amministrazioni locali» che – si legge nel libro – "troppo spesso contaminate da un malcostume politico-amministrativo e da una diffusa illegalità, non mancano di manifestare una certa permeabilità alle infiltrazioni malavite».

La cruenta ed efferata "guerra di mala" di quegli anni vide contrapposti gruppi criminali che stavano imponendo la logica della "legge del più forte", dando vita ad una lotta senza esclusione di colpi – soprattutto nel quartiere Tamburi – pur di

assicurarsi il controllo del territorio e di tutti i traffici illeciti che potevano garantire lautri introiti, dal contrabbando di sigarette alle estorsioni, dall'usura alle bische clandestine, dal traffico di sostanze stupefacenti a quello delle armi.

Il tutto fino ad arrivare alla decisa reazione dello Stato, concretizzatasi nelle grandi inchieste sfociate in centinaia di arresti e poi nei maxi-processi. L'intervento deciso delle istituzioni chiuse quello che per Taranto è stato uno dei periodi più tristi della sua storia recente.

Ma c'è di più, quasi a voler richiamare l'origine stessa della città spartana, la violenza che viene raccontata nel libro si tinge dei colori della tragedia: l'intera famiglia dei Modeo è protagonista di una faida sanguinosa, che sembra proiettarci nel bel mezzo di un'antica tragedia, anzi di quel ciclo di tragedie che la letteratura greca ci ha tramandato. Non è facile comprendere i motivi che hanno messo fratello contro fratelli, figlio contro madre, in un crescendo di violenza che ha determinato matricidi e fratricidi. Come, perciò, non pensare ad Eschilo e alla sua «*Oresteia*» un ciclo di tre tragedie («*Agamennone*», «*Coefore*» e «*Le Eumenidi*») dove protagonista è proprio il *ghenos*, la famiglia, che in quel caso era quella degli Atridi, con due fratelli, Atreo e Tieste, che si scannano fra loro; un padre, Agamennone, che non esita a sacrificare alle sue ambizioni l'innocente figlioletta, Ifigenia; una moglie, Clitennestra, che non perdonerà mai quel sacrificio al marito, tanto che insieme all'amante Egisto (figlio di Tieste), pugnerà a morte Agamennone, appena ritornato dopo la presa di Troia; e, infine, un figlio, Oreste, che trucerà la madre Clitennestra e lo stesso Egisto, con la complicità della sorella Elettra.

Qui, avviene la stessa cosa, con un figlio, Antonio Modeo, che autorizza o comunque avalla l'omicidio della propria madre, Cosima Ceci, e con i suoi tre fratelli, Claudio, Gianfranco e Riccardo, che commissionano ad un malavitoso barese, Salvatore Annacondia, detto "Mano mozza", la sua uccisione. Con ogni probabilità, osservano gli Autori, la conflittualità tra Antonio Modeo e i suoi fratelli ha la sua origine in radici profonde, al di là del *casus belli*: «Antonio, figlio di Cosima Ceci al pari di Riccardo, Gianfranco e Claudio, ha però padre diverso e questo determina una sorta di rivalità genetica alimentata, forse, anche dalle preferenze accordate dalla madre a Riccardo, Gianfranco e Claudio».

Come già accennato, grande spazio nel volume è riservato anche al "caso ILVA": dalla posa della prima pietra dell'Italsider nel 1960, che ha segnato per sempre la storia della città e dei suoi abitanti, alle vicende giudiziarie susseguitesi a partire dal 2012, a seguito dell'emersione della "questione ambientale", derivante soprattutto dal rilascio di polveri PM10 e PM2,5, con il drammatico conflitto tra il diritto al lavoro e il diritto alla salute, fino alle ultime vicende del "mostro d'acciaio".

Nicola Triggiani

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 443 pagine.

ISBN 9788894665161