

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICO-SOCIALI E DELL'AMMINISTRAZIONE

# ANNALI

9/2007





UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE  
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICO-SOCIALI  
E DELL'AMMINISTRAZIONE

# ANNALI

9/2007



*Direttore*

Valentino Petrucci

*Comitato scientifico*

Orazio Abbamonte

Onorato Bucci

Rocco Favale

Stefano Fiore

Lucio Francario

Gianmaria Palmieri

Marco Parisi

Andrea Rallo

Giovanni Varanese

*Comitato di redazione*

Carmelo D'Oro

Giorgio Palmieri

Annali 9/2007

Collana: Università degli Studi del Molise

Dipartimaneto di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione

Campobasso: Arti Grafiche la Regione srl, 2008

pp. 760; 17x24 cm

© 2008 by Arti Grafiche la Regione srl

C.da Pescofarese, 44 - Ripalimosani (Campobasso)

[www.artigrafichelaregione.com](http://www.artigrafichelaregione.com)

[info@artigrafichelaregione.com](mailto:info@artigrafichelaregione.com)

ISBN 978-88-88102-21-4

## INTERVENTI

«LA LINGUA ITALIANA NELLE RELAZIONI  
FRA ISTITUZIONI E CITTADINI»



MASSIMO ARCANGELI

## Italiano settoriale e italiano comune

SOMMARIO: 1. Questioni terminologiche. - 2. Tratti distintivi di una lingua settoriale. - 3. Dall'italiano settoriale comune: un esempio di riscrittura. - 4. Identikit di una lingua settoriale.

### 1. Questioni terminologiche

Diverse, nella letteratura sull'argomento, le proposte di complessiva denominazione avanzate dai vari studiosi per quelle varietà di una lingua che pertengono ad ambiti specifici – tecnici e/o professionali – di applicazione (cfr. Cortelazzo 2007<sup>3</sup>: 7): da *linguaggi specialistici* a *linguaggi settoriali*, da *lingue speciali* a *sottocodici* (con eventuale determinazione: *sottocodice giuridico, medico, burocratico*, etc.), da *microlingue* a *tecnoletti*. La migliore designazione mi sembra in prima approssimazione quella di *lingue settoriali*, che ha il vantaggio di recuperare la centralità della componente verbale nel determinato (rispetto a *linguaggi settoriali*) e di rinviare all'oggetto di pertinenza – i vari “settori” di riferimento – nel determinante (rispetto a *lingue speciali*<sup>1</sup>).

Per quel che attiene alle varietà espresse all'interno dei diversi ambiti tecnico-specialistici si potrebbe in prima istanza distinguere, con due tipiche espressioni prese in prestito alla teoria della conversazione (cfr. Holmes 1984), le *lingue speaker-oriented* da quelle *addressee-oriented*<sup>2</sup>: le pri-

<sup>1</sup> La soluzione preferita da Cortelazzo (2007<sup>3</sup>: 8), in quanto «*speciale* avvicina l'etichetta italiana a quelle correnti in altre lingue (ingl. *special languages*, fr. *langues de spécialité*, ma non ted. *Fachsprachen*)». Si potrebbero aggiungere alla lista le spagnole *lenguajes especializados* e *lenguas especializadas* (assai più diffuse, rispettivamente, di *lenguajes sectoriales* e *lenguas sectoriales*), ma andrà comunque precisato che l'espressione francese presuppone una serie di significati del determinativo *specialité* ('ambito tecnico-specialistico', 'complesso di conoscenze di un determinato campo o dominio', 'mestiere', 'professione' e sim.) sconosciuti al corrispondente italiano e in parte invece coincidenti con quelli coperti da *settore*.

<sup>2</sup> Si prenda il caso delle cosiddette interrogative “caudate”, il cui uso è spesso «sintomatico dell'intima familiarità fra [...] [gli] interlocutori e del loro bisogno di ribadirla alleggerendo il tono dei rispettivi enunciati» (Arcangeli 2005a: 165). *A questo punto ve ne sie-*

me sarebbero il normale strumento della comunicazione fra gli addetti ai lavori, le seconde presupporrebbero gli scenari della divulgazione, dell'insegnamento e di ciò che si potrebbe chiamare la "deprofessionalizzazione" (comunicazione medico/paziente, giudice/imputato, venditore/acquirente, bancario/correntista, etc.): ci si sveste o semisveste dell'abito terminologico inerente la propria professione o il proprio mestiere per venire sostanzialmente incontro alle esigenze di comprensione dell'utente comune. Ripartizioni del genere, com'è evidente, vedono subentrare alla classica e un po' datata dimensione orizzontale di analisi delle lingue settoriali, che trae la sua ragion d'essere dai domini tecnico-scientifici di appartenenza (fisica, matematica, medicina, diritto, economia, etc.), una dimensione verticale, frutto dei condizionamenti esercitati dalla natura dell'approccio:

da una concezione statica, in primo luogo lessicale, ben documentata dalla tradizionale concentrazione su aspetti di terminologia, l'ottica si estende alla dimensione pragmatica, relativa al rapporto tra uso della lingua a scopi tecnici e destinatari del messaggio, e alla dimensione testuale con l'applicazione di categorie e prospettive della linguistica del testo. Una delle conseguenze è l'approfondimento del concetto di stratificazione delle lingue speciali sullo sfondo di un loro uso in situazioni comunicative coinvolgenti interlocutori diversi per tipi e grado di competenza tecnica. Alla stratificazione orizzontale, sorta dalla crescente specializzazione del sapere scientifico e tecnologico, si affianca la stratificazione verticale, riflesso della variabilità pragmatica all'interno dello stesso settore<sup>3</sup>.

Costituisce un esempio di "verticalizzazione" dell'accostamento alle lingue settoriali lo schema sottostante, elaborato da Serianni (2007: 14); vi si coglie perfettamente la progressione, applicata alla lingua medica, che dal lessico iperspecialistico, attraverso le tre fasce intermedie rappresentate dalle voci di alto, medio e basso specialismo, conduce verso la serie

*te andati, no?*, per esempio, se si immagina che il parlante sappia perfettamente che il fatto su cui sembra volersi informare è avvenuto, è domanda «orientata verso il destinatario [...], apparendo una *affektive question* interessata a dimostrare solidarietà ai partecipanti all'interazione piuttosto che una reale richiesta di informazione» (*ibid.*, p. 166). *Sei poi andato a votare ieri, vero?* «è invece orientata in parte verso il parlante [...], perché ha un effettivo valore di domanda, in parte verso il destinatario, perché comunque realizzata nella forma anch'essa solidale di una *tag question*» (*ibid.*); la versione *speaker oriented* di quest'ultima sarebbe semplicemente *Sei (poi) andato a votare ieri?*

<sup>3</sup> Rovere (1989: 135).

dei termini familiari anche alla gente comune. Man mano che si scende lungo la piramide rovesciata, dal serbatoio lessicale più capiente (base) a quello meno capiente (vertice), con la diminuzione del tasso di specialismo / tecnicismo decrescono anche le competenze dell'eventuale destinatario (fino a raggiungere il gradino più basso nei termini *fondamentali*): la lingua della medicina, lungo un tragitto che – malgrado l'apparenza di una netta separazione tra le cinque fasce – si dovrà ovviamente intendere come compiuto in un *continuum*<sup>4</sup>, da *speaker-oriented* si fa via via sempre più *addressee-oriented*.



<sup>4</sup> Conseguentemente, «come avviene sempre nei livelli intermedi di un *continuum* [,] è arbitrario porre distinzioni rigide e persino assegnare secondo una certa scala ciò che non appartiene a uno dei due poli. L'unica categoria di assetto certo, perché intuitivo, è quella più bassa, concentrata nel vertice del triangolo che si incunea nella lingua comune e ne condivide pochi termini appartenenti al lessico fondamentale [...] o comunque attribuibili alla competenza dell'intera comunità, come dimostra la frequente presenza nei dialetti» (Serianni 2007: 14 sg.).

La doppia stratificazione orizzontale/verticale indicata consente di superare la rigida e ormai anacronistica distinzione fra *varietà di registro* e *lingue settoriali*, fatta propria più di trent'anni fa da Gaetano Berruto<sup>5</sup>, di cui ho proposto in un mio vecchio saggio la neutralizzazione indicando le varietà tecnico-scientifiche con l'espressione di *stili funzionali*<sup>6</sup>: il primo termine suggeriva l'adattamento al contesto contemplato dall'atto costitutivo stesso della nozione di registro, il secondo le specifiche mansioni di cui ogni lingua settoriale degna di questo nome è chiamata a rispondere.

Quella mia proposta, che allora circoscriveva la validità della sua portata all'italiano dei primi secoli, potrebbe adattarsi facilmente anche ai tempi correnti. Penso in particolare alla categoria dei cosiddetti "testi misti", applicata inizialmente da Maurizio Dardano<sup>7</sup> (e dalla sua scuola) agli ibridi testuali risultanti dalla contaminazione fra i diversi ambienti o fra i diversi settori; un genere, ha osservato recentemente Giuseppe Antonelli in un denso e brillante lavoro, che

pur mantenendo gli scopi e i caratteri di base del tipo testuale di appartenenza (una cronaca sportiva, una recensione cinematografica, un bollettino meteorologico, uno spot pubblicitario), assum[e] da altri tipi testuali – e dunque da altri linguaggi settoriali – determinati elementi, che hanno l'effetto di rendere più vario, più gradevole il messaggio, velandone a volte la vera finalità. Così è facile trovare, in un articolo sportivo, vocaboli tratti dalla fisiologia come *aerobico* e *anaerobico*, *neuromuscolare*, *ematopoiesi* ecc. o pagine dedicate allo spettacolo in cui si parli di *steady camera*, *video a cristalli liquidi*, *alta definizione*<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> *Sottocodice* era per lui qualunque «varietà del codice lingua caratterizzata da una serie di corrispondenze aggiuntive, che cioè si aggiungono a quelle comuni e generali del codice (soprattutto a livello lessicale), ed usata in corrispondenza a sfere e settori definiti di attività all'interno della società e in dipendenza dall'argomento di cui si parla» (Berruto 1974: 68), *registro* «qualunque varietà del codice lingua dipendent[e] dalla situazione e caratterizzat[a] [...] dall'utilizzazione di certi elementi del codice piuttosto che di altri elementi» (*ibid.*, p. 70; la distinzione sopravvive praticamente invariata in Berruto 1995, appena più problematico).

<sup>6</sup> Arcangeli (1997: 93). Particolarmente diffuso in inglese a designare un sottocodice, in alcune scuole di pensiero di orientamento perlopiù variazionistico («e con fondamentale riguardo ai fatti fonetici»: Berruto 1995: 148), il termine *style* (cfr. per esempio Spillner 1987).

<sup>7</sup> Già nella prima metà degli anni Novanta lo studioso aveva parlato di "mescolanza" fra «linguaggi tecnico-scientifici» e «linguaggi istituzionali» (Dardano 1993: 324).

<sup>8</sup> Antonelli (2007: 23 sg.).

## 2. *Tratti distintivi di una lingua settoriale*

Fra le proprietà caratterizzanti un linguaggio scientifico dovrebbero figurare almeno le seguenti:

- a) l'univocità semantica dei termini che vi trovano accoglienza, contrapposta alla generale polisemia del vocabolario dell'uso comune, e lo stretto legame con il referente che ne discende;
- b) la rigorosa selezione che s'impone nella scelta di quei termini, anch'essa diretta risultante di una ricerca – operata stavolta sul piano del significante – di sostanziale univocità<sup>9</sup>; discorso valido anche per la «formazione delle parole[,] [...] in genere limitata a pochi tipi intensamente sfruttati: per esempio suffissati in *-zione*, *-ismo*, *-aggio*» (Dardano 1994: 498);
- c) l'ampio ricorso all'astrazione e alla nominalizzazione;
- d) l'utilizzazione dell'indicativo presente (attivo e passivo) constatativo-descrittivo (Dardano 1994: 498), delle terze persone, delle forme impersonali – e, anche qui, nominali – del verbo, con conseguente ridimensionamento degli altri tempi, degli altri modi, delle altre persone verbali;
- e) la presenza di classiche soluzioni testuali argomentative<sup>10</sup>: alto livello

<sup>9</sup> «La relativa esiguità del bagaglio lessicale delle varie discipline è dovuta essenzialmente alla volontà del mondo scientifico di non avere doppioni nella designazione dei vari concetti tecnici. Questa esigenza si è imposta specialmente nei secoli XVII e XVIII, ispirata da scienziati quali Galileo, Newton e Lavoisier» (Gotti 1991: 19).

<sup>10</sup> Contaminazioni e incroci della più diversa natura permettendo, e sebbene perfino un testo letterario possa facilmente accogliere in sé tratti caratteristici del discorso argomentativo (Beaugrande/Dressler 1984 [1981]: 241; Sabatini 2001a: 99), i testi *argomentativi* rispondono propriamente a requisiti cognitivi e a scopi pragmatici ben specifici, presentando alcune tipiche funzioni comunicative “dominanti” che li distinguono per esempio, secondo un ben noto paradigma, dai testi *descrittivi* e da quelli *narrativi*: «I testi DESCRITTIVI servono [...] a riempire spazi di sapere i cui centri di controllo sono oggetti o situazioni. In essi si registreranno con frequenza relazioni concettuali per attributi, stati, rappresentanti e specificazioni. Inoltre, il testo di superficie dovrebbe presentare una frequenza altrettanto notevole di modificatori. Il pattern globale più usato dovrebbe essere quello della cornice [...]. I testi NARRATIVI sarebbero, invece, quelli che dispongono in un determinato ordine sequenziale azioni e avvenimenti. Qui le relazioni concettuali più frequenti sono causa, ragione, agevolazione e prossimità temporale [...]. Il testo di superficie dovrebbe presentare di conseguenza un'alta frequenza di subordinazioni. Il pattern globale di uso più ricorrente sarebbe lo schema [...]. Quei testi che, invece, favoriscono come vera vs. falsa o positiva vs. negativa l'accettazione o la valutazione di determinare idee e

di formalizzazione e massima “vincolatività interpretativa”, in termini di *rigidità* ed *esplicitezza*<sup>11</sup>; modelli fissi, formulari, ricorrenti di ragionamento (tipico, *obviously*, quello consequenziale: premessa, dimostrazione, corollario); suddivisione del testo in paragrafi e subparagrafi; enumerazione per elenchi puntati e analoghe pratiche di “sequenziamento” e linearizzazione dell’informazione; massiccio ricorso a connettivi frasali, tecniche di rinvio e di ripresa (catafore e anafore, ripetizioni di singole voci o espressioni anche a contatto – nei “raddoppi” dell’anadiplosi –, etc.) e strutture sintattiche iconiche, come quella che vede seguire a una condizione, un’ipotesi, una presupposizione (“se...”, “ammesso...”, “dato X...”, etc.) la sua logica conseguenza (“allora...”, “ne deriva...”, “segue Y...”, etc.).

Da non dimenticare, ancora, la particolare cura volta a preservare, con la coerenza del dettato, la coesione fra gli elementi che costituiscono il testo. A presiedere, in casi del genere, sono vari procedimenti formali: la distribuzione dei componenti di un sintagma<sup>12</sup>, una proposizione, un periodo, un testo nell’ordine più “neutro” (non marcato) possibile; il processo espansivo di rideterminazione, che può coinvolgere il piano (microsintattico) della complementazione<sup>13</sup> o quello (macrosintattico) della

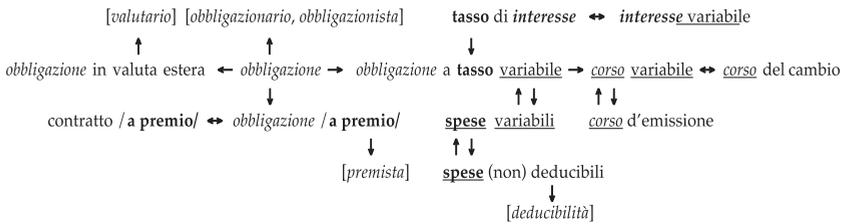
convinzioni si chiamano ARGOMENTATIVI. Per essi, sono tipiche relazioni concettuali come ragione, significanza, volontà, valore e opposizione. Il testo di superficie presenta spesso mezzi coesivi per esprimere accentuazione e insistenza come la ricorrenza, il parallelismo e la parafrasi [...]. Dei pattern globali, il più frequente è il progetto per indurre qualcuno a credere qualcosa» (Beaugrande/Dressler 1984 [1981]: 239-240).

<sup>11</sup> Sabatini (2001a: 100). «[È] il grado maggiore o minore di “vincolo interpretativo” posto dall’emittente al destinatario che determina, e permette a noi di distinguere, le forme specifiche, linguisticamente diverse, dell’argomentazione nella *dimostrazione scientifica*, nel *ragionamento più o meno sfumato*, nell’*esposizione poetica*» (*ibid.*, p. 99).

<sup>12</sup> Se, in un linguaggio scientifico, «il sintagma deve essere ‘combinato’ in modo da evitare qualsiasi fenomeno di sinergismo fra i termini che lo compongono[,] [l]a collocazione dei segni in catena [...] deve seguire le norme più frequenti, e quindi più “normali” della lingua italiana, [...] perché non deve creare nessun “effetto” speciale che, in questo tipo di comunicazione assolutamente referenziale [...], costituirebbe una vera e propria distorsione” (Altieri Biagi 1974: 86).

<sup>13</sup> Come nei seguenti esempi, attinti al linguaggio economico-finanziario (accomunato al linguaggio scientifico da diversi tratti): *contratto* → *contratto a premio* → *contratto a premio composto*; *partecipazione* → *partecipazione sociale* → *partecipazione sociale reciproca*; *tasso* → *tasso di rendimento* → *tasso di rendimento interno*; *valore* → *valore di liquidazione* → *valore di liquidazione dell’attivo* (Arcangeli 2005a: 96).

subordinazione; il meccanismo, sovraordinato al precedente, che ho altrove definito *seriazione molecolare*: quello in base al quale «su un certo “atomo” lessicale si costruisce, più di quanto non avvenga mediamente nell’uso linguistico comune, un piccolo universo *sostanziale*, teso a contenere l’apporto lessicale e teoricamente illimitato, di relazioni di natura derivativa o sintattica» (Arcangeli 2005a: 96)<sup>14</sup>. Eccone un esempio, applicato al linguaggio economico-finanziario (*ibid.*):



Non trascurabile, infine, il fattore costituito dalla serie dei “rapporti sistematici” che un testo scientifico intrattiene «con altri testi che appartengono allo stesso (o anche ad altri) ambiti di conoscenza: rapporti di adeguamento, di trasferimento, di opposizione, riguardanti sia le forme che i significati» (Dardano 1994: 497-198).

### 3. Dall’italiano settoriale all’italiano comune: un esempio di riscrittura

Molte delle componenti elencate nel paragrafo precedente trovano accoglienza anche al di fuori dei domini di pertinenza delle scienze propriamente “dure” o “esatte”; in ambito economico-finanziario, per esempio (come s’è detto), o in campo burocratico e giuridico-amministrativo.

I due brani sottostanti sono ricavati da un recente volume di Arturo Tosi (2007: 170 sg.) dedicato alle pratiche traduttorie in ambito comunitario che chiamano direttamente in causa l’italiano e la cui trattazione è ritagliata all’interno di più generali riflessioni sul ruolo e il futuro della nostra lingua

<sup>14</sup> «Lo stesso piccolo universo che sul piano sub-lessicale risulta dalla combinazione di prefissoidi, affissoidi e suffissoidi a formare unità di ordine superiore (si pensi a voci della medicina come *gastroenterologia* e *otorinolaringoiatria*), al fine di consentire “di regolamentare la catalogazione dei termini esistenti in classi logiche senza [per l’appunto] impedire (...) (anzi favorendolo) l’arricchimento delle varie classi in un sistema di tipo aperto, ma altamente organizzato e codificato” [Gotti 1991: 24 sg.]» (Arcangeli 2005a: 105, n. 30).

– e delle altre lingue di cultura diverse dall'inglese veicolare globale – nel contesto della UE:

La Commissione **ha messo in rilievo che queste politiche devono essere accompagnate** da misure più rigorose **per combattere l'immigrazione clandestina e in particolare la tratta di esseri umani**. Di recente, **essa ha avanzato suggerimenti ad ampio raggio per il potenziamento di azioni comuni in questo settore nella sua comunicazione su una politica comune in materia di immigrazione illegale**. **In tale contesto**, la Commissione ha messo in rilievo che **un elemento integrante della politica comune deve essere costituito dal rimpatrio** e dalla riammissione di cittadini di paesi terzi che soggiornano illegalmente nella UE. L'articolo 63, paragrafo 3, lettera b) del TCE stabilisce che il Consiglio **adotta misure in materia di immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare**. **Il trattato di Amsterdam, inoltre, ha integrato nell'Unione europea l'acquis di Schengen sulle questioni attinenti al rimpatrio, per quanto poco sviluppato**, e in particolare l'articolo 23 della convenzione che attua l'accordo di Schengen (154)<sup>15</sup>.

La Commissione ha insistito che queste politiche siano accompagnate da misure più rigorose per arginare l'immigrazione dei clandestini e il loro traffico. Nella Comunicazione su una Politica Comune contro l'Immigrazione Illegale, che è di qualche tempo fa, ha anche avanzato un'ampia serie di proposte per potenziare le iniziative comunitarie al riguardo. In questo documento è stato messo in rilievo che un elemento di questa politica comunitaria dovrà regolamentare anche il rimpatrio e la riammissione dei cittadini di paesi terzi che soggiornano illegalmente nella UE. L'articolo 63, nel paragrafo 3, lettera 3) [sic] del TCE stabilisce infatti che il Consiglio può adottare misure in materia di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare, incluso il rimpatrio di quanti si trovano in quelle condizioni. Con il trattato di Amsterdam è stato poi integrato l'acquis di Schengen, che, per quanto riguarda il fenomeno dei rientri nell'Unione europea era ancora incompleto, in particolare nell'Articolo 23 della Convenzione con cui si attuava quell'accordo (157).

<sup>15</sup> I grassetti sono dell'autore e il loro ruolo sarebbe quello di far risaltare «alcuni elementi che risultano problematici per la coesione e la coerenza testuale» (Tosi 2007: 167). La cifra tra parentesi – come per l'esempio che viene subito dopo – indica il numero delle parole componenti il testo.

Il primo è un estratto dall'*Introduzione* a uno dei tanti Libri verdi redatti dalla Commissione Europea<sup>16</sup>, strumenti consultivi finalizzati a favorire il processo di integrazione e di partecipazione alle decisioni dell'Unione e perciò destinati, come i Libri bianchi, ai governi e ai cittadini dei paesi membri<sup>17</sup>; il secondo è la versione "semplificata" del precedente nella proposta avanzata da Tosi.

La tabella seguente, affrontandone le rispettive lezioni, riassume sintoticamente la sostanza del confronto fra testo di partenza e testo di arrivo:

Testo originale	Testo riscritto
ha messo in rilievo che queste politiche devono essere accompagnate	ha insistito che queste politiche siano accompagnate
per combattere l'immigrazione clandestina e in particolare la tratta di esseri umani	per arginare l'immigrazione dei clandestini e il loro traffico
Di recente, essa ha avanzato suggerimenti ad ampio raggio per il potenziamento di azioni comuni in questo settore nella sua comunicazione su una politica comune in materia di immigrazione illegale	Nella Comunicazione su una Politica Comune contro l'Immigrazione Illegale, che è di qualche tempo fa, ha anche avanzato un'ampia serie di proposte per potenziare le iniziative comunitarie al riguardo
In tale contesto, la Commissione ha messo in rilievo	In questo documento è stato messo in rilievo
che un elemento integrante della politica comune	che un elemento di questa politica comunitaria
deve essere costituito dal rimpatrio e dalla riammissione	dovrà regolamentare anche il rimpatrio e la riammissione
stabilisce che il Consiglio adotta misure in materia di immigrazione e soggiorno irregolari	stabilisce infatti che il Consiglio può adottare misure di immigrazione clandestina e di soggiorno irregolare
compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare	incluso il rimpatrio di quanti si trovano in quelle condizioni
Il trattato di Amsterdam, inoltre, ha integrato nell'Unione europea l'acquis di Schengen	Con il trattato di Amsterdam è stato poi integrato l'acquis di Schengen
sulle questioni attinenti al rimpatrio, per quanto poco sviluppato	che, per quanto riguarda il fenomeno dei rientri nell'Unione europea era ancora incompleto
e in particolare l'articolo 23 della convenzione che attua l'accordo di Schengen	in particolare nell'Articolo 23 della Convenzione con cui si attuava quell'accordo

<sup>16</sup> Il documento, che porta la data del 10 aprile 2002, è intitolato *Su una politica comunitaria di rimpatrio delle persone che soggiornano illegalmente negli Stati membri*.

<sup>17</sup> «Fin dalla fine degli anni novanta una loro massiccia disseminazione è stata preliminare ad ogni attività legislativa. Da quando il Trattato di Maastricht ha formalizzato

L'operazione di riscrittura non si può proprio dire in questo caso impegnativa, data la densità tecnica relativamente bassa della fonte; costituisce nondimeno una buona base di partenza per riflettere sulle differenze intercorrenti fra un qualunque linguaggio settoriale – per anacquato o imbastardito che possa apparire nelle sue varie prove testimoniali – e la lingua scritta dell'uso medio o comune.

Immaginiamo di avere a che fare con una situazione in cui qualcuno, consapevole delle impervie asperità linguistiche di un atto giuridico o amministrativo, abbia deciso di renderne più chiara la lettera, a tutto vantaggio dei cittadini culturalmente meno attrezzati: quale direzione presumiamo debbano prendere i suoi interventi? quali componenti linguistiche sarebbero più direttamente coinvolte nell'operazione e a quale spetterebbe la parte del leone (morfosintassi, testualità o impianto lessicale)?

Tenterò di rispondere a queste domande facendo tesoro della "semplificazione" anzidetta, la cui base di partenza è pur quella, ben definita e specifica, di una traduzione (dall'inglese all'italiano); e il dominio delle traduzioni, com'è noto, è soprattutto il regno delle condizioni imposte all'attività del tradurre da un impegno stilistico e testuale che è altra cosa rispetto alla resa letterale, nella lingua d'arrivo, dei significanti della lingua di partenza<sup>18</sup>. Sarebbe stato interessante comparare i due testi

questa strategia, con la partecipazione e la collegialità che pongono il cittadino al centro del processo normativo, sono diventate condizioni di ogni nuova iniziativa europea. [...] Il Libro verde funziona come primo strumento per avviare la fase iniziale del dibattito. La seconda consultazione utilizza il Libro bianco che contiene una definizione più precisa degli obiettivi. Né l'uno né l'altro costituiscono un testo legislativo, in quanto non coinvolgono ancora una relazione formale tra le istituzioni comunitarie e i governi nazionali. Questo rapporto sarà introdotto con la documentazione successiva, che contiene la vera e propria proposta legislativa, come si intende discuterla in sede parlamentare, una volta convertiti i risultati della consultazione in materia di legge. La funzione dei Libri verdi e dei Libri bianchi [...] è però imprescindibile per arrivare al testo legislativo. Attraverso la consultazione si garantisce al cittadino europeo un'informazione costante sulla missione normativa dell'Europa, e gli si dà il diritto e la libertà di esprimersi sulla qualità di ogni proposta. I Libri verdi e i Libri bianchi sono quindi documenti con cui si cerca di catalizzare un consenso importante: partendo dalla base delle comunità nazionali si vuole arrivare a decisioni politiche su problematiche che sono considerate controverse e di difficile soluzione, se affrontate con gli approcci tradizionali degli stati membri» (Tosi 2007: 138).

<sup>18</sup> «Anche quando si opera con due lingue e culture che tra loro hanno molte affinità, per parentela genetica o per lunga convivenza, il trasferimento letterale dall'una all'altra non è mai affidabile. Il diverso "stile della lingua" può indurre in vistosi errori comunicativi» (Sabatini 2001b: 122).

anche sulla base dei quattro indici di leggibilità – Flesch-Vacca, Kincaid, Gunning’s Fog e Gulpease (con tutti i limiti che pure notoriamente possiedono<sup>19</sup>) –, di cui dispone un efficiente programma come Errata Corrige 2.6 Gold: nessuno dei due, tuttavia, «raggiung[e] la soglia minima di 300 parole, necessaria affinché il calcolo degli indici sia indicativo»<sup>20</sup>.

Ecco quali sarebbero secondo l’autore degli “alleggerimenti” i principali difetti di leggibilità della fonte, quelli che hanno reso di fatto più urgente l’intervento di *restyling*:

L’uso del passivo può confondere i riferimenti e sbiadire i collegamenti logici soprattutto con un verbo astratto (‘elemento integrante della politica comune deve essere costituito dal rimpatrio’). Più avanti il significato di un’importante secondaria è perduto, perché risulta scollegato alla reggente in un’incisiva troppo lontana (‘ha integrato nell’Unione europea l’acquis di Schengen sulle questioni attinenti al rimpatrio, per quanto poco sviluppato’). [...] [U]na nominalizzazione poteva essere evitata e una ripetizione invasiva distoglie l’attenzione (‘ha avanzato suggerimenti ad ampio raggio per il potenziamento di azioni comuni in questo settore nella sua comunicazione su una politica comune in materia di immigrazione illegale’). Alcune scelte lessicali più vicine all’uso avrebbero contribuito ad una maggiore chiarezza (‘la tratta di esseri umani’, ‘suggerimenti ad ampio raggio’)<sup>21</sup>.

Nel primo caso sono in gioco fattori di natura morfosintattica e testuale: a essere messa sotto accusa è la costruzione passiva di “costituire”,

<sup>19</sup> Tra cui il fatto che si considerino soltanto «aspetti quantitativi oggettivi [...], come il numero medio di parole per periodo, [...] senza che siano contestualizzati in modo flessibile. Per esempio, differente dovrebbe essere valutato il caso di periodi lunghi contenenti molte proposizioni, dal caso di periodi comunque lunghi, ma costituiti da molti sostantivi e aggettivi e da pochi verbi. Inoltre, gli indici di leggibilità non tengono conto del grado di subordinazione, del rapporto tra coordinazione e subordinazione o del tipo di subordinate presenti» (Vaiano 2007: 327 n. 85).

<sup>20</sup> Ead. (2007: 326). «Nell’indice Flesch-Vacca i valori possibili vanno da 0 a 100 e più il numero è basso, maggiore è la difficoltà di lettura del testo. Simile è l’indice Gulpease: i valori maggiori di 79 indicano che il testo è molto facile, quelli minori di 35 denotano un’elevata difficoltà di lettura. Al contrario, per gli indici Kincaid e Gunning’s Fog più il valore è basso e più il testo è semplice. In particolare nel primo i valori fino a 10 segnalano che il documento può essere letto con facilità dalla maggior parte delle persone; il secondo riflette, in maniera approssimata, il numero minimo di anni di scuola che una persona deve aver frequentato per leggere con facilità il testo in esame» (*ibid.*, n. 82).

<sup>21</sup> Tosi (2008: 171).

il quale, specialmente nella sua qualità di verbo astratto, è sospettato di «confondere i riferimenti» e «sbiadire i collegamenti logici». Il passivo, pur non mancando acquisizioni in parziale controtendenza nel campo della recente attività di ricerca, risulta notoriamente meno familiare al parlante medio del suo concorrente attivo. La trasformazione del passivo in attivo può perciò ben essere avvertita, in linea generale, come fenomeno di passaggio da un uso più formale a uno meno formale del mezzo linguistico; tanto più che i costrutti passivi, nelle lingue settoriali, sono frequentissimi: una ragione in più per ritenere che la dispreferenza per il passivo sia sintomatica di scelte compiute nella direzione di una de-  
tecnificazione del messaggio<sup>22</sup>.

Un ragionamento analogo investe la nominalizzazione: il passaggio «ha avanzato suggerimenti ad ampio raggio *per il potenziamento* di azioni comuni in questo settore» → «ha anche avanzato un'ampia serie di proposte *per potenziare* le iniziative comunitarie al riguardo» rinuncia alla maggiore complessità (astrattezza) della resa sostantivale a vantaggio della maggiore semplicità (iconicità) di quella verbale. Un intervento perfettamente in linea con le indicazioni di chi – a partire dal lontano Piemontese/Tiraboschi (1990) – si è occupato di avanzare in anni recenti proposte operative di semplificazione del linguaggio della pubblica amministrazione<sup>23</sup>; lo stesso dicasi per quella giusta refrattarietà all'inciso<sup>24</sup> che trasforma

Il trattato di Amsterdam, inoltre, ha integrato nell'Unione europea l'acquis di Schengen sulle questioni attinenti al rimpatrio, per quanto poco sviluppato, e in particolare l'articolo 23 della convenzione che attua l'accordo di Schengen

in un più perspicuo e lineare

<sup>22</sup> Invertono però il senso di marcia rispetto alla direzione indicata, nella riscrittura di Tosi, le due seguenti trasformazioni: «In tale contesto, la Commissione *ha messo in rilievo*» → «In questo documento è *stato messo in rilievo*»; «Il trattato di Amsterdam, inoltre, *ha integrato* nell'Unione europea l'acquis di Schengen» → «Con il trattato di Amsterdam è *stato poi integrato* l'acquis di Schengen».

<sup>23</sup> Cfr. per esempio Piemontese (1997: 53), che consiglia di «usare verbi di significato corrispondente al posto di sostantivi astratti».

<sup>24</sup> «Gli incisi spezzano le unità logiche della frase (*soggetto, predicato verbale e complemento*). Se le frasi contengono troppi incisi, chi legge è costretto a rileggere più volte il testo per ricostruire il filo del discorso complessivo» (*ibid.*, p. 42).

Con il trattato di Amsterdam è stato poi integrato l'acquis di Schengen, che, per quanto riguarda il fenomeno dei rientri nell'Unione europea era ancora incompleto, in particolare nell'Articolo 23 della Convenzione con cui si attuava quell'accordo.

Avrei invece da eccepire, nominalizzazione a parte, per una proposta di riscrittura come questa:

La Commissione ha insistito che queste politiche siano accompagnate da misure più rigorose per arginare l'immigrazione dei clandestini e il loro traffico. Nella Comunicazione su una Politica Comune contro l'Immigrazione Illegale, che è di qualche tempo fa, ha anche avanzato un'ampia serie di proposte per potenziare le iniziative comunitarie al riguardo.

Se l'intenzione di Tosi era quella di mettere mano al farraginoso dettato della fonte anche per rimediare all'azione di disturbo della "ripetizione invasiva" additata («La Commissione ha messo in rilievo che queste politiche devono essere accompagnate da misure più rigorose per combattere l'immigrazione clandestina e in particolare la tratta di esseri umani. Di recente, essa ha avanzato suggerimenti ad ampio raggio per il potenziamento di azioni *comuni* in questo settore nella sua comunicazione su una politica *comune* in materia di immigrazione illegale»), le conseguenze del suo intervento non possono certo considerarsi delle migliori. A parte il fatto che gli immigrati clandestini, da vittime di negrieri senza scrupoli, sembrano essere diventati gli artefici della *loro* tratta (diventata *traffico*, che evoca piuttosto il trasferimento illegale di valuta, stupefacenti, merci di contrabbando), e a non considerare l'incongruità di quell'*arginare* – può applicarsi senz'altro all'immigrazione in sé, non certo all'atto criminoso compiuto da chi la gestisce –, non mi pare che il problema della ripetizione si sia risolto del tutto. Avrebbe forse funzionato allo scopo piuttosto qualcosa del genere:

La Commissione ha chiesto di accompagnare queste politiche con misure più rigorose per combattere l'immigrazione clandestina e in particolare la tratta di esseri umani. Non molto tempo fa, in una Comunicazione su una Politica Comune contro l'Immigrazione Illegale, essa ha elencato un'ampia serie di suggerimenti per potenziare le iniziative europee riguardo al fenomeno.

Quanto all'invito a servirsi di «scelte lessicali più vicine all'uso» vorrei spendere qualche parola su una preoccupante deriva; non vorrei diventasse una pericolosissima china, un drammatico punto di non ritorno. Italo Calvino (1980: 122 sgg.), in una notissima parodia del linguaggio burocratico, stigmatizzava tanti anni fa l'«antilingua inesistente» degli *effettuare per fare, andare per recarsi, scantinati per cantine, impianti termici per stufe* e via dicendo, immaginando che un indagato, interrogato da un brigadiere, chiarisse così la sua posizione:

Stamattina presto andavo in cantina ad accendere la stufa e ho trovato tutti quei fiaschi di vino dietro la cassa del carbone. Ne ho preso uno per bermelo a cena. Non ne sapevo niente che la bottiglieria di sopra era stata scassinata

e che il brigadiere battesse così sulla sua macchina da scrivere quella deposizione:

Il sottoscritto essendosi recato nelle prime ore antimeridiane nei locali dello scantinato per eseguire l'avviamento dell'impianto termico, dichiara d'essere casualmente incorso nel rinvenimento di un quantitativo di prodotti vinicoli, situati in posizione retrostante al recipiente adibito al contenimento del combustibile, e di aver effettuato l'asportazione di uno dei detti articoli nell'intento di consumarlo durante il pasto pomeridiano, non essendo a conoscenza dell'avvenuta effrazione dell'esercizio soprastante.

Nulla da dire sulla «mancanza d'un vero rapporto con la vita» e sull'«odio per se stessi» che Calvino coglieva acutamente in modelli linguistici del genere; ma quanto all'auspicio che una lingua, semplicemente per il fatto in sé, debba sempre e comunque ricavare vantaggio dal rigetto di *irrazionalità* e *pesantezze* avrei qualcosa da aggiungere. Soffia da qualche tempo nel nostro paese (ma anche altrove) un vento impetuoso, proveniente dalle aride regioni di uno «strumentale» neoilluminismo, che nel nome dell'equità e della trasparenza, dell'uguaglianza e della giustizia, dei diritti civili e delle pari opportunità vorrebbe spazzare via dall'italiano amministrativo – e dall'italiano *tout court* – «il troppo e 'l vano». Parole come *decesso, depennare, diniego, encomio, evacuare, interloquire, recarsi, stage, utilizzo* sono un antieconomico ingombro: meglio sostituirle con *morte, cancellare, rifiuto, lode, abbandonare, parlare, andare, seminario* (!), *uso* (o *utilizzazione*); retoriche prosopopee come *Quirinale* e *Palazzo Chigi* per

indicare rispettivamente il *Presidente della Repubblica* e il *Governmento*, o altrettanto retoriche (sineddoci) *braccia per lavoratori*, sono lussuosi esoterismi, incomprensibili all'italiano medio e perciò da esiliare senz'altro<sup>25</sup>; da soluzioni sintagmatiche come *normativa vigente*, *apposito cartello*, *uffici competenti* si dovrebbe senz'altro espungere l'aggettivo, del tutto "superfluo"<sup>26</sup>; e superflui sarebbero anche i «continui riferimenti al già detto, che ottengono solo il risultato di appesantire il testo», di espressioni come *la tematica suesposta*, *l'articolo citato*, *la tipologia suddetta*<sup>27</sup>.

Un termine, come sappiamo un po' tutti, è esattamente *quel* termine: non si può non essere d'accordo sull'eliminazione di arcaismi o snobismi come *all'uopo* o *testé*, *de cuius* o *de facto*, *impossidenza* o *condizione ostativa*, ma pretendere di bandire da un atto pubblico centinaia e centinaia di voci soltanto perché situate fuori del piccolo recinto dell'italiano basilico è un'altra cosa: far passare l'idea di un utente ridotto a poco più che un cerebroleso, in possesso a malapena di un vocabolario di duecento o trecento parole, significa rinunciare pregiudizialmente a quel lessico appena orientato verso la formalità, a quel registro appena più alto del consueto che costituiscono per ogni parlante una inestimabile ricchezza, un grimaldello in grado di forzare molte serrature, un formidabile strumento per l'educazione linguistica permanente. Ultimo ma non ultimo: se *attergare* è senza ombra di dubbio uno scherzo di natura, l'espressione candidata da Maria Emanuela Piemontese a sostituirlo (*scrivere dietro al documento*), compresa anch'essa nella lista riportata, è un incidente formale e un incompiuto stilistico.

I tempi non sono più quelli dell'*antilingua* presa di mira da Calvino. Se continua a destare giusti timori, oggi più di ieri, la "scarsa densità" di una cultura sempre più "liquida" (evitiamo almeno di farla evaporare), ad aggiungere il carico da novanta è attualmente l'esatto rove-

<sup>25</sup> Sia questa sia la serie precedente (sostituiti e sostituenti) sono state ricavate da Piemontese (1997: 50 sgg.). Sull'"antropomorfizzazione" funzionante in ambito amministrativo, che anima soprattutto l'ente o ufficio emanante («L'amministrazione provvederà...», «L'ufficio può rilasciare...», etc.), cfr. Raso (2005: 40) e Vaiano (2007: 316 n. 65).

<sup>26</sup> «[P]erché si dovrebbe fare riferimento a una normativa non più in vigore o rivolgersi a un ufficio che non c'entra? E perché i cartelli dovrebbero essere esposti se non per comunicare quel messaggio?» (Antonelli 2007: 69).

<sup>27</sup> Non solo ne faccio correntemente uso, di tali superfluità, ma ne rimprovero spesso la mancanza ai miei studenti, che amano allegramente sorvolare sugli obblighi deontologici indicati imposti dalla redazione di una tesi di laurea.

sciamento del secondo elemento portato al dibattito linguistico postunitario da Graziadio Isaia Ascoli: il problema non è l'“eccessiva preoccupazione della forma” rimproverata allora ai manzoniani, nemici giurati del grande linguista goriziano, ma semmai il suo contrario.

#### 4. *Identikit di una lingua settoriale*

La cosa più interessante, se si comparano i due brani riprodotti da Tosi (2007), è il fatto che l'autore abbia trascurato di considerare, nella sua operazione di riscrittura, proprio le due componenti semanticamente più opache dell'originale<sup>28</sup>: la sigla TCE, che pure si potrebbe arrivare a decifrare – l'altra presente (UE) s'intende chiara alla maggior parte degli utenti italiani –, e quell'*acquis* (di Schengen) per il quale non ci conforta nessuno dei più diffusi e accreditati dizionari monovolume dell'uso: possiamo senz'altro anche qui avvicinarci al senso di *acquis*, grazie all'assonanza con *acquisizione* e a un doppio richiamo deittico-anaforico che funge da glossa («per quanto riguarda il fenomeno dei rientri nell'Unione europea era ancora incompleto, in particolare nell'Articolo 23 della Convenzione con cui si attuava *quell'accordo*»), o se conosciamo il francese<sup>29</sup>, ma chi ci assicura che la glossa non sia generica, che quel termine tecnico non indichi cioè uno specifico tipo di accordo?

Questa semplice annotazione ci consente di aggiungere qualche ulteriore tessera al mosaico che dovrebbe alla fine restituirci per intero il volto di una lingua settoriale nella sua più o meno manifesta distanza dalla lingua comune. Se si analizza una lingua settoriale trascurando il componente sintattico, secondo Fluck (1980<sup>2</sup>: 12), la si riduce a un'accozzaglia di voci. Osservazione francamente bizzarra, perché l'analisi di una qualunque varietà di lingua che omettesse di considerarne la sintassi (o l'ordito testuale), incidenza del fattore tipologico a parte, produrrebbe

<sup>28</sup> Nemmeno a dire che nella *Premessa all'Introduzione* del nostro Libro Verde fossero già attestate e fossero state corredate di una qualche spiegazione: non ce n'è traccia alcuna nel relativo testo (cfr. Tosi 2007: 142 sg.).

<sup>29</sup> Oltre al significato di 'acquisto' la voce, tra le altre accezioni generiche, contempla proprio quella di 'acquisizione'. Diversamente dai dizionari di italiano, i dizionari di francese pensati per un utente italiano la accolgono: come quello pubblicato da Garzanti, che quanto al valore tecnico qui contemplato ne prevede l'utilizzabilità soltanto all'interno del sintagma *acquis communautaire* («acquisizione dei diritti e dei doveri comunitari»).

identici risultati. Nessuno può certo negare che il fattore (morfo)sintattico o l'impianto testuale – nel senso, per esempio, di una “densità informativa” (Rovere 2001: 235) decisamente superiore alla media –, o ancora il possesso di un certo bagaglio tecnico<sup>30</sup>, rivestano un ruolo cardine nella configurazione di una lingua settoriale:

Resta però il fatto che è il lessico a fornire elementi distintivi che individuano una lingua speciale sia rispetto ad altre lingue speciali sia rispetto alla lingua comune, trattandosi, nel caso della morfosintassi, di ricorrenze statisticamente significative, ma non esclusive. Inoltre, soprattutto nelle lingue speciali più elaborate (per es. lingua scientifica, lingua giuridica), fatti di registro (quasi sempre formale) e di variazione diamesica (alcune lingue speciali sono di uso prevalentemente scritto) si sovrappongono inestricabilmente alle caratteristiche della varietà nel determinare le scelte morfosintattiche<sup>31</sup>.

E sarebbe da considerare un altro fatto ancora. Se di un determinato tecnicismo o settorialismo non si conosce l'esatto significato non c'è contesto che tenga: la comprensione è esclusa. La distinzione di Gobber (2007: 32) fra termini *context-free* e termini *context-bound* mi trova perciò totalmente d'accordo: i primi in quanto tipici «delle scienze matematiche, fisiche e naturali, come pure delle tecnologie», i secondi rappresentativi «delle scienze umane e dei contesti istituzionali»; capita abbastanza spesso, d'altronde, che un «discorso scientifico rigoroso» eviti di esplicitare una definizione e la sostituisca con un «termine inteso come la forma breve (“ellittica”) della definizione» (*ibid.*).

Rimarrebbe da precisare bene, all'interno di questo quadro, il ruolo giocato dai “tecnicismi collaterali”, che non rispondono né alle logiche di stratificazione orizzontale né a quelle di stratificazione verticale. Rispetto alla componente verbale specialistica si distinguono per essere voci o

<sup>30</sup> Della cui sostanza, anziché il dominio linguistico-grammaticale, è responsabilizzato piuttosto il patrimonio delle conoscenze – l'“enciclopedia” – di ciascuno. È «la mancanza di una preparazione anche sommaria in biochimica e farmacologia», nota giustamente Serianni (2007: 18 n. 20), a rendere praticamente incomprensibile ai più il seguente passaggio di un bugiardo del Mepral<sup>®</sup>: «Essendo omeprazolo metabolizzato a livello epatico attraverso il citocromo P450C19 (CYP2C19) possono essere prolungati i tempi di eliminazione di diazepam, warfarin (R-warfarin) e fenitoina che sono tutti in parte substrati per quest'enzima» (*ibid.*).

<sup>31</sup> Cortelazzo (2007<sup>3</sup>: 9).

espressioni che, all'interno di un determinato settore, non obbediscono a «effettive necessità comunicative bensì all'opportunità di adoperare un registro elevato, distinto dal linguaggio comune» (Serianni 2005: 128); laddove i «tecnicismi specifici rimandano in modo puntuale a una determinata sfera specialistica», i tecnicismi collaterali «possono ricorrere in più ambiti settoriali: così *a carico di* è proprio del linguaggio giudiziario, prima ancora che di quello medico» (*ibid.*, p. 129). Ancora un fattore di trasversalità come per i testi misti, i quali chiamano in causa, come si è detto, la contaminazione e la mescolanza. Questo processo, più avanzato in certi settori<sup>32</sup> e assai meno in altri, potrebbe sempre più coinvolgere in futuro – ma in parte, si è visto, è già così – anche le scienze esatte nella loro dimensione divulgativa e, verrebbe da dire, “spettacolare”.

<sup>32</sup> Per esempio in campo giuridico, anche nell'ambito internazionale: si pensi alla forte ibridazione del complesso legislativo che regola proprio i rapporti fra i diversi paesi appartenenti all'Unione Europea.

## Bibliografia

- AA. VV., 1974, *Italiano d'oggi. Lingua non letteraria e lingue speciali*, Trieste, Lint.
- Agostiniani Luciano et alii, 1997 (a cura di), *Atti del terzo convegno internazionale della Società di linguistica e di filologia italiana (Perugia, 27-29 giugno 1994)*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2 voll.
- Altieri Biagi Maria Luisa, 1974, *Aspetti e tendenze dei linguaggi della scienza*, in AA. VV. (1974), pp. 67-110.
- Ammon Ulrich/Dittmar Norbert/Mattheier Klaus J., 1987-1988 (a cura di), *Sociolinguistics/Soziolinguistik*, Berlin-New York, de Gruyter, 2 voll.
- Antonelli Giuseppe, 2007, *L'italiano nella società della comunicazione*, Bologna, il Mulino.
- Arcangeli Massimo, 1997, *Variabilità e cambio linguistico nell'italiano antico. Problemi di classificazione e di valutazione*, in Agostiniani (1997), vol. I, pp. 81-104.
- Arcangeli Massimo, 2005a, *Tra alti e bassi: l'italiano borsistico e la globalizzazione*, in Arcangeli (2005b), pp. 83-106.
- Arcangeli Massimo, 2005b, *Lingua e società nell'era globale*, Roma, Meltemi.
- Arcangeli Massimo, 2007, *Lingua e identità*, Roma, Meltemi.
- Beaugrande Robert-Alain de/Dressler Wolfgang Ulrich (1984), *Introduzione alla linguistica testuale*, Bologna, il Mulino [ediz. orig.: *Einführung in die Textlinguistik*, Tübingen, Niemeyer, 1981].
- Berruto Gaetano, 1974, *La sociolinguistica*, Bologna, Zanichelli.
- Berruto Gaetano, 1995, *Fondamenti di sociolinguistica*, Roma-Bari, Laterza.
- Calvino Italo, 1980, *Una pietra sopra. Discorsi di letteratura e società*, Torino, Einaudi.
- Cortelazzo Michele A., 2007<sup>3</sup>, *Lingue speciali. La dimensione verticale*, Padova, Unipress [prima ediz.: 1990].
- Covino Sandra, 2001 (a cura di), *La scrittura professionale: ricerca, prassi, insegnamento. Atti del I Convegno di studi (Perugia, 23-25 ottobre 2000)*, Firenze, Olschki.
- Dardano Maurizio, 1993, *Lessico e semantica*, in Sobrero (1993), *Le strutture*, pp. 291-370.
- Dardano Maurizio, 1994, *I linguaggi scientifici*, in Seriani/Trifone (1993-1994), vol. II, *Scritto e parlato*, pp. 497-551.
- Fioritto Alfredo, 1997 (a cura di), *Manuale di stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche*, Bologna, il Mulino.

- Fluck Hans-Rüdiger, 1980<sup>2</sup>, *Fachsprachen. Einführung und Bibliographie*, München, Francke (prima ediz.: 1976).
- Gobber Giovanni, 2007, *Breve nota sulla doppia natura linguistica e logico-semantica dei termini nelle scienze*, in Zanola (2007), pp. 31-41.
- Gotti Maurizio, 1991, *I linguaggi specialistici*, Firenze, La Nuova Italia.
- Holmes Janet, 1984, *Hedging Your Bets and Sitting on the Fence: Some Evidence for Hedges as Support Structures*, «Te Reo», XXVII, pp. 47-62.
- Piemontese Maria Emanuela, 1997, *Guida alla redazione dei documenti amministrativi*, in Fioritto (1997), pp. 17-65.
- Piemontese Maria Emanuela/Tiraboschi Maria Teresa, 1990, *Leggibilità e comprensibilità dei testi della Pubblica Amministrazione. Strumenti e metodologie di ricerca al servizio del diritto a capire testi di rilievo pubblico*, in Zuanelli (1990), pp. 225-246.
- Raso Tommaso, 2005, *La scrittura burocratica*, Roma, Carocci.
- Rovere Giovanni, 1989, *Sottocodici e registri in testi tecnici. Occorrenze e cooccorrenze*, «Rivista italiana di dialettologia», XIII, pp. 135-160.
- Rovere Giovanni, 2001, *Tutti bugiardi? Un tipo di testo tra norme europee e tradizioni nazionali*, in Wunderli et alii (2001), pp. 229-243.
- Sabatini Francesco, 2001a, *I tipi di testo e la "rigidità" del testo normativo giuridico*, in Covino (2001), pp. 97-105.
- Sabatini Francesco, 2001b, *Il traduttore e la dimensione testuale dell'italiano*, in Tosi 2001: 111-132.
- Serianni Luca, 2005, *Un treno di sintomi. I medici e le parole: percorsi linguistici nel passato e nel presente*, Milano, Garzanti.
- Serianni Luca, 2007, *Terminologia medica: qualche considerazione tra italiano, francese e spagnolo*, in Zanola (2007), pp. 7-29.
- Serianni Luca/Trifone Pietro, 1993-1994 (a cura di), *Storia della lingua italiana*, Torino, Einaudi, 3 voll.
- Sobrero Alberto A., 1993 (a cura di), *Introduzione all'italiano contemporaneo*. Roma-Bari, Laterza, 2 voll.
- Spillner Bernd, 1987, *Style and Register*, in Ammon et alii (1987-1988), vol. I, pp. 273-285.
- Tosi Arturo, 2001, (a cura di), *La voce dell'Europa in traduzione multilingue*, Pisa-Roma, Istituti Poligrafici Internazionali.
- Tosi Arturo, 2007, *Un italiano per l'Europa. La traduzione come prova di vitalità*, Roma, Carocci.
- Vaiano Anna, 2007, *Le pubbliche amministrazioni e i cittadini: appunti di un'analisi linguistica*, «Acme. Annali della Facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università degli Studi di Milano», LX, pp. 291-338.

Wunderli Peter/Werlen Iwas/Grünert Matthias, 2001 (a cura di), *Italica-Raetica-Gallica. Studia linguarum litterarum artiumque in honorem Ricarda Liver*, Tübingen-Basel, Francke.

Zanola Maria Teresa, 2007 (a cura di), *Terminologie specialistiche e ti-*

*pologie testuali. Prospettive interlinguistiche (Milano, 26-27 maggio 2006)*, Milano, Università Cattolica del Sacro Cuore.

Zuanelli Elisabetta, 1990 (a cura di), *Il diritto all'informazione in Italia*, Roma, Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato.



STEFANO D'ALFONSO

## **Il linguaggio del diritto ed i destinatari delle norme fra diritto comunitario e diritto interno**

SOMMARIO: 1. Definizione del campo d'indagine. - 2. Le regole di redazione dei testi normativi e l'intelligibilità. - 3. La normazione nell'ordinamento giuridico multilivello. - 4. L'impatto della normativa comunitaria sulla qualità della normazione. - 4.1 Il "Piano europeo". - 4.1.1 L'interrelazione tra i procedimenti d'approvazione degli atti europei e la qualità della regolazione. - 4.1.2 Tecnica legislativa europea e difetti di comunicazione. - 4.1.3 Multilinguismo, coredazione e traduzione dei testi normativi. - 5. Il «Piano comune europeo e nazionale». - 5.1 La «fase ascendente». - 6. Analisi del «Piano interno» (la «fase discendente») e confronto con il «Piano europeo» e con il «Piano Europeo-nazionale». - 7. La complessità dei processi di adeguamento ed i relativi riflessi sulla redazione dei testi normativi di recepimento. - 8. Le azioni di ottimizzazione: considerazioni finali.

### **1. Definizione del campo d'indagine**

L'ambito di approfondimento in cui collocare la riflessione sulla lingua italiana nelle relazioni fra le istituzioni ed i cittadini è ampio: uno spazio comune nel quale giuristi e linguisti possono intervenire ciascuno con il proprio contributo culturale e scientifico.

Giacché ognuno dei possibili approcci metodologici ha una propria chiave interpretativa, è particolarmente impegnativo tracciare dei comuni processi di lettura.

Tuttavia, è proprio a causa di queste differenze, o forse grazie ad esse, che è utile procedere, in considerazione delle specifiche competenze, all'analisi delle partizioni in cui può essere scomposta la problematica dell'uso della lingua italiana negli atti attraverso i quali le istituzioni della Repubblica si relazionano con i cittadini<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Resta solo al margine della riflessione, pur tenendosene conto, la questione dell'analisi linguistica delle proposizioni normative. Nel ricordare le parole di N. BOBBIO, in un saggio del 1950, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, in U. SCARPELLI e P. DI LUCIA, *Il linguaggio del diritto*, Bologna, 1994, p. 97, il giurista è chiamato ad analizzare le proposizioni normative considerando il linguaggio del legislatore ed operando al fine di renderlo più rigoroso (la «purificazione»), completarlo (il «completamento») e ridurlo a sistema (l'«ordinamento»).

I giuristi possono porre attenzione agli atti, *lato sensu*, attraverso i quali i poteri dello Stato sono esercitati. In questa sede è di nostro interesse l'analisi della funzione legislativa.

L'ampiezza della tematica richiede, però, un'ulteriore limitazione.

Tra i diversi possibili oggetti d'analisi, quello prescelto è il rapporto intercorrente tra il diritto comunitario ed il diritto interno: argomento dal quale potere approfondire le modalità d'uso e l'impatto delle formulazioni linguistiche e le sue articolazioni partendo dalle fonti del diritto.

Si tratta di un possibile punto d'origine di un impulso dialettico e scientifico diretto alla formulazione di un percorso argomentativo che affronti la tematica, ben nota ai giuristi, degli effetti della produzione, da parte delle istituzioni comunitarie, di testi normativi che operano nello "Stato membro" Italia e, più in generale, ma non meno specificamente, negli enti costitutivi la forma di Stato democratico pluralista.

Il tema è stato scelto per più ragioni. Da questo tipico oggetto d'analisi della *scientia iuris*, osservabile attraverso le metodologie ed i tradizionali strumenti dei giuristi, la riflessione può essere ricondotta ad un livello in cui le competenze e la sensibilità dei linguisti e dei giuristi possono interfacciarsi in maniera fruttuosa per soddisfare l'esigenza, rappresentata con forza dai linguisti, di redigere testi normativi agevolmente interpretabili dal più ampio numero di destinatari<sup>2</sup>.

<sup>2</sup>È evidente come anche i giuristi formulino i medesimi auspici. In questo caso, però, il problema è avvertito in modo diverso. Le istanze dei giuristi, infatti, si traducono, soprattutto, nella semplificazione legislativa, nella deregolamentazione, nel consolidamento dei testi, nell'approvazione dei testi unici, nella riduzione del numero di fonti che disciplinano le materie. E ciò in quanto la formulazione dei testi normativi, spesso ostica per i non addetti, finisce per accrescere la necessità di ricorrere al giurista. Ed in tale direzione non mancano gli sforzi concettuali indirizzati, innanzitutto, a definire istituti e concetti di uso comune. Quanto per i giuristi è d'uso comune (anche se su questo occorrerebbe comunque intendersi), non lo è altrettanto per studiosi di altre scienze. Resta d'attualità, così, l'approfondimento e la chiarificazione dei termini e dei concetti ricorrenti. Ad esempio, R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, Torino, 2001, nelle sue *lezioni* affronta e chiarisce l'uso di termini e concetti quali: il «diritto»; la «norma giuridica» e le «disposizioni»; la «legge»; i «principi»; lo «stato» ed i «poteri dello stato». Dello stesso a. cfr. *L'interpretazione dei documenti normativi*, in A. CIQU, F. MESSINE e L. MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2004, dove è anche riportata una vasta bibliografia. Assai copiosa è la bibliografia in materia di fonti. Oltre ai numerosi manuali di Diritto costituzionale e di Istituzioni di diritto pubblico, è opportuno richiamare alcune monografie in materia: V. CRISAFULLI, *Le fonti del diritto*, agg. a cura di F. Crisafulli, Padova, 1993; G. ZAGREBELSKY, *Manuale di diritto Costituzionale*, vol. I, *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, 1993; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996; A. PIZZORUSSO, *Delle fonti del diritto in Scialoja Branca Commentario*, Bologna e Roma, 1977; L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996.

Da questo punto di vista, quanto più agevole e diffusa sarà l'interpretazione dei testi normativi, tanto più apprezzabile sarà la qualità della regolamentazione: in altri termini, minori sono le competenze giuridiche, o più in generale quelle tecniche, di cui necessita lo sforzo ermeneutico, migliore è la qualità legislativa. Per quanto tale criterio possa essere in astratto condiviso, in realtà è difficilmente sostenibile, quand'anche non confutabile, al ricorrere di talune circostanze. Nella sua semplicità, l'affermazione, come noto già sostenuta da autorevole dottrina<sup>3</sup>, è una limpida e utopistica lettura del fenomeno giuridico, soprattutto in una fase storica in cui il tecnicismo dei contenuti normativi è alla sua massima espressione<sup>4</sup>.

Alcuni esempi possono essere d'aiuto per introdurre uno dei principali problemi che allontanano sempre più le immagini ed i modelli chiarificatori e semplificatori così intesi.

Al momento è difficile immaginare parametri soddisfacenti per avvicinare il diritto al linguaggio comune. Apparirebbe, invece, più realistico accogliere l'idea di dare maggior peso all'accessibilità (*rectius*, comprensibilità) del testo da parte dei destinatari *stricto sensu* intesi. Significherebbe ammettere che una fonte del diritto che abbia ad oggetto discipline quali i servizi energetici, l'ambiente, le comunicazioni elettroniche, sia valutabile in termini d'efficienza interpretativa là dove sia in grado di essere compresa dagli operatori di settore senza il determinante ausilio dei giuristi.

Ma è proprio a questi ultimi che la più recente produzione normativa sembra sempre più rivolgersi. Soprattutto quando la regolamentazione delle materie abbia ad oggetto questioni particolarmente complesse da un punto di vista tecnico. In questo caso, il problema che i giuristi percepiscono come principale, è quello delle competenze tecniche necessarie a padroneggiare le discipline.

Assistiamo così alla specializzazione di molti giuristi, alla stregua

<sup>3</sup> F. CARNELLUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova, 1939, p. 103 nell'affrontare, in generale, il rapporto tra linguaggio giuridico e linguaggio comune ne auspica una coincidenza, una più vicina similitudine.

<sup>4</sup> Sulla difficoltà di inquadramento del concetto stesso di interpretazione e per un'analisi sintetica e chiarificatrice v. M. DOGLIANI, *Interpretazione*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, IV, Milano, 2006, p. 31795. Per un'analisi ampia cfr. G. ZACCARIA e F. VIOLA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di una teoria ermeneutica del diritto*, Roma - Bari, 1999.

di quanto è accaduto in altre branche della scienza<sup>5</sup> od in altre discipline. I progressi scientifici e tecnologici, che si caratterizzano per crescita esponenziale, richiedono atti normativi sempre più dettagliati. Diviene, quindi, necessario riportare le definizioni, istituire autorità amministrative ad alta specializzazione<sup>6</sup>; organizzare il lavoro di risorse umane sempre più specializzate, che dialogano tra loro con linguaggi settoriali; specialisti che si riconoscono in un linguaggio sintetico e specifico, sempre meno accessibile alla generalità degli individui.

Anche gli specialisti delle altre materie (l'ingegnere, il biologo, l'imprenditore impegnato in un determinato settore), acquisiranno piena cognizione di una nuova fonte del diritto che disciplina un settore di loro competenza. Difficilmente, però, saranno in grado di avere contezza e di applicare le regole che l'ordinamento, la giurisprudenza e la dottrina definiscono per risolvere le antinomie giuridiche in un ordinamento policentrico come il nostro<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> Così nella medicina: in questo caso la figura del clinico medico, un tempo quella oltremodo diffusa, ha perso sempre più terreno rispetto alle più specifiche specializzazioni che si vanno formando in risposta ad un diverso modo di intendere le prestazioni sanitarie.

<sup>6</sup> L'ordinamento delle comunicazioni, ad esempio, vede operare l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni; quello dell'energia elettrica ed il gas registra la presenza dell'Autorità per l'energia elettrica e per il gas (istituite con la legge 14 novembre 1995, n. 481 «Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità») (e successive norme d'attuazione). Autorità amministrative indipendenti, queste, che operano in settori di portata internazionale prima ancora che europea; dove i linguaggi e gli standard tecnici sono comuni. Le problematiche annesse sono di ampia evidenza. Il piano globale attrae a sé quello nazionale e viceversa. La questione è oramai nota in quanto particolarmente sentita oltre che dal punto di vista economico anche da quello giuridico. Come osservato da S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006, p. 36: «il paradigma dualista della netta separazione tra diritto domestico e diritto internazionale» risulta destabilizzato. La presenza, infatti, di regole globali prodotte da attori non solo tradizionali quali gli Stati e le organizzazioni di stati incide sul sistema delle fonti e più specificamente crea uno «spazio amministrativo globale», *rectius*, «spazio o dimensione regolatoria che trascende il diritto domestico e quello internazionale, distinto dalle relazioni interstatali».

Sulle autorità amministrative indipendenti v. in dottrina: M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in Enc. giur., Torino, 1995; S. CASSESE e C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, Bologna, 1996; Per un'analisi prospettica cfr. M. CLARICH, *Autorità indipendenti: Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005.

<sup>7</sup> La lettura del fenomeno giuridico quale ordinamento giuridico policentrico, a cui si fa meglio riferimento *infra*, vede contrapposta la differente tesi dell'unitarietà. Sul punto cfr., *amplius*, P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rassegna di diritto civile*, n. 11/2005, p. 188 – 214.

Occorrerà, comunque, un momento ordinatorio e chiarificatore in cui il giurista esperto della materia, in collaborazione con il tecnico, illustrerà l'atto normativo, progettandone le modalità applicative. Solo successivamente, l'atto normativo sarà invocabile nel giudizio per azionare un diritto.

Il tecnicismo consta di elementi diversi rispetto alla contrazione della caratteristica della generalità, che si registra con l'incremento delle cosiddette leggi settoriali, ma i punti in comune sono numerosi. Tornano così a riaccendersi questioni sulle quali la dottrina ha a lungo dibattuto movendo, *in primis*, dal dato costituzionale<sup>8</sup>. Particolarmente sentita è stata la questione relativa alla formazione dell'art. 70 della Costituzione rispetto alla portata generale ed astratta della funzione normativa<sup>9</sup>.

Pur non potendosi addivenire ad una *reductio ad unum*, l'analisi della questione — simile e connessa, ma diversa per portata teorica e sostanziale — dell'esercizio della sovranità attraverso la funzione legislativa, non può del tutto prescindere da un pur breve cenno alle diverse peculiarità che caratterizzano l'originario «progetto politico democratico».

La sua ideazione presupponeva «una società molto meno complessa di quella di oggi»<sup>10</sup>, in cui l'amplificazione delle istanze tecnico-regolamentari richiede sempre più l'intervento dei tecnici.

<sup>8</sup>Altra questione, considerabile in via autonoma, concerne l'interpretazione costituzionale. Ha prodromica necessità di definire i confini di tale tipologia di 'lettura' - in senso 'ampio' o 'stretto del testo' -, o la sede istituzionale o non istituzionale in cui l'interpretazione può aver luogo, fanno immediatamente trasparire le specificità di tale 'tipo' di interpretazione rispetto a quelle, delle 'altre' fonti normative. E di ciò si coglie il riflesso rispetto ai tradizionali comuni interpretativi ex art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile. Sul punto v. G.V. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in *Dir. Pubbl.* 2005, I, p. 19 e A.A. CERVATI *In tema di interpretazione della Costituzione, nuove tecniche argomentative e di «bilanciamento»*, a valori costituzionali (a proposito di alcune riflessioni della dottrina austriaca e tedesca), in AA. VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Riferimenti comparatistici*, Milano 1994.

<sup>9</sup>M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Bari-Roma, 2002, p. 160 ed *ivi* la nt. 2, p. 195 - 196, nel riprendere Crisafulli, ed il dibattito ottocentesco tra Laband e Jellinek in tema di fonti del diritto e funzione legislativa, osserva come «l'espressione usata nell'art. 70 cost.» è intesa «dalla lettura giuridica contemporanea (...) in senso 'formale', e non invece 'sostanziale'».

<sup>10</sup>N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, 1991, in G. Zagrebelsky, *Imparare democrazia*, Torino, p. 115.

Di qui breve è il passo che conduce a prospettare l'uso dei cosiddetti "governi tecnici".

Anche in questo caso è difficile assumere una posizione netta rispetto a questa ipotesi, in quanto spesso il politico è anche un tecnico. E quando è così, la questione muta i propri elementi ontologici, in quanto sono gli stessi politici ad essere dotati di competenze tecniche.

Questo fenomeno presenta anche risvolti positivi.

Perché, infatti, valutare negativamente la presenza di politici con competenze specifiche negli esecutivi o negli organi elettivi (siano essi il Parlamento, i consigli regionali, provinciali o comunali)<sup>11</sup>? Soprattutto in considerazione del fatto che i vuoti di competenza non di rado vengono colmati dai cosiddetti *expertise*: i pareri degli esperti, i cui legami, diretti o indiretti, trasparenti o meno, con le *lobbies* sono comuni soprattutto nelle istituzioni europee<sup>12</sup>.

Tra gli elementi di maggiore complessità che possono essere individuati in una riflessione sul linguaggio e la norma, uno dei principali è, probabilmente, di ordine formale-giuridico<sup>13</sup>. Per quanto le proposizioni normative possano essere comprese dal cittadino comune attraverso l'interpretazione letterale, il risultato ermeneutico, come noto, consegue all'applicazione di criteri interpretativi che si spingono oltre l'interpre-

<sup>11</sup> N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 115-116, criticamente afferma che «tecnocrazia e democrazia sono antitetiche»: «l'esperto non può essere il cittadino qualunque». Viene infranta la regola secondo la quale «la democrazia si regge sulla ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono». L'a. ritiene tale aspetto della modernità una «promessa infranta» per la democrazia.

<sup>12</sup> Particolarmente interessante è l'analisi che conduce G. GRAZIANO, *Le lobbies*, Roma-Bari, 2002, sul rapporto tra i gruppi di pressione e le istituzioni europee ed ivi in particolare con i parlamentari. L'a., p. 55, nel definire l'istituzione europea nel suo complesso, con formule suggestive fa riferimento ad «un tale 'Stato'» come «negoziale, sistema a reti o a pluralismo estremo». Per un'analisi di ampio spettro con contributi su singole tematiche di precipuo interesse sul punto v. L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, elites al potere*, Torino, 2006.

<sup>13</sup> Espressione semplificatrice con la quale si intende il sistema di regole consolidate nella teoria dell'interpretazione. Permangono le questioni epistemologiche approfondite dai filosofi del diritto e dagli studiosi della teoria generale del diritto sulla natura della scienza giuridica. Sulla differenza tra le scienze empiriche e la giurisprudenza, e così tra la sociologia del diritto e l'interpretazione, N. BOBBIO, *Scienza del diritto*, cit., p. 95, osserva come l'oggetto della giurisprudenza «è il contenuto determinato di un determinato discorso», quello del legislatore o delle leggi.

Di qui breve è il passo che conduce a prospettare l'uso dei cosiddetti "governi tecnici".

Anche in questo caso è difficile assumere una posizione netta rispetto a questa ipotesi, in quanto spesso il politico è anche un tecnico. E quando è così, la questione muta i propri elementi ontologici, in quanto sono gli stessi politici ad essere dotati di competenze tecniche.

Questo fenomeno presenta anche risvolti positivi.

Perché, infatti, valutare negativamente la presenza di politici con competenze specifiche negli esecutivi o negli organi elettivi (siano essi il Parlamento, i consigli regionali, provinciali o comunali)<sup>11</sup>? Soprattutto in considerazione del fatto che i vuoti di competenza non di rado vengono colmati dai cosiddetti *expertise*: i pareri degli esperti, i cui legami, diretti o indiretti, trasparenti o meno, con le *lobbies* sono comuni soprattutto nelle istituzioni europee<sup>12</sup>.

Tra gli elementi di maggiore complessità che possono essere individuati in una riflessione sul linguaggio e la norma, uno dei principali è, probabilmente, di ordine formale-giuridico<sup>13</sup>. Per quanto le proposizioni normative possano essere comprese dal cittadino comune attraverso l'interpretazione letterale, il risultato ermeneutico, come noto, consegue all'applicazione di criteri interpretativi che si spingono oltre l'interpre-

<sup>11</sup> N. BOBBIO, op. ult. cit., p. 115-116, criticamente afferma che «tecnocrazia e democrazia sono antitetiche»: «l'esperto non può essere il cittadino qualunque». Viene infranta la regola secondo la quale «la democrazia si regge sulla ipotesi che tutti possano decidere di tutto. La tecnocrazia, al contrario, pretende che chiamati a decidere siano i pochi che se ne intendono». L'a. ritiene tale aspetto della modernità una «promessa infranta» per la democrazia.

<sup>12</sup> Particolarmente interessante è l'analisi che conduce G. GRAZIANO, *Le lobbies*, Roma-Bari, 2002, sul rapporto tra i gruppi di pressione e le istituzioni europee ed ivi in particolare con i parlamentari. L'a., p. 55, nel definire l'istituzione europea nel suo complesso, con formule suggestive fa riferimento ad «un tale 'Stato'» come «negoziale, sistema a reti o a pluralismo estremo». Per un'analisi di ampio spettro con contributi su singole tematiche di precipuo interesse sul punto v. L. CHIEFFI (a cura di), *Rappresentanza politica, gruppi di pressione, elites al potere*, Torino, 2006.

<sup>13</sup> Espressione semplificatrice con la quale si intende il sistema di regole consolidate nella teoria dell'interpretazione. Permangono le questioni epistemologiche approfondite dai filosofi del diritto e dagli studiosi della teoria generale del diritto sulla natura della scienza giuridica. Sulla differenza tra le scienze empiriche e la giurisprudenza, e così tra la sociologia del diritto e l'interpretazione, N. BOBBIO, *Scienza del diritto*, cit., p. 95, osserva come l'oggetto della giurisprudenza «è il contenuto determinato di un determinato discorso», quello del legislatore o delle leggi.

tazione dei *verba*<sup>14</sup>. Indubbiamente, la caratteristica policentrica assunta dal sistema delle fonti del diritto riverbera sul momento interpretativo; in esso, inoltre, incide anche la giurisprudenza<sup>15</sup>.

Proprio in ambito europeo, la funzione interpretativa del Trattato esercitata dalla Corte di giustizia ne fa un organo di rilevanza immediata. Le sentenze pronunciate, quindi, devono essere note ed interpretate nel procedimento di innovazione ed adeguamento dell'ordinamento giuridico interno<sup>16</sup>.

Il rapporto tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno consente di cogliere gli aspetti sopra anticipati ed in particolare la complessità contenutistica delle materie, le tecniche legislative ed il problema del rapporto tra le fonti.

In questo rapporto le difficoltà possono apparire amplificate, trattandosi di fonti esterne che ricadono nell'ordinamento interno in forza di regole non ancora del tutto consolidate in Italia come in molti altri ordinamenti; occorre, inoltre, considerare che le fonti comunitarie sono prodotte con procedimenti, tecniche, lingue e secondo tradizioni giuridiche sovente diverse da quella italiana.

<sup>14</sup> Come noto l'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile è la fonte formale di partenza dell'«interpretazione della legge». È così che nel comma 1 l'interpretazione è descritta come letterale, innanzitutto («Nell'applicare la legge non si può ad essa fare attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole (...)»), logico-sistematica («(...) secondo la connessione di esse (...)») e d'individuazione della *mens legis*.

<sup>15</sup> Non è questa la sede per affrontare una tematica di indubbia incidenza teorica e sostanziabile: quello degli «elementi di unione e (...) di differenziazione tra i modelli processuali», A. RUGGERI, *I principi generali del processo comune*, in E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, *I principi generali del processo comune ed il loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*, Torino, 2008, p. 4. Il ruolo della Corte Costituzionale e più in generale la «struttura dei processi interpretativi» aprono un ventaglio di mutevoli prospettive d'analisi, dove a doversi analizzare sono gli effetti delle incidenze tra i diversi processi. Particolarmente interessante l'approfondimento di N. PIGNATELLI, ha reciproche «incidenze» tra processi amministrativi e processo costituzionale, in A. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, *I principi generali*, cit., p. 17 ss.

<sup>16</sup> Il ruolo centrale della Corte di giustizia delle comunità europee, oramai pacificamente accolto, pur in considerazione dell'ampiezza delle funzioni sue proprie e, soprattutto, della reale incidenza negli Stati membri, è elemento imprescindibile nel momento interpretativo/applicativo del diritto. Sul merito v. P. MENGOZZI, *La rule of law di formazionegiurisprudenziale*, in *Riv. dir. eur.*, 1992, p. 511 ss.; v. anche B. NASCIBENE (a cura di) *Il processo comunitario dopo Nizza*, Milano, 2003; e da ultimo si veda P. Costanzo, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione Europea*, in P. Costanzo - L. Mezzetti - A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione Europea*, Torino, 2006, p. 297 ss.

Questa comune lettura del fenomeno non deve, però, essere considerata come l'unica accettabile. Anzi, da più parti, e soprattutto con riferimento alla portata più ampia che devono assumere le carte dei principi, si auspica un processo ed un risultato di assunzione di una vera e propria identità europea dei diritti e della produzione normativa. Passaggio essenziale, questo, per giungere alla formazione di una cultura giuridica europea che, per quanto derivi da tradizioni similari, da un costituzionalismo sintetizzabile attraverso chiavi di lettura comuni, per essere orientata alla politica ed alla rappresentanza comune deve in parte emanciparsi ed assumere una propria individualità attraverso processi (questi sì) condivisi e democratici<sup>17</sup>.

L'adesione dell'Italia all'Unione europea permette, altresì, di introdurre la questione, di ampia portata teorica e pratica, degli effetti del cosiddetto ordinamento multilivello sulla qualità della regolazione. È così che fonti del diritto, chiarezza dei testi, democraticità del sistema e sovranità divengono elementi della medesima analisi argomentativa.

## **2. Le regole di redazione dei testi normativi e l'intelligibilità**

Nel riprendere l'iniziale premessa sull'auspicata coincidenza delle proposizioni normative con il linguaggio comune, appare opportuno proseguire con un approfondimento critico. Le argomentazioni a sostegno di questa "condizione ottimale" potrebbero essere numerose. Vi sono, tuttavia, alcune complessità ontologicamente connesse alla redazione di testi normativi. Ad esempio, alcune criticità possono permanere anche quando i testi normativi siano stati formulati nel pieno rispetto delle regole e delle raccomandazioni contenute nelle circolari che regolano l'attività redazionale degli uffici legislativi delle amministrazioni<sup>18</sup>. Ciò conduce ad affer-

<sup>17</sup> C. PINELLI, nella sua *Relazione al Seminario dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti su "L'Europa tra trattato e costituzione"*, S. Domenico di Fiesole, 14 maggio 2004, *Il dibattito sulla Costituzione europea e le virtù trasformative delle tradizioni costituzionali comuni*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), osserva ed auspica come «invece di imprimere il suggello al discorso costituzionale europeo, le tradizioni comuni spalancano dilemmi, e possono solo lasciar sperare che la loro individuazione inauguri un processo trasformativo dei differenti punti di vista, che messe da parte le proiezioni mentali dei confini nazionali si traduca in scambi di maggior respiro, tali da far maturare altre (magari altrettanto divergenti) convinzioni».

<sup>18</sup> Limitando l'analisi alle regole formulate a livello statale, è utile visionare, ad esempio, la circolare 20 aprile 2001, n. 1.1.26/10888/9.92, «Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi» o la successiva «Guida alla redazione dei testi nor-

mare che la “condizione” diviene il primo elemento di criticità. Probabilmente quanto segnalato appare un paradosso; eppure, non è l’unico del difficile mestiere del legislatore ed in particolare degli uffici legislativi (di supporto ai legislatori), costantemente impegnati in funzioni complesse, sospese tra regole tecniche ed indirizzi politici<sup>19</sup>. Le regole per la redazione dei testi normativi vigono da tempo. Sono numerose e differenziate e sono state arricchite dall’evoluzione scientifica ed applicativa che ha più recentemente condotto all’introduzione di nuove metodologie; il riferimento è, in particolare, all’Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR)<sup>20</sup> ed alla Verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)<sup>21</sup>.

mativi», elaborata dal Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi (DAGL). Sono *ivi* riportate le regole, formali e sostanziali, a cui devono attenersi le amministrazioni centrali nella redazione dei testi normativi di varia natura. La duplice finalità della Guida si attesta sulla formulazione dei testi da parte delle diverse amministrazioni e sui criteri di controllo successivo, di competenza degli Uffici legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri. Tale attività è prodromica alla presentazione dei testi normativi al Consiglio dei ministri per la relativa approvazione.

<sup>19</sup> Ai non conoscitori della “burocrazia legislativa” possono sfuggire taluni rapporti che costituiscono l’ossatura dell’azione legislativa. Nel richiamare ancora il contributo del DAGL, se ne evidenzia il ruolo che questi deve esercitare in costante collaborazione con il Comitato della legislazione del Parlamento e con gli uffici legislativi dei ministeri. Si tratta di attività proceduralizzate, ma le cui dinamiche organizzative dipendono, fortemente, dalla capacità di adattamento, quindi dall’elasticità delle strutture ed *ivi*, soprattutto, delle risorse umane. Per un’analisi completa e dettagliata sulla formazione delle leggi v. il recente contributo di R. DICKMANN, *L’organizzazione del processo legislativo*, Napoli, 2006.

<sup>20</sup> L’Analisi dell’impatto della regolamentazione consta di una serie di attività realizzate dalle amministrazioni nell’ambito della progettazione di atti di regolamentazione, sia normativi che non. L’obiettivo è quello di valutare *ex ante* i vantaggi e gli svantaggi, in termini di costi e benefici, sulle pubbliche amministrazioni, sia in termini organizzativi sia funzionali, ma anche sull’attività delle imprese e dei cittadini. L’AIR pone a confronto la cosiddetta “opzione zero”, *rectius* la normativa vigente con l’ipotesi di nuovi interventi normativi. Si tratta di processi complessi in cui è centrale la partecipazione attiva delle parti direttamente ed indirettamente interessate. La bibliografia sul tema è piuttosto ampia. Per uno studio anche comparato v. la documentazione del Fornez ed *ivi*, in particolare, *L’analisi di impatto della regolazione in dieci paesi dell’Unione europea*, 32/2005. Sul punto si veda, altresì, la *Guida alla sperimentazione dell’analisi di impatto della regolamentazione* (AIR) predisposta nel 2001 dal «Nucleo per la semplificazione delle norme e delle procedure» d’intesa con il «Dipartimento affari giuridici e legislativi».

<sup>21</sup> L’art. 14 «Semplificazione della legislazione» della legge 28 novembre 2005, n. 246 «Semplificazione e riassetto normativo per l’anno 2005» definisce la VIR come la «valutazione, anche periodica, del raggiungimento delle finalità e nella stima dei costi e degli effetti prodotti da atti normativi sulle attività dei cittadini e delle imprese e sull’organizzazione e sul funzionamento delle pubbliche amministrazioni».

Con riferimento alle amministrazioni centrali, può essere richiamata la circolare 2 maggio 2001, n. 1 della Presidenza del Consiglio dei Ministri «Guida alla redazione dei testi normativi» ed è utile un seppur breve riferimento per avere cognizione della portata della regolamentazione in materia.

La «Guida» è articolata in una serie di sezioni che comprendono: le regole formali — il linguaggio normativo<sup>22</sup>; la struttura dell'atto normativo<sup>23</sup>; i rapporti tra gli atti normativi<sup>24</sup>; gli aspetti sostanziali di redazione ed il contenuto tipo dell'atto<sup>25</sup>; le regole speciali per particolari atti<sup>26</sup>.

<sup>22</sup> Con riferimento alla prima sezione, le regole concernono: lo stile delle disposizioni e comprendono le abbreviazioni e le sigle utilizzabili, l'uso delle congiunzioni, delle maiuscole, dei neologismi, dei termini giuridici, tecnici e stranieri, l'omogeneità terminologica, l'uso dei verbi, i riferimenti normativi e quelli interni ed esterni al medesimo atto normativo.

<sup>23</sup> Questa sezione comprende il titolo dell'atto normativo, le sue premesse, sia in generale sia con specifico riferimento a singole fonti del diritto (quali i decreti legislativi, i decreti legge, i regolamenti governativi), i concerti e le intese, le partizioni del testo, l'articolo, la numerazione e le rubriche dei singoli articoli, il comma; sono altresì disciplinate le partizioni di livello superiore all'articolo e gli allegati.

<sup>24</sup> L'applicazione di questa sezione richiede particolare attenzione. Questioni quali l'abrogazione, la deroga, la novella, la numerazione e la rubricazione degli articoli aggiunti con novella, la numerazione dei commi nella novella, la proroga, la sospensione e la reviviscenza, rappresentano taluni degli aspetti più complessi in fase applicativa delle fonti del diritto. L'oscurità che può conseguire dal mancato rispetto delle regole che disciplinano la redazione può impattare in modo esiziale sulla qualità stessa della regolazione. Le derive kafkiane che gli atti normativi talvolta assumono sono le principali inefficienze del sistema ordinatorio. Nel già citato M. ANIS, *La legge oscura*, sono riportati alcuni paradossali quanto gravi errori commessi dal legislatore.

<sup>25</sup> Le tematiche inerenti tali due aspetti sono numerose in quanto accanto ai profili più strettamente formali della redazione degli atti normativi, se ne affiancano numerosi altri di carattere più propriamente sostanziale. Ognuno dei profili segnalati ed approfonditi meriterebbe un'attenta analisi. Si pensi, ad esempio, alle «finalità» ed all'«oggetto dell'intervento normativo». La nostra tradizione non prevede l'argomentazione, la motivazione dei testi normativi. Qui si coglie una prima differenza con gli atti normativi comunitari di cui si dirà di seguito. Vi è una contrapposizione netta con l'approccio comunitario. Si vuole, infatti, evitare il difetto (a cui va detto si contrappongono numerosi pregi) di un irrigidimento dell'interpretazione. Si vuole espressamente «evitare che sia legificato lo strumento interpretativo della *voluntas legis* nella forma della volontà storica del legislatore». Anche se vi è la piena consapevolezza, che poi si traduce nell'eccezione alla quale si dà eventualmente spazio, di formulare le finalità allorquando ciò permetta di inquadrare, «meglio di quanto possa fare il solo titolo, l'obiettivo e facilitarne la lettura e la conoscibilità». Il secondo aspetto di matrice sostanziale riguarda l'«ambito di efficacia dell'atto»: attraverso una disposizione di carattere generale può essere utile specificare sia le categorie dei rapporti giuridici sia i destinatari della stessa fonte. Un'ulteriore questione concerne un argomento anch'esso noto in sede comunitaria, e di cui si dirà di seguito:

Le regole sono formulate in maniera chiara e devono essere rispettate dalle amministrazioni. Per quanto però rispettate, talune circostanze ne rendono non sempre certa l'applicazione. Com'è noto a chi opera negli uffici legislativi, variabili quali "i termini", "gli emendamenti", "le proposte di modifica", presentate non sempre tempestivamente, il coordinamento finale dei tavoli di lavoro per l'approvazione dei decreti legislativi, o la conversione dei decreti legge, possono rappresentare (nonostante siano previsti e disciplinati) condizionamenti che si tramutano in 'strappi'<sup>27</sup> alle regole.

In sintesi, il tecnicismo e la prassi determinano due primi condizionamenti all'ideale tipo dell'omogeneità e della chiarezza linguistica.

Di tal che, volendo trarre una prima conclusione, più che immaginare la creazione di regole idonee alla strutturazione di fonti normative chiare e facilmente leggibili, giuristi e linguisti, gli uni consapevoli dell'evoluzione della scienza degli altri, potrebbero tracciare ed aggiornare una linea di confine, individuare un minimo comune denominatore.

L'obiettivo è, quindi, garantire un sufficiente accesso da parte dei cittadini e dei destinatari alla normativa. Al contempo, in considerazione della complessità dei tempi, dell'applicazione delle tecnologie, della necessità di intervenire al fine di realizzare obiettivi di politica economica, non può non tenersi presente l'imprescindibile esigenza che le istanze della collettività siano gestite e regolamentate secondo criteri di efficienza ed efficacia.

le «definizioni normative». Vi è ancora la necessaria corrispondenza tra contenuto del dispositivo e disposizioni sostanziali, quindi il divieto di «norme intrusive». In questa sede non possono essere elencate tutte le regole che caratterizzano i macro-profili segnalati. Ci si limita, pertanto, a richiamare le «modalità di adozione di successivi atti applicativi» ma soprattutto, in quanto utili ai nostri fini, le «disposizioni interpretative»: il riferimento è qui al fenomeno dell'interpretazione autentica, che per quanto estrema *ratio* chiarificatrice di disposizioni normative di dubbia interpretazione, si sostanziano in un incidente intervento limitativo dell'interprete e producono effetti significativi in quanto operano *ex tunc*. Sui relativi limiti vedi, in particolare, la sentenza della Corte costituzionale del 15 novembre 2000, n. 255.

<sup>26</sup> La «Guida» prevede un'ultima parte dedicata alle cosiddette Regole speciali per particolari atti». Con specifico riferimento a quelle di più immediato e stretto impatto con la qualità della regolazione, è opportuno ricordare i «principi e i criteri direttivi», rispettivamente: le disposizioni della legge delega che definiscono le norme giuridiche di carattere generale e le finalità determinate dal legislatore delegato.

<sup>27</sup> Non si può, di fatti, parlare di deroghe.

In questo caso, una normativa 'specializzata', che faccia ricorso al linguaggio tipico della materia oggetto dell'intervento normativo, può rappresentare la soluzione ottimale, in vista della 'leggibilità' diffusa del testo.

### 3. La normazione nell'ordinamento giuridico multilivello

Anche se il tema principale del presente contributo concerne i problemi di chiarezza ed efficacia degli atti normativi, va detto che il fenomeno che ne è oggetto ricade nella problematica, di ben più ampie proporzioni, della pluralità degli ordinamenti giuridici e della *global governance*. Si tratta di un'ulteriore tematica di interesse che è opportuno richiamare.

Anch'essa può dirsi oggi rientrare tra quegli argomenti che vengono ancora definiti nuovi, ma che, in realtà, sono ampiamente trattati dalla dottrina giuridica. L'immagine molto efficace proposta dalla dottrina dell'ordinamento giuridico italiano policentrico esplosivo, rende l'idea del nuovo atteggiarsi dell'ordinamento<sup>28</sup>. Vi è una pluralità di competenze ed una pluralità di 'produttori' (cioè di strutture organizzative) di fonti del diritto.

I destinatari delle norme giuridiche, siano essi istituzioni, persone giuridiche o fisiche, ed operatori del diritto, vivono con un certo disagio questa moltitudine, pur potendo essi disporre degli strumenti dell'informatica giuridica, prima sconosciuta, che agevolano l'individuazione delle fonti vigenti<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> F. PIZZETTI, *L'evoluzione del sistema italiano fra "prove tecniche di governance" e nuovi elementi unificanti. Le interconnessioni con la riforma dell'Unione Europea*, Relazione al Convegno "La funzione normativa di Comuni, Province e Città metropolitane nel nuovo sistema costituzionale" Trapani 3-4 maggio 2002 in <http://www.giurcost.org/studi/Pizzetti3.htm>, proprio nell'affrontare la questione dal punto di vista precipuo al percorso che qui si delinea, osserva come «Nel nuovo ordinamento italiano, che non a caso si è in altra occasione definito come un sistema "esplosivo", manca oggi la possibilità per la legge (sia essa statale che regionale) di svolgere una funzione unificante e uniformizzante di carattere generale». Sul contesto policentrico esplosivo v. altresì il precedente contributo di F. PIZZETTI, *Le nuove esigenze di «governance» in un sistema policentrico «esplosivo»*, in *Le Regioni*, 6/2001, pp. 1153 ss.

<sup>29</sup> Coloro che hanno vissuto l'epoca delle schede di aggiornamento guardano con estremo favore alle nuove modalità di ricerca e di consultazione dei testi giuridici *on line* e su supporti multimediali, a cui si aggiungono, inoltre, i siti specializzati che danno aggiornamenti continui sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale, fornendo, in alcuni casi, interpretazioni delle novità legislative utili agli operatori dei diversi settori oggetto di attenzione.

Ancora, si assiste ad una concreta erosione della sovranità statale come tradizionalmente intesa.

Fenomeno che riguarda il diritto pubblico ma anche il diritto civile.

Una medesima materia può essere oggetto di disciplina da parte di numerose fonti sia esterne all'ordinamento, sia interne.

Vi sono, solo per fare alcuni esempi: fonti di diritto internazionale, provenienti da organizzazioni quali l'Onu, il Wto, dai Trattati in generale; le fonti c.d. comunitarie, quelle che di seguito si approfondiscono; e, in ambito interno, le fonti statali, regionali e degli enti locali.

Questa moltitudine genera un ambiente complesso, con sovrapposizioni e conflitti che il nostro ordinamento riconosce, disciplinandone la risoluzione.

L'impatto sulla chiarezza e la certezza del diritto è inevitabile.

Ponendo attenzione alle fonti esterne, basti pensare al caso del rinvio, quindi all'immediata efficacia nel nostro ordinamento di fonti approvate e soprattutto redatte 'altrove'.

Volgendo lo sguardo alle fonti interne, osserviamo un significativo incremento quantitativo delle leggi regionali.

Per avere cognizione del dato è sufficiente esaminare il «Rapporto 2007 della Camera dei deputati sulla legislazione tra Stato, Regione e Unione europea»<sup>30</sup>.

#### ***4. L'impatto della normativa comunitaria sulla qualità della normazione***

Il legislatore europeo, in forza del Trattato, esercita la competenza normativa. Negli ultimi venti anni, il *corpus* normativo comunitario è notevolmente accresciuto, parallelamente al numero degli stati membri.

Gli interventi normativi sono, oramai, talmente diffusi da incidere profondamente sull'ordinamento interno. Senza dimenticare, tra l'altro, che molte di queste materie, come quella dell'ambiente, hanno dimen-

<sup>30</sup> In inciso appare utile evidenziare come dall'entrata in vigore della legge di revisione del Titolo V della Costituzione sulla ripartizione della funzione legislativa tra Stato e regioni, del 2001, all'incremento quantitativo delle competenze legislative regionale come non sia sempre corrisposto, tra l'altro, un adeguato incremento, sia quantitativo sia qualitativo, delle risorse umane impegnate negli uffici legislativi. Si tratta di profili organizzativi di rilevante impatto sulla qualità della produzione normativa.

sione transnazionale. Al legislatore europeo è attribuita la potestà normativa in quasi tutte le materie tra le quali: l'agricoltura, l'ambiente, l'energia, la salute, i rifiuti, gli alimenti, il settore bancario ed assicurativo, l'informazione e le comunicazioni elettroniche, la tutela dei consumatori, degli utenti e degli investitori, la giustizia, gli affari interni e la sicurezza, il lavoro, la ricerca, l'innovazione ed i trasporti.

Le fonti normative sono uno dei principali strumenti per realizzare le politiche comuni. La competenza per materia si incrocia con gli interessi dei cittadini europei e delle imprese. Ed il tutto trova rispondenza all'interno di più fonti del diritto e la normativa che ne consegue è il risultato di molteplici interventi che armonicamente devono rinvenire una legittima collocazione in un quadro differenziato per singola realtà statale, o, come per il caso italiano, eventualmente anche regionale, ma pur sempre in una dimensione europea armonizzata.

Come di recente ribadito nelle sedi europee, rispetto al fine dell'armonizzazione, una norma comune, unica, è più efficiente di un'articolata e frammentaria serie di disposizioni normative adottate dai singoli stati membri, dalle regioni, e più in generale dalle istituzioni territoriali competenti a produrre fonti normative; a prescindere dal problema, da sempre particolarmente sentito e approfondito dalla dottrina, del c.d. *deficit* democratico che si riscontra, principalmente, nell'ambito delle procedure necessarie all'approvazione delle disposizioni normative.

Tra gli aspetti di interesse per acquisire informazioni critiche sull'impatto, diretto o indiretto, della normativa comunitaria su quella interna, il quadro complessivo può essere scomposto in tre piani distinti.

Il primo è quello strettamente europeo. In questo caso preme evidenziare la tecnica legislativa europea (il *drafting* e gli strumenti di valutazione) ed i problemi annessi ai testi, così come le misure predisposte per, richiamando un noto slogan europeo, «Legiferare meglio»<sup>31</sup>.

L'aspetto che qui interessa concerne soprattutto il c.d. *drafting* formale: la qualità redazionale.

È evidente come anche il *drafting* sostanziale abbia valore. Non si

<sup>31</sup> La Commissione europea ha creato ed aggiorna un sito, appunto, sul «Legiferare meglio». Il documento strategico più recente è del 30 gennaio 2008, COM (2008) 32 Final, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee of the Regions. Second strategic review of Better Regulation in the European Union*.

terrà, però, conto dei contenuti delle discipline; l'attenzione verrà invece posta sul recepimento delle direttive europee (di cui si dirà, però, nell'analisi del piano interno o nazionale).

Il secondo piano è quello "comune", che è europeo ma anche nazionale. Il riferimento è alla partecipazione dell'Italia alla formazione degli atti normativi europei, la cosiddetta fase ascendente.

Il terzo piano è quello più strettamente "interno": l'ordinamento italiano prevede un quadro organico per garantire il proprio adeguamento alla normativa europea attraverso la cosiddetta fase discendente.

#### **4.1 Il 'Piano europeo'**

Gli atti che le istituzioni comunitarie approvano in conformità ai Trattati istitutivi delle Comunità concorrono a formare, con la giurisprudenza comunitaria, l'ordinamento giuridico comunitario.

Questo ordinamento è autonomo rispetto agli ordinamenti degli Stati membri. Il principio dell'autonomia del diritto comunitario che ispira l'intero ordinamento deriva da una duplice esigenza fondamentale: garantirne l'applicazione uniforme in tutti gli Stati membri; impedire che atti normativi dei singoli Stati possano alterarne i contenuti.

È opportuno un richiamo contestualizzato alla problematica della redazione dei testi per i più importanti atti normativi della Comunità europea, quelli giuridicamente vincolanti per gli Stati membri.

I regolamenti comunitari, che come noto sono fonti-atto indirizzate a tutti gli Stati membri, hanno portata generale e sono direttamente applicabili. Questo significa che l'atto entra in vigore nell'ordinamento interno nella formulazione linguistica predisposta dalle istituzioni europee, quindi nel testo approvato in lingua originaria e nel testo tradotto.

A rigor di completezza, ed in considerazione delle tematiche che in questa sede si affrontano, va osservato che l'articolo 17, comma 1, della legge 23 agosto 1988, n. 400, prevede che il Governo possa approvare un regolamento di esecuzione dei regolamenti comunitari. In questo caso, la fonte, pur nei limiti propri dei regolamenti di esecuzione, può essere un utile strumento di chiarificazione del testo redatto in ambito europeo<sup>32</sup>.

<sup>32</sup> Va infatti considerato che i regolamenti possono non essere autosufficienti, idonei, quindi alla completa applicazione. È necessario un ulteriore intervento idoneo alla esecuzione del regolamento. Questo può essere d'origine comunitaria o nazionale. Fonda-

Il secondo atto è la “decisione”, indirizzata a singoli Stati membri o a destinatari determinati: la portata è individuale ed è obbligatoria in tutti gli elementi per i destinatari. Anche in questo caso valgono le medesime considerazioni già formulate per i regolamenti.

Le direttive comunitarie sono atti che vincolano lo Stato membro cui sono rivolte rispetto al risultato da raggiungere, «salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma ed ai mezzi». Esse impongono, dunque, un obbligo di risultato, ed i singoli Stati sono autonomi nell'adattare, a propria discrezione, le misure attuative opportune.

Lo Stato, così come le regioni per quanto di loro competenza, recepiscono le direttive comunitarie, principalmente, pur se non solo, attraverso fonti atto interne ma anche con atti amministrativi. Inoltre, a seconda della natura della direttiva, il margine di discrezionalità riservato al legislatore interno può essere più o meno ampio<sup>33</sup>.

Sarà il legislatore interno a redigere, nella propria lingua, i testi di recepimento. Sul piano della chiarezza, ne dovrebbero conseguire condizioni migliori rispetto a quelle che si verificano con l'attuazione diretta delle fonti comunitarie.

Gli strumenti dell'azione comunitaria, comunque, non si esauriscono nei provvedimenti cogenti (regolamenti, direttive, decisioni). Le istitu-

mentalmente è stato l'intervento della Corte di giustizia che con sentenza settembre 1979, c. 230/78, ha affermato che il divieto in capo agli Stati membri di provvedere con propri provvedimenti di recezione «viene a cadere quando il regolamento considerato lascia agli stati membri il compito di adottare essi stessi i provvedimenti legislativi, regolamentari, amministrativi e finanziari, necessari affinché le disposizioni del regolamento stesso possano essere effettivamente applicate, incombendo ai giuridici nazionali di controllare la conformità delle disposizioni interne, al contenuto dell'atto comunitario».

<sup>33</sup> È nota la questione delle direttive *self executing*. Si tratta di fonti la cui disciplina è così dettagliata da escludere qualsiasi discrezionalità da parte degli Stati in merito alla relativa attuazione. Esse sono un'eccezione all'efficacia tipo delle direttive. Questa tipologia di direttiva è stata particolarmente approfondita. La direttiva *self executing* è evocata, tra l'altro, ogni qual volta si pongano problemi di natura costituzionale per la macro categoria di atti direttamente applicabili, quindi per i regolamenti, le decisioni ed appunto le direttive *self-executing*.

Sull'efficacia delle direttive v. A. Barone, *L'efficacia diretta delle direttive fra certezze (comunitarie) e fra intendimenti (nazionali)*, in *Foro.it*, 1996, IV, p. 358 e ss., R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi, principio di uguaglianza*, in *Dir. Ue*, 1998, p. 81 ss.

Tra le questioni di maggior interesse vi è quella della disapplicazione della norma interna a vantaggio di quella comunitaria.

Per un'analisi della giurisprudenza costituzionale si veda F. SORRENTINO, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della corte costituzionale: problemi e prospettive* in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it)

zioni europee, infatti, esercitano anche una funzione di orientamento e di impulso rivolta agli Stati membri attraverso ulteriori atti che, pur privi di vincolatività giuridica, svolgono un ruolo decisivo nel perseguimento degli obiettivi comuni. Ne sono un esempio i Libri bianchi, i Libri verdi, i Programmi d'azione e quelli quadro, le Raccomandazioni, le Risoluzioni e le Comunicazioni<sup>34</sup>.

#### **4.1.1 *L'interrelazione tra i procedimenti d'approvazione degli atti europei e la qualità della regolazione***

I Trattati istitutivi prevedono una serie di procedimenti per l'approvazione delle fonti comunitarie: procedimenti articolati e complessi attraverso i quali è prevista la partecipazione degli organismi europei e dei singoli Stati membri. Come è stato segnalato in dottrina, a seconda della tipologia di procedimento, diverse possono essere le conseguenze sui piani della chiarezza e della coerenza del testo e più in generale sul *drafting* formale<sup>35</sup>. È stato, più in particolare, evidenziato come a seconda del tipo di procedimento seguito per l'approvazione delle fonti comunitarie, diverso potrà risultarne l'impatto sul piano della qualità della regolazione.

Appare utile un esempio per evidenziare la portata della questione ed i suoi effetti potenziali. Tra le procedure previste dal Trattato vi è quella di codecisione. Questo procedimento è particolarmente articolato: ne è apprezzata la capacità di garantire una soluzione mediana rispetto ad altre procedure previste dal Trattato, in quanto strumento idoneo rispetto all'obiettivo della riduzione del *deficit* democratico, un vizio ritenuto congenito alla produzione normativa europea sin dagli inizi dell'esperienza comunitaria e progressivamente avvertito sempre più incidente, in considerazione dell'incremento della produzione normativa comunitaria<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Per un'analisi dei profili legati al *soft law* cfr. G. DE MINICO, *Regole. Comando e consenso*, Torino, 2005.

<sup>35</sup> Sul punto si rinvia all'approfondimento sviluppato da A. VEDASCHI, *Istituzioni europee e tecniche legislative*, Milano, 2001, p. 29 ss.

<sup>36</sup> Per comprendere la portata del problema del *deficit* democratico nelle istituzioni europee, al quale si è accennato in precedenza, ed in particolare nei procedimenti di formazione degli atti normativi può essere utile ricordare i principali ed iniziali moniti ed azioni che il Parlamento europeo ha elaborato negli anni. Già negli anni '80, con la Risoluzione del 17 giugno 1988 sul *deficit* democratico della Comunità europea e poi nella più com-

Qui la ricerca di soluzioni di compromesso fra le diverse istanze ed i diversi interessi, che ha luogo spesso su tematiche di significativo impatto politico (libera circolazione dei lavoratori e dei servizi, sanità, consumatori, reti transeuropee, ambiente, ricerca), rende più complesso il rispetto delle regole della legistica. Si assiste, in questo caso, ad un bilanciamento che avviene nelle singole istituzioni e tra le istituzioni, in direzione di un rafforzamento del carattere democratico dell'azione comunitaria: il riferimento è, in particolare, al Parlamento, al Consiglio dell'Unione europea ed alla Commissione<sup>37</sup>.

#### 4.1.2 *Tecnica legislativa europea e difetti di comunicazione*

Il confronto tra linguisti e giuristi può avvenire anche muovendo dall'analisi dei testi giuridici. In questo modo si può strutturare una piattaforma comune, quindi una possibile occasione di confronto rivolta ad ipotesi migliorative della comunicazione tra istituzioni e cittadini.

In considerazione di ciò, è utile richiamare i principali difetti di comunicazione dell'atto normativo in senso lato, collocandoli nel quadro

più Risoluzione del Parlamento europeo del 12 giugno 1997 «sulle relazioni fra il Parlamento europeo e i parlamenti nazionali», è stata evidenziata la «crescente richiesta dell'opinione pubblica che nell'Unione europea il processo decisionale sia quanto più vicino possibile al cittadino e che l'Unione diventi più aperta e democraticamente responsabile nei suoi processi decisionali e nella sua cultura amministrativa». Problema, questo, sempre più sentito, considerato l'«incremento delle competenze dell'Unione».

La mancata corrispondenza di tale fenomeno con l'«aumento dei poteri dei parlamenti all'interno dell'Unione» era rinvenibile, come stigmatizzato, soprattutto in materie quali politica estera e sicurezza comune, quali «affari interni e giustizia, politiche economiche e monetarie nel contesto dell'UEM, politica agricola, accordi commerciali internazionali» e nella «procedura di revisione dei trattati». Tra le cause del *deficit* democratico vi è, in particolare, il controllo da parte dei Parlamenti nazionali — di questo aspetto si avrà modo di dire in seguito, anche perché, rispetto al periodo al quale si fa riferimento, la legge n. 11/2005 ha innovato significativamente il procedimento interno ed ha creato le condizioni per un effettivo cambiamento della 'cultura partecipativa' al processo di formazione (la cosiddetta «fase ascendente»). Ma in una visione più europeistica, è soprattutto nel rafforzamento del ruolo del Parlamento europeo che dovevano essere introdotti gli elementi innovativi di un efficiente processo di riduzione del *deficit* democratico, almeno nell'ambito dei procedimenti normativi. Da questo punto breve è il passo per proporre l'estensione della «codecisione di modo che diventi la procedura normale per la legislazione UE».

<sup>37</sup> I primi due organi possono operare in sede di Comitato di conciliazione per redigere un testo che avvicini posizioni contrastanti.

teorico sistematico della «Tecnica legislativa».

Tra questi vi è, indubbiamente, il «difetto di contenuto». Può aversi in presenza di parole che forniscano indicazioni «confuse», «ambigue» ed «equivoche»<sup>38</sup>. In questo caso ci si muove nell'ambito della legistica, quindi dell'accuratezza del testo in senso stretto.

Esistono in ambito europeo, così come in ambito nazionale<sup>39</sup>, una serie di regole tecniche che orientano i momenti preparatori e quello redazionale, e, quindi, il cosiddetto *drafting*.

Le istituzioni comunitarie sono da tempo sensibili al problema.

Dalle analisi empiriche condotte anche negli anni '90, è stata evidenziata e conseguentemente analizzata dalla dottrina<sup>40</sup>, l'amplificazione nel diritto comunitario dei problemi tipici del diritto nazionale.

Tra le cause del fenomeno vi sarebbe anche la diversità dei vari ordinamenti giuridici che compongono quello dell'Unione europea, nei quali è assai difficile riscontrare una siffatta coincidenza degli istituti.

Tra i casi più emblematici vi è quello della distinzione tra interessi legittimi e diritti soggettivi, e la difficoltà di procedere all'attuazione del diritto comunitario, muovendo da questa imprescindibile ripartizione teorica ma anche di significativa incidenza nella tutela di diritti dinanzi alle autorità giudiziarie competenti<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa (ad vocem)*, in *Enc. giur.*, Milano, 2003, p. 4, evidenzia i difetti di comunicazione che un atto normativo può generare.

<sup>39</sup> Di cui si è dianzi detto in corpo nota, supra, mt. 1, p. 7 ss.

<sup>40</sup> Il riferimento è a A. VELASCHI, *Istituzioni europee*, cit., p. 10, che fa riferimento al rapporto Koopmans, non pubblicato.

<sup>41</sup> Nel diritto comunitario non sussiste la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi. Tale distinzione, quindi, non rileva ai fini della redazione di fonti comunitarie. Diverso è invece il profilo dell'attuazione nel nostro ordinamento, in cui non sono mancate le difficoltà. Il diritto comunitario considera *conditio sine qua non* la possibilità di richiedere il risarcimento del danno quando la norma tuteli una posizione. Il settore degli appalti pubblici è quello che ha visto concretizzarsi il problema a cui si accenna: in quest'ambito, infatti, è emersa la questione della risarcibilità degli interessi legittimi. Sul rapporto tra ordinamento comunitario e situazioni giuridiche soggettive tutelate nel diritto amministrativo italiano v., in particolare, S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali*, in AA.VV., *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1998, p. 329-342. Su tale questione è opportuno richiamare, anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204, M. CLARICH, in *La "tribunalizzazione" del giudice amministrativo evitata: commento alla sentenza della Corte Costituzionale 5 luglio 2004 n. 204*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). La questione, così come affrontata dalla Corte Costituzionale giunge a rivalutare «la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi quale criterio generale di

Ulteriori considerazioni possono vertere sulla terminologia giuridica, ma anche tecnica, comune in sede europea ma non altrettanto in sede nazionale.

La locuzione europea «*organismes de droit public*» — i cosiddetti organismi di diritto pubblico — è, probabilmente, tra quelle più emblematiche. Le difficoltà interpretative ed applicative, talvolta anche strumentalizzate nel piano interno, sono state a lungo argomento di intensa discussione. In materia di servizi pubblici locali, in particolare, il recepimento delle direttive comunitarie e l'attuazione del diritto comunitario ha incontrato non poche difficoltà. Le conseguenze anche economiche sono state numerose ed i problemi in diritto che ne sono scaturiti hanno creato condizioni di reale complessità<sup>42</sup>.

Mentre si attendevano gli interventi legislativi chiarificatori, anche d'interpretazione autentica di testi normativi oscuri, i servizi pubblici locali dovevano, comunque ed evidentemente, essere esercitati<sup>43</sup>. È così che la questione della chiarezza dei testi normativi e della loro interpretazione si rivela nella sua reale complessità e costante attualità con ripercussio-

riparto di giurisdizione», di tal guisa riportando nella centralità del dibattito dottrinale «molti studi sulle situazioni giuridiche soggettive e in particolare sull'interesse legittimo, categoria ormai destinata, secondo parte della dottrina, a scomparire, con o senza rimpianti, o a essere riassorbita in quella più generale dei diritti soggettivi».

<sup>42</sup> Per un'analisi completa cfr. C. IANNELLO, *Poteri pubblici e servizi privatizzati*, Torino, 2005.

<sup>43</sup> Può essere utile richiamare una recente decisione del Consiglio di Stato, VI sez., in materia, la 2279/2008. In questa sede è ripresa «la *ratio* delle norme comunitarie in tema di organismi di diritto pubblico». È qui osservato come si tratti di «norme volte, nel loro complesso, ad estendere nei casi dubbi l'obbligo di ricorrere agli strumenti dell'evidenza pubblica in capo a soggetti comunque ascrivibili all'alveo decisionale ed economico pubblicistico». Nel caso di specie il Consiglio di Stato osserva come l'applicazione di tale *ratio* induca a ritenere che ricorra la fattispecie di organismo di diritto pubblico «anche nelle ipotesi in cui l'organismo della cui natura si dibatte sia volto a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale senza carattere di prevalenza, o addirittura in modo palesemente secondario rispetto al – concomitante - perseguimento di interessi di carattere industriale o commerciale». In senso analogo la medesima sezione del Consiglio di Stato, con decisione 7 giugno 2001, n. 3090, ha affermato «la nozione di organismo di diritto pubblico è unitaria, al di là del settore in cui viene in evidenza». Ma, evidentemente, è stato e sarà ancora compito del giudice amministrativo, e di volta in volta, applicare tale definizione e la *ratio legis* comunitaria richiamata alle singole fattispecie giuridiche ed ai singoli casi. Questo comporta incertezze e costi a riprova che il problema del rapporto tra diritto interno e comunitario persiste.

ni che la scienza considera nella sua astrattezza, ma che l'operatore del diritto, il cittadino e l'amministrazione finiscono per dover affrontare, quando anche spesso non subire, sul piano concreto.

Così un termine utilizzato in una direttiva od in un regolamento comunitario può apparire oscuro o addirittura ingannevole, e può assumere un significato diverso nei singoli ordinamenti, almeno fino a quando la Corte di giustizia o i giudici nazionali non contribuiscano alla loro interpretazione ed univoca applicazione. Con la conseguenza, questa sì reale, di un'incertezza talvolta esiziale rispetto al fine europeo della più celere armonizzazione del diritto e delle politiche comuni.

In ultimo possono registrarsi dei veri e propri errori, sia nel momento della coredazione (quindi alla congiunta stesura di un testo in lingue diverse) che in quello della traduzione di termini tecnici, di lavoro, da una lingua nazionale a quella ufficiale o a quella dei singoli Stati membri. Quest'ultima procedura è certamente quella statisticamente più diffusa. E la mancata partecipazione congiunta di funzionari e giuristi di lingue diverse nella redazione del testo normativo può incrementare la possibilità di errori.

È stato osservato come la procedimentalizzazione della coredazione sarebbe improponibile. Di fatti, l'impiego delle risorse umane che ne deriverebbe, ma soprattutto il rallentamento del processo, genererebbe l'inefficienza<sup>44</sup>.

La conseguenza è, comunque, ben nota. La fase interpretativa diviene sempre più impegnativa, innanzitutto per il crescente numero di atti normativi da interpretare.

Si presta ad ulteriore analisi la questione, in apparenza più banale, ma non per questo di minore impatto sostanziale, della capacità di interpretazione da parte dei destinatari delle disposizioni normative. Questi, infatti, possono non essere in grado di comprenderle<sup>45</sup>. Questo fenomeno non coinvolge esclusivamente i destinatari non competenti nel-

<sup>44</sup> A. ORTOLANI, *Le lingue del diritto – Nuove prospettive in tema di traduzione e interpretazione del diritto plurilingue* in [www.andreaortolani.org/dluni/it/Linguediritto.pdf](http://www.andreaortolani.org/dluni/it/Linguediritto.pdf), p. 9, nel commentare una relazione presentata in sede europea, segnala come la procedura comunemente utilizzata in fase di redazione dei testi prevede la scrittura in lingua francese e inglese e la successiva traduzione.

<sup>45</sup> La questione è analizzata in chiave generale da G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, cit., p. 5.

la materia oggetto di disciplina. Non è raro, infatti, che anche destinatari quali le amministrazioni statali o regionali incontrino difficoltà che rendono disagiata l'interpretazione. Questa variante del fenomeno, ben nota a coloro la cui attività è sistematicamente soggetta all'applicazione di nuove normative comunitarie, introduce il secondo piano lungo il quale si è inteso muovere la riflessione: quello europeo e nazionale che di seguito sarà affrontato (infra cap. 5)

#### **4.1.3 Multilinguismo, corelazione e traduzione dei testi normativi**

Gli atti comunitari, e tra questi, appunto, le fonti comunitarie, sono approvati in lingue diverse da quella italiana, con linguaggi tecnici a volte non condivisi<sup>46</sup>, e ciò sia in chiave generale sia per le peculiarità della materia che sarà oggetto di disciplina<sup>47</sup>.

Conseguentemente, un primo aspetto che può generare complessità è la traduzione. A dimostrazione di ciò possono essere ricordati i casi delle traduzioni errate o non del tutto corrispondenti al testo originario.

Anche in considerazione di questi rischi, al fine di agevolare l'attuazione della fonte comunitaria in modo armonizzato negli Stati membri, il legislatore motiva la fonte (così come accade nel nostro ordinamento per le sentenze e gli atti amministrativi e diversamente da quanto previsto per le fonti del diritto) e prevede le «definizioni» in un apposito articolo.

<sup>46</sup> Fanno eccezione gli standard tecnici internazionali. In questi casi il 'linguaggio comune è assicurato, per l'appunto, da standard che vengono definiti, prevalentemente, pur se non solo, da organismi internazionali. Potrebbero essere richiamati numerosi casi. Così, ad esempio, il decreto legislativo 3 agosto 1998, n. 314 «Attuazione della direttiva 94/57/CE, relativa alle disposizioni ed alle norme comuni per gli organi che effettuano le ispezioni e le visite di controllo delle navi e per le pertinenti attività delle amministrazioni marittime, e della direttiva 97/58/CE che modifica la direttiva 94/57/CE». Il decreto legislativo fa riferimento ad «elementi pertinenti degli standard di qualità riconosciuti sul piano internazionale» stabilendo l'obiettivo della conformità «alle norme EN 45004 (enti responsabili dell'ispezione) ed EN 29001». Un altro esempio, questa volta di fonte normativa direttamente applicabile è dato dal Reg. (CE) 23 dicembre 2006 n. 62/2006 «Regolamento della Commissione relativo alla specifica tecnica di interoperabilità per il sottosistema Applicazioni telematiche per il trasporto merci del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale». Qui si fa riferimento ad un Piano strategico europeo di attuazione (PSEA) ed alla definizione dei requisiti tecnici.

<sup>47</sup> Si pensi ai termini specifici di materie quali le reti di energia elettrica o delle comunicazioni elettroniche, l'ambiente e la salute.

Entrambi i profili non possono che essere valutati positivamente, ma sono potenziali generatori di conflitti ermeneutici.

La motivazione della fonte, innanzitutto, può generare anche problemi interpretativi, tradendo la vocazione di chiarezza ermeneutica intesa alla creazione delle condizioni ottimali per l'applicazione uniforme del diritto comunitario in tutti gli Stati membri.

Con riferimento ai «considerando», la funzionalità che ad essi è talvolta data può discostarsi dalla finalità di supporto all'interpretazione. Può accadere, infatti, che nei considerando trovino collocazione orientamenti diversi da quelli che hanno prevalso in sede di votazione dei testi normativi e che quindi non trovano corrispondenza nel testo normativo *stricto sensu*. La conseguenza è che talvolta i «considerando» finiscono per incidere negativamente nella fase interpretativa, rendendo meno agevole il percorso ermeneutico, quand'anche non multiforme da interprete ad interprete. Fenomeno che potrebbe più facilmente aver luogo proprio nei casi in cui il testo sia di più difficile comprensione. Uno sforzo interpretativo logico-sistematico può trovare, infatti, ausilio nelle formulazioni linguistiche potenzialmente più comprensibili dei «considerando».

Nei «considerando» può essere espressa la *ratio legis* attraverso, ad esempio, l'indicazione delle finalità dell'atto normativo, la ricostruzione della disciplina vigente e la segnalazione delle istanze che conseguono ad eventi, analisi politiche, dati che hanno indotto il legislatore comunitario ad intervenire.

Possono, quindi, essere richiamati altri atti comunitari (per esempio i Libri bianchi). E così singole disposizioni normative, altrimenti difficilmente interpretabili, beneficiano dei contenuti dei «considerando».

Le definizioni, inoltre, per quanto estremamente utili possono anche ridurre i confini della fattispecie giuridica, al punto da rendere la norma comunitaria inidonea a disciplinare fatti o atti che altrimenti non sarebbero stati coerentemente attratti. Anche per questo motivo, come si è dianzi osservato, il legislatore italiano non propende per l'uso delle definizioni.

In inciso va evidenziato come l'impatto dell'uso di lingue diverse dall'italiano nei testi giuridici vada distinto dalla comunicazione politica e dall'informazione che verte sull'agire delle istituzioni europee. «La

lingua», è stato osservato, «non rappresenta certo un impedimento insuperabile al confronto e alla comunicazione politica (è sufficiente rilevare come in alcuni paesi del Nord Europa l'inglese è paragonabile alla lingua madre); inoltre è fondamentale il rilievo per cui gli strumenti di diffusione di massa delle informazioni, con la loro capacità di intermediazione e scambio culturale, costituiscono una garanzia di formazione dell'opinione pubblica nazionale e europea»<sup>48</sup>. Appaiono così decisive le necessarie competenze di cui devono essere dotati gli operatori dell'informazione. La varietà dei mezzi di informazione a disposizione consentirebbe, infatti, l'accesso alle informazioni.

L'aspetto sul quale incidere, però, e che talvolta appare carente, è la «maturazione degli operatori dell'informazione sulle questioni e sulle problematiche comunitarie»<sup>49</sup>.

Pur con caratteristiche diverse, tale conclusione critica insiste sull'istanza, che è anche di portata più ampia, dell'acquisizione delle competenze necessarie per muovere lungo il duplice piano interno e comunitario, egualmente sentito dalle amministrazioni e di cui si è detto.

##### **5. Il «Piano comune europeo-nazionale».**

La fase di approvazione della fonte comunitaria e la fase della relativa attuazione (diretta o attraverso la normativa di recepimento), sembrano quasi essere vissute come distinte. Non è raro, infatti, che gli stessi organismi competenti all'adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario (per esempio le amministrazioni centrali, quindi il Governo nelle sue articolazioni ministeriali, o i consigli regionali, *rectius* i veri attori dell'adeguamento) criticino fermamente i testi normativi europei, giudicandoli non sufficientemente chiari, non proporzionali rispetto alle finalità, oppure oltremodo invadenti rispetto alle competenze e alla discrezionalità nazionale.

Si dimentica, però, che le stesse amministrazioni, in quanto organismi competenti dello Stato membro, hanno il diritto ed il dovere di agire nella fase della formazione dell'atto normativo.

In questo non si opera in modo sempre efficiente.

<sup>48</sup> Così F. R. DE MARTINO, *Il principio di competenza concorrente nel Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, [www.costituzionalismo.it](http://www.costituzionalismo.it), 2005.

<sup>49</sup> *Idem.*

Tra le cause principali vi è, probabilmente, la non diffusa “cultura della partecipazione” alla predisposizione degli atti comunitari.

E non appare un’esimente l’affermazione, che sovente aleggia, circa il ruolo marginale che il singolo attore può svolgere nelle sedi istituzionali in cui si provvede alla formazione ed all’approvazione della fonte normativa comunitaria.

La conseguenza è che lo Stato, ma soprattutto le regioni, divengono ricevitori passivi.

Non è raro, però, che le stesse amministrazioni che criticano non siano intervenute quando potevano e dovevano, dimostrando, così, una partecipazione inadeguata.

Occorre segnalare che si tratta di una questione culturale e non organizzativa. Ciò almeno a partire dal 2005, da quando, cioè, con l’approvazione della legge 4 febbraio 2005, n. 11, la cosiddetta Legge Buttiglione, che abroga e quindi sostituisce la più nota legge 9 maggio 1989, n. 86 (la cosiddetta legge La Pergola), l’Italia si è dotata di norme precise ed adeguate all’impegno richiesto, arricchendo la cosiddetta fase ascendente.

### **5.1 La «fase ascendente»**

La fase ascendente definisce le modalità attraverso le quali il nostro Paese partecipa al processo di formazione degli atti comunitari e dell’Unione Europea.

La legge n. 11/2005 prevede che tutti i progetti di atti comunitari dell’Unione Europea, i relativi documenti preparatori (ivi inclusi i libri bianchi, i libri verdi e le comunicazioni), vengano trasmessi dal Governo alle Camere per l’assegnazione alle Commissioni parlamentari competenti, alle regioni ed alle province autonome, ed agli enti locali quando i documenti concernono materie di loro competenza.

Al Ministro per le Politiche Comunitarie vengono attribuite (nuove) funzioni per garantire l’informazione completa e tempestiva al Parlamento e alle regioni. Tra queste ve n’è una di particolare rilievo, formulata anche sulla base di analoghe esperienze rinvenibili dal diritto comparato: l’istituzione, presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, del Comitato interministeriale per gli affari comunitari europei (CIACE).

Il CIACE svolge il ruolo di una sorta di “Gabinetto degli affari europei”.

Tra le finalità del Comitato vi è l’approfondimento delle questioni che concernono la partecipazione dell’Italia all’Unione Europea. Lo

strumento è piuttosto agile, anche nella convocazione e prevede il confronto tra i ministri interessati (*rectius*, i ministeri). Accanto all'esecutivo, è garantita la partecipazione anche al parlamento oltre che alle regioni, alle province autonome ed agli enti locali quando l'ordine del giorno prevede questioni di loro interesse<sup>50</sup>.

Questa 'fase interna' della fase ascendente è il presupposto indispensabile per l'acquisizione delle necessarie informazioni e degli indirizzi che andranno poi a confluire nel complesso momento della formazione di una politica generale e dei rapporti bilaterali e multilaterali. È un importante 'luogo' di bilanciamento degli interessi e delle posizioni. Il collegamento tra questo complesso momento e la fase discendente è più stretto di quanto si pensi. E l'impatto che ne può derivare in merito alla qualità della regolamentazione, per quanto possa apparire 'lontano', ne è comunque parte.

Ad eguale conclusione può giungersi osservando il fenomeno dall'angolo visuale della partecipazione delle regioni alla fase ascendente.

Il tradizionale ruolo di «convitati di pietra» di tali enti nell'Unione europea è stato affrontato nelle istituzioni europee<sup>51</sup>. Anche in questo caso, pur se in diversa misura, perché differenti sono gli spazi reali di intervento delle 'singole' regioni, vi è un potere (ma al contempo un dovere) di partecipazione attiva alla formazione degli atti comunitari.

Il riconoscimento degli spazi di intervento che l'ordinamento comunitario, in particolare il Trattato di Maastricht, garantisce alle regioni (rispetto al vicino passato) ne tramuta il ruolo, ma ne accresce anche le responsabilità (e la relativa 'imputabilità' politica, innanzitutto, e tecnica).

L'Unione europea avrebbe così assunto, secondo quanto osservato da taluna dottrina, «una dimensione regionale»<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Per un approfondimento sull'organizzazione e sulle funzioni cfr. E.M. PUOTI, *L'attuazione degli strumenti di partecipazione alla fase ascendente di formazione della normativa comunitaria previsti dalla legge 4 febbraio 2005 n. 11 : il comitato interministeriale per gli affari comunitari europei CIACE, il comitato tecnico permanente e i tavoli di coordinamento*, in *Diritto e società*, n. 3/2006, p. 481 – 506.

<sup>51</sup> Di «convitati di pietra» parla P.L. PETRILLO, *Unione europea, Governo nazionale e Regioni nella c.d. «fase ascendente» tra azioni di filtro e tentativi di coordinamento*, in G. Carpani, T. Groppi, M. Olivetti e A. Siniscalchi, *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007, p. 17.

<sup>52</sup> Gli elementi che condurrebbero a tale giudizio di sintesi sono numerosi. Tra questi il più noto è quello che concerne i fondi strutturali — per un'analisi economica degli strumenti ai quali si fa riferimento cfr. M. BAGARANI- A BONETTI, *Politiche regionali e fondi*

Conclusione, questa, non del tutto condivisibile.

Non sembra che in Europa sia garantito il ruolo delle singole regioni. Mentre è indiscutibile la crescita degli spazi di rappresentanza degli interessi regionali, istituzionalizzati sia nell'ordinamento italiano<sup>53</sup> che in quello europeo.

Appare, comunque, difficilmente sostenibile l'ipotesi del modello europeo a prevalenza o anche solo a tendenza regionalista. Tale ipotesi, inoltre, non sarebbe auspicabile in un'Europa il cui numero di Stati membri aumenta progressivamente<sup>54</sup>.

D'altronde, come noto, è fermo il principio — che trova riconoscimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia<sup>55</sup> e, per quanto riguarda l'Italia, nella giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>56</sup> — della re-

*strutturali*, Cosenza, 2005. La portata decisiva dei fondi muta nel quadro attuale alla luce della nuova programmazione per gli anni 2007/2013. Ma ne sono stati evidenziati degli ulteriori: quello della presenza nelle sedi di rappresentanza europee; la partecipazione alla Conferenza delle Assemblee legislative dell'Unione europea (CALRE); la partecipazione regionale alle delegazioni statali presso il Consiglio dei ministri dell'Unione, o alle delegazioni presso il Comitato dei rappresentanti permanenti (COREPER) od ancora ai Comitati consultivi della commissione europea; ed in ultimo il più noto Comitato delle regioni. Per un'analisi recente V. M. Ferrera - M. Giuliani (a cura di), *Governanze politiche nell'Unione Europea*, Bologna, 2008, ivi si veda, in particolare, il contributo di S. Damonte, ha governanze europee, nel punto in cui affronta le problematiche, innanzitutto, pur se non solo, definitorie, sulla «Governanze multilivello» e sulle «Stato che produce “policies”», p. 154 ss. L'articolazione è stata così posta e sintetizzata da P.L. PETRILLO, *Unione europea*, cit., p. 20 – 21. Per un'analisi recente V. M. FERRERA - M. GIULIANI (a cura di) *Governance e politiche nell'Unione europea*, Bologna, 2008. Ivi si veda, in particolare, il contributo di A. DAMONTE, *La governance europea*, nel punto in cui affronta le problematiche, innanzitutto, pur se non solo, definitorie, sulla «governance multilivello» e sulle «stato che produce “policies”», p. 154 ss.

<sup>53</sup> Con la legge 5 giugno 2003, n. 131 (cosiddetta Legge La Loggia) e con la già richiamata l. n. 11/2005

<sup>54</sup> Il problema si presenta nazionale così come regionale - sugli strumenti di pressione rispetto alla formazione della decisione comunitaria cfr. P. GAMBALE, *La partecipazione dei Parlamenti nazionali alla fase «ascendente» del diritto comunitario: modelli stranieri e novità dell'ordinamento italiano*, in *Amministrazione in cammino*, www.luiss.it, 2006. La questione andrebbe ben al di là di quella più strettamente procedurale connessa all'applicazione o alla disapplicazione. A. CARRINO, *L'Europa e il futuro delle costituzioni*, Torino, 2002, p. 54 -55, nell'approfondire la questione della «partecipazione», evidenzia l'importanza del ruolo del «costituzionalismo democratico, ovvero la democrazia sociale, è la teoria liberale con l'aggiunta (...) della richiesta di una partecipazione politica tendenzialmente sempre più estesa (e con l'aggiunta di una serie di garanzie, quelli che diventeranno i diritti sociali)» (il corsivo è nostro).

<sup>55</sup> Sentenza della Corte di giustizia, causa 96/81 del 25 maggio 1982.

<sup>56</sup> Sentenza 3 luglio 1961, n. 46

sponsabilità dello Stato a prescindere dall'articolazione interna della sovranità, quindi delle modalità di attuazione del diritto comunitario e delle differenti fonti che possono operare in tale direzione.

#### 6. *Analisi del «Piano interno» (la «fase discendente») e confronto con il «Piano europeo» e con il «Piano Europeo-nazionale»*

Il piano interno è quello sul quale gli stati membri dell'Unione europea — nel nostro caso la Repubblica in forza della ripartizione delle competenze definite dal Titolo V della Costituzione — sono maggiormente in grado di incidere sul miglioramento della qualità della regolazione e, per questo di nostro specifico interesse sull'interpretazione della fonte normativa.

Le differenze con i piani «europeo» e «europeo-nazionale» sono agevolmente tracciabili.

Nel primo piano, la legistica occupa la posizione più distante rispetto al beneficio che potrebbe rinvenirsi dai contributi, diretti, degli stati membri. Il miglioramento dei processi interni all'Unione è, infatti, una finalità che viene perseguita indipendentemente.

Nel Piano «europeo-nazionale», come poc' anzi evidenziato, il ruolo delle amministrazioni competenti dello Stato membro è potenzialmente decisivo, tuttavia raramente significativo. Significatività che regredisce progressivamente quando ci si allontana dal ruolo che ha lo Stato nella fase ascendente: le regioni, infatti, continuano a svolgere un ruolo *de facto* limitato in termini di efficacia.

Vi è un altro aspetto che richiede una riflessione e che concerne più da vicino le fonti del diritto. Come già accennato, le differenti tipologie di fonte del diritto influenzano la qualità della regolamentazione. Soprattutto mutano i margini di 'miglioramento' della fonte comunitaria rispetto alla leggibilità ed alla interpretabilità del testo normativo che i destinatari del diritto dovranno considerare.

Il regolamento comunitario entra in vigore direttamente nello Stato membro e non deve essere recepito. Conseguentemente, il testo così come tradotto avrà efficacia nel nostro ordinamento. I margini dei regolamenti di esecuzione *ex art.* 17, comma 2, l. n. 400/1988 sono ristretti.

Diversi sono, invece, gli intervalli entro i quali si muovono gli atti di recepimento delle direttive comunitarie. Il discorso, però, assume portata più ampia, in quanto le modalità di adeguamento dell'ordinamento interno a quello comunitario, come noto, rientrano in un processo ar-

tiolato che vede quale artefice principale lo Stato ma anche le regioni.

Conformemente al Trattato CE, è di competenza del singolo Stato membro l'adozione degli atti necessari all'attuazione delle direttive comunitarie, *rectius* al loro recepimento nell'ordinamento interno. Ed è ciò che avviene, appunto, nell'ambito della cosiddetta «fase discendente».

Il principale strumento di attuazione è la cosiddetta «legge comunitaria»<sup>57</sup>: fonte che disciplina le modalità ed i tempi per il recepimento delle direttive.

L'attuazione nazionale della normativa comunitaria è garantita da un disegno di legge governativo, da presentarsi entro il 31 gennaio di ogni anno, e recante «disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee». In esso il Governo riferisce al Parlamento sullo stato di conformità dell'ordinamento interno al diritto comunitario e sullo stato delle eventuali procedure di infrazione nonché sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia. È altresì riportato l'elenco delle direttive attuate o da attuare in via amministrativa e di quelle da attuare in via regolamentare. La legge comunitaria, ad iniziativa legislativa vincolata governativa annuale, garantisce l'aggiornamento periodico dell'ordinamento nazionale. Sono ivi previste: le modifiche alle norme vigenti che contrastino con gli obblighi comunitari e le norme attuative delle direttive comunitarie oggetto di procedura di infrazione; le disposizioni d'attuazione diretta della normativa comunitaria, o tramite delega legislativa al Governo, od attraverso l'autorizzazione in capo all'esecutivo mediante regolamenti od atti amministrativi; le eventuali disposizioni di principio per l'attuazione degli atti comunitari nelle materie di competenza legislativa regionale ai sensi dell'art. 117 Cost. da parte delle regioni e delle province autonome; le disposizioni che autorizzano l'esercizio del potere sostitutivo da parte dello Stato nei confronti delle regioni al ricorrere di ipotesi di inadempienza.

Di particolare rilievo è la presentazione contestuale al disegno di legge comunitaria di una Relazione che contempra lo stato dell'arte del procedimento di integrazione europea, della partecipazione dell'Italia al processo normativo comunitario, dell'andamento dei flussi finanziari verso l'Italia

<sup>57</sup> Prevista per la prima volta con la legge 9 marzo 1989, n. 86 (cd. Legge La Pergola) di seguito abrogata e sostituita dalla legge 4 febbraio 2005, n. 11 recante "Norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari".

e, ancora, dell'attuazione delle politiche di coesione economica e sociale.

Le leggi n. 11/2005 e n. 131/2003 riservano alle regioni uno spazio altrettanto rilevante.

Nella fase discendente un ruolo decisivo 'può' essere svolto anche dalle regioni. 'Può', in quanto dalla verifica dei dati, gli interventi regionali appaiono quantitativamente modesti. Si registra, però, una progressiva attenzione da parte delle regioni, che, seppur in minima misura, hanno legiferato prevedendo disposizioni sulla propria partecipazione al processo normativo e comunitario e sulle procedure concernenti l'attuazione delle politiche comunitarie. L'attenzione viene così posta sia sulla fase ascendente che su quella discendente. In alcuni casi, le regioni sono previamente intervenute con una norma statutaria che rappresenta una fonte sulla produzione della legge organica, a sua volta fonte di riferimento della legge comunitaria annuale.

In forza della competenza legislativa che la Costituzione riconosce loro per certe materie, le regioni legiferano in via esclusiva o concorrente. Conseguentemente ogni regione interverrà, autonomamente, con leggi che entreranno direttamente in vigore ma che, se in contrasto con il diritto comunitario, potranno essere impugnate *ex art. 127 Cost.* A rigor di completezza, va detto che lo Stato utilizza la c.d. «clausola di cedevolezza»: interviene cioè entro i termini stabiliti nella fonte comunitaria con proprio atto per adeguare il proprio ordinamento a quello comunitario, atto che però 'cede' in presenza di una fonte regionale esercitata legittimamente<sup>58</sup>.

Questi brevi cenni sono prodromici ad un'osservazione critica che può essere mossa rispetto alla linearità ed alla chiarezza dei testi normativi. Infatti, per quanto interessa in questa sede, va osservato che conseguentemente all'approvazione di un atto normativo comunitario, il de-

<sup>58</sup> Per un'analisi compiuta del ruolo delle regioni nella fase discendente cfr. il recente contributo di M. FRAGASSI, *Sulla partecipazione delle Regioni alla «fase discendente» del processo normativo comunitario: la legge comunitaria regionale*, in G. Carpani, T. Groppi, M. Olivetti e A. Siniscalchi, *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007, p. 111 ss. Per un commento alla normativa di riferimento sul punto in questione si veda M. CARTABIA e L. VIOLINI, *Le norme generali sulla partecipazione dell'Italia al processo normativo dell'Unione Eeuropea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. Coomento alla legge 4 febbraio 2005, n. 11*, in *Le regioni*, 4/2005, p. 507 ss. Si considerino, altresì, le riflessioni condotte da A. RANDAZZO, *Corte costituzionale e Corte di giustizia nei giudizi sugli atti normativi: efficacia delle decisioni a confronto*, in E. Bindi - M. Perini - A. Pisaneschi, *I principi*, cit., p. 459 s.

stinataro potrà trovarsi in presenza della legge comunitaria statale, di un atto (non necessariamente) normativo statale, ma anche di leggi e regolamenti regionali, tanti quante sono le regioni che decidono di esercitare la propria competenza.

È evidente come ciò non favorisca una lettura unitaria della disciplina, con significativa incidenza sulla chiarezza e sull'omogeneità dei testi normativi; ma soprattutto aumentano esponenzialmente le probabilità di errori o di formulazioni poco chiare.

L'aspetto positivo è che in genere il recepimento e l'attuazione migliorano la normativa comunitaria, creando le condizioni per una sua efficiente ed efficace attuazione.

### **7. La complessità dei processi di adeguamento ed i relativi riflessi sulla redazione dei testi normativi di recepimento**

Numerosi sono gli aspetti che dovrebbero essere prima enucleati dalla complessità ordinamentale, istituzionale e burocratica, poi approfonditi sì da beneficiare di un quadro completo che raffiguri la qualità della regolazione.

La sintesi sinora proiettata sul piano teorico può trarre giovamento dall'analisi di alcuni fenomeni invece evincibili dal dato empirico-fattuale.

Diversi sono i procedimenti per la formazione di atti normativi sottoponibili ad analisi. E da ognuno potrebbero ricavarsi utili informazioni sia per immaginare interventi programmati migliorativi sia per formulare giudizi critici.

In tale sede può essere sufficiente analizzare, sinteticamente, un unico caso, probabilmente emblematico ed utile al fine di trarre alcune considerazioni finali.

Il riferimento è al procedimento per la redazione e la successiva approvazione dei decreti legislativi attraverso i quali vengono recepite le direttive comunitarie.

Gli aspetti che si intendono evidenziare sono prevalentemente quelli del *drafting* formale. L'analisi del procedimento *de quo* è, comunque, ed anche, di per sé idonea a far trasparire ulteriori aspetti di impatto anche sul *drafting* sostanziale.

Il decreto legislativo è la principale fonte normativa che il legislatore statale utilizza per recepire le direttive comunitarie.

Questo è quanto emerge dalla lettura delle leggi comunitarie.

Le amministrazioni centrali, cioè i ministeri, sono competenti alla redazione dello schema di decreto legislativo. La competenza del ministero corrisponde alla materia oggetto della disciplina comunitaria.

Viene 'aperto' un tavolo tecnico per il decreto legislativo, al quale partecipano, *in primis*, le amministrazioni proponenti lo schema di decreto legislativo ed inoltre gli altri ministeri interessati. I rappresentanti tecnici dei ministeri sono chiamati ad esprimere il proprio assenso o proposte di modifiche al testo. È così che le singole competenze affluiscono e si relazionano con quelle degli altri ministeri. Si tratta di una fase fondamentale, in quanto è ivi considerato l'impatto non solo sulla disciplina vigente e più strettamente concernente la direttiva comunitaria, ma anche sugli ordinamenti settoriali.

Dal punto di vista comunitario, il Ministero delle politiche comunitarie adempie una significativa funzione di raccordo tra i ministeri e svolge una costante verifica della compatibilità comunitaria dello schema di decreto legislativo.

L'indirizzo politico del singolo Ministro gode di spazi di confronto sin dalle fasi iniziali d'analisi dello schema del decreto legislativo.

Alle regioni, così come agli enti locali, è riconosciuto uno spazio di intervento e di rappresentanza tecnica e politica. Va detto che sin dalle prime fasi il Ministero per gli affari regionali probabilmente finisce per divenire l'avamposto' per le regioni, almeno per quanto concerne la tracciabilità dei confini delle competenze legislative statali e regionali.

Categorie produttive, parti sociali e gruppi di interesse esercitano anch'essi un ruolo propositivo e modificativo, e ciò sia formalmente — per esempio attraverso le audizioni od i tavoli di lavoro — sia informalmente, attraverso contatti diretti con le parti politiche. In quest'ultimo caso, divengono destinatari ultimi i ministri o i parlamentari componenti le commissioni parlamentari competenti per materie, in quanto chiamati ad esprimere il proprio parere sullo schema di decreto legislativo.

I termini per l'approvazione finale del decreto legislativo dipendono dalla legge comunitaria, quindi dalla delega legislativa, nonché dalla direttiva comunitaria che deve essere recepita. I termini sovente incidono sulla redazione del testo: possono, quindi, rivestire il ruolo di variabile significativa della qualità redazionale. Non è raro, infatti, che i ministeri approntino le ultime modifiche — che possono essere sia meramente formali sia sostanziali (quindi di alto impatto politico e/o tecnico) — poco

prima che il testo venga presentato al preconsiglio dei ministri ed al Consiglio dei ministri.

A questa moltitudine di soggetti corrisponde un'eguale ampiezza di possibili interventi modificativi od integrativi, che spesso finiscono per incidere significativamente sulla buona redazione del testo. La necessità di procedere, a volte celermente, e l'istanza politica di bilanciamento degli interessi, possono, talvolta, mal conciliarsi con un *drafting* efficiente. Ci si potrà, quindi, trovare dinanzi ad errori formali, a testi poco chiari e leggibili o anche ad un *drafting* sostanziale inefficace.

Non è raro che errori o imprecisioni derivino da un problema legato alle risorse umane. Questo può riguardare le competenze, o l'organizzazione del lavoro e delle funzioni. Pur se un ruolo fondamentale è svolto dagli uffici legislativi, nelle difficili fasi ultime (soprattutto, anche se non solo) in cui si concretizzano le ultime proposte emendative. Può accadere che i funzionari esperti di una materia tecnica non siano giuristi, o che i giuristi non siano esperti dei profili, anche trasversali, della disciplina.

Pur se in estrema sintesi, può essere utile evidenziare questi aspetti, per gli approfondimenti dei quali si rinvia<sup>59</sup>. Va evidenziato come lo studio dei profili empirici dei procedimenti della formazione degli atti normativi possa essere d'ausilio per colmare la distanza che sovente si frappone fra gli studiosi della qualità della regolazione e, nello specifico, del *drafting* formale, ed il 'legislatore', figura lontana e spesso poco nota, in particolare ai non giuristi.

Se guardiamo al medesimo fenomeno in ambito regionale, andrebbero altresì evidenziate le inefficienze di processo. Vi sono significative differenze tra le regioni: mentre alcune si sono dotate di uffici in

<sup>59</sup> Per un'analisi dettagliata si rinvia ad i numerosi contributi in materia e in particolare tra i più recenti v.: S. TRAVERSA, *Il procedimento di formazione delle leggi*, in S. Labriola (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, 3, *Legalità e garanzie*, Bari, 2006, p. 171 ss.; R. DICKMANN, *L'organizzazione del processo*, cit. e le nuove «Regole e raccomandazioni per la formulazione tecnica dei testi legislativi», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001; L. CUOCOLO, I «maxi- emendamenti» tra opportunità e illegittimità, in *Giur. cost.*, 2004; E. CHELI, *Deliberazione, emanazione, pubblicazione ed esercizio della funzione legislativa delegata entro il termine della delega*, in *Giur. cost.*, 1959, II, p. 1006 ss.; V. CAINANIELLO, *Il drafting delle leggi nella giurisprudenza*, in *Studi parl. pol. cost.*, 132-133/2001, p. 7 ss.; E. BERARDUCCI – R. ALESSE, *Comitato per la legislazione*, in *Enc. giur.*, (Agg. VIII), Roma, 2000, p. 1 ss.; M. AINIS, *La legge oscura*, cit., e *Il coordinamento dei testi legislativi*, in *Studi M. Mazziotti di Celso*, I, Padova, 1995, p. 1 ss.

grado di rispondere al mutato quadro che consegue dalla modifica del Titolo V della Costituzione e del ruolo che gradualmente queste incominciano progressivamente ad assumere sia nella fase ascendente sia in quella discendente, altre sono ancora distanti dal configurare un sistema adeguato di competenze e di processo<sup>60</sup>.

### **8. Le azioni di ottimizzazione: considerazioni finali**

Per fornire un quadro completo delle azioni di ottimizzazione del *drafting* legislativo, occorrerebbe passare in rassegna i programmi e le azioni di semplificazione approvati e realizzati in ambito europeo ma anche statale e regionale.

Limitando l'osservazione alla dimensione europea, dal 1963 vengono approvati e seguiti formulari e regole di *drafting* formali. Questi comprendono regole quali la punteggiatura, i considerando, i visto, le partizioni interne, i rinvii.

Numerose sono state le modifiche ed i miglioramenti apportati. Tra le azioni più significative vi è il Programma «Legiferare meglio». Gli obiettivi da realizzare concernono sia la normativa di nuova approvazione che la revisione della legislazione comunitaria.

Con particolare riferimento a tal ultimo progetto correttivo e di miglioramento dell'efficienza del quadro normativo europeo, il legislatore dovrà rendere la normativa chiara, comprensibile, aggiornata, di agevole accesso. Dovranno essere quindi corretti i refusi — individuando ripetizioni, errori ed incongruenze — ed occorrerà procedere al consolidamento dei testi normativi — in particolare promuovendo l'approvazione di testi unici normativi.

L'atto europeo più recente è «La Comunicazione della Commissione del 30 gennaio 2008 — La seconda *Review* strategica dell'Agenda *Better Regulation* del 2005».

L'esponentiale miglioramento registrato negli ultimi anni ha indotto la Commissione a confermare la tutela dei principi quali la sussidiarietà e la proporzionalità.

È, inoltre, richiesta maggiore attenzione sul «controllo dei dati quan-

<sup>60</sup> È stato già richiamato l'utile recente contributo di G. CARPANI, T. GROPPI, M. OLIVETTI e A. SINISCALCHI, *Le regioni italiane nei processi normativi comunitari dopo la legge n. 11/2005*, Bologna, 2007.

titativi» e si auspica, da un lato, la maggiore «partecipazione nella fase di formazione degli atti da parte dei soggetti interessati» e, dall'altro, un minore ricorso ai consulenti.

Tra le novità è opportuno segnalare come la Commissione richieda l'impegno delle istituzioni soprattutto sul *drafting* sostanziale, con particolare riferimento all'impatto della normativa sui processi politici.

Un indirizzo interessante che si registra è quello della tendenza ad utilizzare atti normativi che non debbano essere recepiti o che comunque lascino ristretti margini di discrezionalità. Il riferimento è sia ai regolamenti sia alle direttive dettagliate.

Aspetto, questo, che si riporta per ultimo, in quanto, probabilmente, quello più problematico. È noto, infatti, che il Trattato definisce le materie che dovranno essere disciplinate con regolamento o con direttiva o attraverso un'opzione discrezionale.

È indubbio che tale orientamento non sia del tutto armonico quando anche non antinomico con taluni principi fondanti, tra i quali quelli della sussidiarietà e della proporzionalità.

Rispetto all'armonizzazione ed all'applicazione uniforme del diritto comunitario questa opzione risulta indubbiamente la più efficiente. Invero, per quanto appaia oltremodo necessario garantire la chiarezza e l'accesso alle regole, non può in alcun modo passare in secondo piano il fondamento stesso delle regole, cioè la democraticità della loro formazione ed il rispetto dei principi che ispirano l'intero *policy making* europeo.

Là dove si dovesse optare per questa scelta, sarebbe evidente la necessità di rafforzare la democraticità della fase ascendente ed in tale direzione impegnare maggiori risorse, sia in ambito statale sia regionale.

Al fine di meglio comprendere la possibilità di successo delle politiche di miglioramento del *drafting*, è utile riprendere un ulteriore paradosso, evidenziato in un'interessante lettura critica. È stato osservato come, se da un lato risulta evidente l'impegno al miglioramento della qualità della regolazione *tout court*, l'inosservanza delle tecniche legislative, contenute in manuali, direttive, rapporti, formulari, non è giustiziabile. Sia a livello europeo che nazionale non è prevista, infatti, una sanzione in caso di inosservanza<sup>61</sup>.

Il paradosso è nell'ulteriore (condivisibile) affermazione secondo la

<sup>61</sup> A. VEDASCHI, *Istituzioni europee*, cit., p. 13.

quale sarebbe oltremodo eccessivo — e si potrebbe inoltre osservare: “anche in considerazione della difficile valutazione” — prevedere una sanzione per una mera inosservanza dello «statuto giuridico del *drafting*».

Preme in ultimo sottolineare come la scarsa chiarezza dei testi, l'ambiguità, finiscano per incidere anche sull'assetto dei poteri. Le difficoltà interpretative che possono essere generate da testi inadeguati tende a conferire maggiore discrezionalità, e quindi maggiore incisività, al potere giudiziario ed al potere amministrativo, con evidenti ripercussioni sul concetto stesso della sovranità.

Questa questione deve essere considerata centrale rispetto alle finalità da perseguire.

Può quindi essere evidenziato come, anche conoscendo le cause dei problemi, risulti difficile affrontarle in modo risolutivo, senza dover comprimere interessi e senza procedere, a volte, ad un difficile confronto con i principi fondanti l'ordinamento. Il tutto, come dianzi verificato, in presenza di un ordinamento policentrico la cui complessità appare sempre più crescente, in quanto sembra sempre più difficile risalire alla *voluntas legis* in presenza di più *voluntas legislatoris*.

MASSIMO FABIANI

## La lingua italiana nelle relazioni fra istituzioni e cittadini

### *La redazione degli atti giudiziari*

SOMMARIO: 1. Gli scritti giudiziari. - 2. La struttura della sentenza. - 3. I destinatari della sentenza. - 4. La sentenza come prodotto-scientifico. - 5. La casta giuridica e l'uso della parola. - 6. L'uso della lingua come identikit del tipo di giudice. - 7. La giustificazione di certe espressioni. - 8. Rimedi linguistici al tecnicismo delle parole. - 9. Gli stili grafici. - 10. I giudici, la lingua e la formazione.

#### 1. *Gli iscritti giudiziari*

Il nostro sistema processuale (in tutte le sue variabili della giustizia civile, penale, amministrativa e tributaria) è strutturato, essenzialmente, come processo scritto nel quale, dunque, le parole scritte sopravanzano nettamente quelle pronunciate nei momenti di oralità del processo<sup>1</sup>. In diversi tipi di processo il legislatore, nel corso degli anni, ha cercato più volte di dare spazio alla oralità e ciò ha fatto quando ha elevato la centralità del dibattimento; pensiamo al processo nelle controversie di lavoro<sup>2</sup> o al processo penale dopo la riforma del 1989.

Tante volte abbiamo sentito dire che era auspicabile un ritorno alla oralità intesa come caratteristica qualificante di un processo in cui vi fosse maggiore interazione fra giudice e parti<sup>3</sup>, ma questo ritorno alla ora-

<sup>1</sup> In verità, traendo spunto dalla tradizione di origine ellenistica, l'espressione attualmente equipollente a 'difensore' era assunta da *rhétor* "parlatore", e *sunégoros* "parlatore in una riunione pubblica" a testimonianza dell'antica predominanza dell'uso della parola non scritta. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, Torino, 2006, 38, ricorda che in ambito giudiziario, nella maggior parte dei casi tutto si trasforma ancora in *parola cartacea*.

<sup>2</sup> Sulla necessità di conservare il prezioso valore dell'oralità nel processo del lavoro, cfr., Ministero della Giustizia, Ministero del Lavoro, e della Previdenza Sociale, Commissione per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro, *Relazione generale*, in *Foro it.*, 2007, V, 189

<sup>3</sup> Senza alcuna pretesa di compiutezza v., per il processo penale, A. BALSAMO e A. LO PIPARO, *Le contestazioni nei sistemi di common law e nel processo penale italiano: la ricerca di un*

lità si è quasi sempre scontrato con diversi ostacoli, così riducendosi ad una mera declamazione. La 'freschezza' del processo orale presuppone un processo agile e veloce in grado di concludersi nell'immediatezza<sup>4</sup>. Ora, quando non è possibile garantire tale risultato, la perdita del valore dell'oralità è inevitabile, posto che si spezza il cordone ombelicale fra discussione e decisione<sup>5</sup>.

Ed al fondo, dell'idealità del processo orale certo non tutti sono davvero persuasi, visto quanto è accaduto con l'introduzione del processo per le liti societarie, processo il cui svolgimento è sostanzialmente tut-

«giusto» equilibrio tra scrittura e oralità, in *Dir. pen. e proc.*, 2005, 485; I. CALAMANDREI, voce *Oralità (principio dell'oralità - Diritto processuale penale)*, in *Encicl. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1999; G. LOZZI, *I principi dell'oralità e del contraddittorio nel processo penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, 669; M. DEGANELLO, voce *Oralità (principio della)*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995. Per il processo civile, M. TARUFFO, *Il processo civile di «civil law» e di «common law»: aspetti fondamentali*, in *Foro it.*, 2001, V, 345; V. DENTI, voce *Oralità (principio dell'oralità - diritto processuale civile)*, in *Encicl. giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990; M. CAPPELLETTI, *Procédure orale et procédure écrite*, Milano-New York, 1971; il valore dell'oralità come baricentrico nell'idealità che precedette la riforma del codice di procedura civile del 1940 e come si è poi tradotto in diritto positivo è al centro del dibattito fra gli studiosi della storia del processo civile; per ragguagli, anche su questo profilo, v. F. CIPRIANI, *Sulla paternità del codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2007, V, 136; A. PROTO PISANI, *I modelli di fase preparatoria dei processi a cognizione piena in Italia dal 1940 al 2006*, in *Foro it.*, 2006, V, 374.

<sup>4</sup> G. VERDE, *La giustizia italiana agli albori del 2000*, in *Foro it.*, 1999, V, 85 ricordava, pochi anni fa che «ai tempi della Bicamerale, ad esempio, era stata avanzata la proposta di costituzionalizzare il principio della oralità. In teoria, non c'è nulla di più sacrosanto di questo principio, secondo il quale il giudice deve decidere nell'immediatezza e sulla base di una convinzione che si è formato in via diretta. È, tuttavia, chiaro che l'oralità si trasforma in un simbolo vuoto di contenuto qualora il sistema non sia in grado di consentire processi nell'arco di un'udienza o di poche udienze consecutive. L'oralità, infatti, presuppone la concentrazione e l'immediatezza. Guardiamo ciò che succede in concreto ai nostri processi. Di regola le udienze dibattimentali si snodano in un arco di tempo lunghissimo, di anni (ho notizia di dibattimenti che durano da oltre cinque anni!). In questi casi è evidente che i protagonisti del processo sono costretti ad inseguirne le singole fasi sulla base della lettura delle trascrizioni di ciò che è stato registrato (e non c'è nulla di più incomprensibile di queste trascrizioni). Ha un senso, in questa situazione, esaltare il principio dell'oralità ed erigerlo a precetto costituzionale? O non è più ragionevole la posizione di chi, riconoscendo il valore del principio, si sforza di realizzarlo nella misura massima possibile e, se del caso, di perseguirlo soltanto nei processi di maggiore rilievo».

<sup>5</sup> Se pensiamo al processo del lavoro e alle deviazioni che ha subito in termini di durata del procedimento, subito avvertiamo che un solo differimento dell'udienza può rivelarsi esiziale se nel passaggio dall'una all'altra udienza assistiamo alla sostituzione del giudice, evento questo che dobbiamo, purtroppo, reputare fisiologico.

to scritto sino alla fase dell'udienza, con la teorizzazione della premienza delle scritture (in questo caso degli atti difensivi)<sup>6</sup>.

Per vari motivi, dunque, ideologici, pragmatici o derivanti da assetti organizzativi, la nostra cultura pone ancora al centro dello svolgimento della attività giudiziaria l'atto scritto. Certo, quando affrontiamo il tema del confronto fra 'lingua' e 'norma', siamo ben consapevoli che questo confronto prescinde dalla scrittura, ma è nella scrittura che meglio riusciamo a cogliere tutte le possibili asintonie che esistono fra la lingua e il linguaggio giuridico, in particolare quando questo è declinato nel processo.

Quando parliamo del processo ci riferiamo ad un fenomeno complesso nel quale convergono (ai fini che qui ci interessano) una molteplicità di atti scritti diversi sia per provenienza soggettiva, sia per rilevanza oggettiva. Troviamo atti delle parti<sup>7</sup>, atti dei difensori<sup>8</sup>, atti di ausiliari del giudice<sup>9</sup> ed infine gli atti del giudice o che comunque, dal punto di vista strettamente linguistico, sono riferibili al giudice.

Parlando di atti del giudice mi voglio richiamare sia ad atti che sono espressione di volontà del giudice (sentenze, ordinanze, decreti) sia ad atti che vengono intermediati dal giudice ma che in realtà dovrebbero essere riferiti ad altri (e qui il pensiero va ai verbali<sup>10</sup>). Non mi sofferme-

<sup>6</sup> Anche su questo punto, solo per richiami, v. rispettivamente dal prisma delle parti e da quello del giudice, A.SCALA, *La fase riservata alle parti nel processo societario*, in *Dir. e giur.*, 2006, 175 e M.FABIANI, *Le attività del giudice nel processo commerciale di cognizione*, in *Riv. società*, 2005, 1026.

<sup>7</sup> Per atto della parte possiamo pensare al documento contrattuale oggetto della lite; questo atto è riferibile alle parti ed allora la sua valenza linguistica sarà tanto diversa quanto è diverso il grado di cultura e scolarizzazione delle parti; oppure quanto il documento riflette saperi specialistici o di nicchia.

<sup>8</sup> Negli atti difensivi si colgono modi di scrittura profondamente diversi, decisamente influenzati dall'età, dalla ubicazione territoriale, dalla specializzazione nelle materie; non mi pare che si possa poi condividere una uniformità di linguaggio fra giudici e avvocati come ritiene, invece, P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 288 in quanto il giudice deve spiegare le ragioni di una decisione, mentre il difensore (o il P.M.) deve cercare di persuadere il giudice e in questo tentativo osserverà un tono ben diverso da quello assertivo del giudice.

<sup>9</sup> Questi atti sono pure molto diversificati dal punto di vista linguistico perché quelli imputabili a taluni ausiliari (ufficiale giudiziario, cancelliere) riflettono normalmente l'uso di formule pre-confezionate di fatto ricalcate sulle disposizioni del codice, mentre quelli imputabili ad altri ausiliari (il perito o il consulente tecnico) spesso sono modellati sulla base di saperi scientifici.

<sup>10</sup> La verbalizzazione dello svolgimento del processo non sarebbe attività imputabile direttamente al giudice se non nel caso di contrasto fra i protagonisti del processo, ma

rò su questa seconda categoria che presenta molti aspetti critici<sup>11</sup> ma che si muovono più sul filo della capacità cognitiva del giudice e della conseguente capacità di riproduzione scritta delle dichiarazioni altrui, che non sul filo dell'uso della lingua (nel senso che il problema è in larga parte omogeneo a quello che si esamina a proposito degli atti di volontà).

L'esame verrà condotto, allora, solo per gli atti della prima tipologia con l'avvertenza che farò riferimento continuo alla sentenza quale espressione più importante dell'attività decisoria del giudice. Dal punto di vista linguistico, la gran parte delle osservazioni che si possono svolgere per la sentenza sono replicabili anche per ordinanze e decreti. Possiamo, solo, accennare a taluni tratti distintivi il primo dei quali è costituito dalla peculiarità della tecnica espositiva che tende a valorizzare profili di concisione che più facilmente i giudici riescono ad osservare quando redigono questi provvedimenti. Il secondo è rappresentato da una più incisiva semplicità di linguaggio generata dal fatto che, tendenzialmente la minore complessità delle questioni che vengono esaminate induce ad un minore dispiego di energie linguistiche.

Il discorso muta considerevolmente quando passiamo a trattare il fenomeno 'sentenza', da intendersi questa non in senso formale<sup>12</sup> ma sostanziale e quindi comprensiva di tutti quei provvedimenti nei quali il giudice assume una vera e propria decisione e non si limita a dare disposizioni per 'organizzare' il processo. I provvedimenti del giudice che attengono alla organizzazione del processo assumono un valore non troppo dissimile dagli atti amministrativi e quindi il loro esame può essere condotto con gli stessi strumenti di indagine che riguardano questa categoria di atti.

L'interesse linguistico per la sentenza muove, anche, dal fatto che il giudice deve estrarre dal crogiolo che appare senza eguali, di atti, documenti, testimonianze (imputabili ai più diversi soggetti) il 'cristallo' della sentenza<sup>13</sup>, sentenza che dovrebbe presentarsi come un testo coerente e coeso<sup>14</sup>.

le carenze strutturali degli organici fra gli addetti al processo, rende spesso protagonisti della verbalizzazione il giudice e i difensori, sicché anche per questi atti, al fondo, il problema dell'uso della lingua si ripropone.

<sup>11</sup> Il problema centrale è quello della ineludibile *mediazione linguistica*, su cui v. P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 144.

<sup>12</sup> L'art.132 c.p.c. stabilisce che «La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione «Repubblica Italiana»».

<sup>13</sup> Così, T.DE MAURO, *Introduzione* a P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., XI.

<sup>14</sup> C. LAVINIO, *Teoria e didattica dei testi*, Firenze, 1990, 67.

## 2. La struttura della sentenza

La sentenza non è un atto a forma libera perché deve essere composto in base a criteri suggeriti dal legislatore e già questa circostanza rivela una sua significatività perché il giudice è posto nelle condizione di essere guidato; certo, le guide che gli sono impartite non sono stringenti (e talora sono ampiamente derogate<sup>15</sup>) e pur tuttavia pongono talune limitazioni.

Nella sentenza – e più precisamente nei modelli tradizionali – il giudice deve offrire una ricostruzione della fattispecie oggetto del processo e deve poi dar conto della ragione per la quale assume una certa decisione, la cui formalizzazione si colloca in calce al documento, ma che talora può essere verbalmente anticipata<sup>16</sup>. La sentenza può, quindi, essere scomposta in tre porzioni classificate secondo un ‘criterio’ ascendente in termini di importanza: prima la descrizione del fatto e di cosa è accaduto nel processo, poi le ragioni per le quali la causa va risolta in un certo modo e poi la decisione vera e propria.

La scomposizione della sentenza in tre segmenti, ci aiuta a capire che vi può essere una pluralità di soggetti interessati a leggere e conoscere la sentenza e che ciascuna parte [della sentenza] potrebbe essere scritta utilizzando linguaggi diversi. Proviamo ad ipotizzare questa segmentazione. Poiché la decisione della causa è contenuta nel dispositivo, il dispositivo richiede massima chiarezza espositiva. Dopo un (più o meno) lungo *iter* processuale, la sentenza deve scrivere la parola ‘fine’ al processo e non deve innescare ulteriori liti, come invece, sovente accade perché il dispositivo della decisione si presta ad equivoci. Mi pare, quindi, anticipando alcune conclusioni, che il massimo sforzo di chiarezza linguistica vada speso nella redazione del dispositivo (anche se il dispositivo si raccorda alla motivazione<sup>17</sup>)<sup>18</sup>; non è tollerabile che un dispositivo sia mal

<sup>15</sup> La sentenza semplificata di cui all’art.281 *sexies* c.p.c. o di cui all’art.26 l.1034/1971.

<sup>16</sup> Così accade nel processo penale dove la lettura del dispositivo della sentenza anticipa l’indicazione delle motivazioni, o nel processo del lavoro.

<sup>17</sup> V. fra le tante Cass., 10 gennaio 2006, n. 160, in *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Cosa giudicata civile*, n. 11 per la quale <<al fine di stabilire la portata precettiva di una pronuncia giurisdizionale, occorre considerare non soltanto le statuizioni formalmente contenute nel dispositivo, ma anche le enunciazioni contenute nella motivazione, che costituiscono le necessarie premesse logiche e giuridiche della decisione>>.

<sup>18</sup> Il contrasto fra dispositivo e motivazione va risolto assegnando prevalenza al primo sulla seconda secondo la giurisprudenza costante, v. Cass., 10 giugno 2005, n. 12331, in *Dir. e giur. agr. e ambiente*, 2006, 33; Cass. 9 giugno 2005, Gasparrini, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce *Sentenza penale*, n. 83.

confezionato perché sappiamo che questo può generare altre liti<sup>19</sup>.

Sulle tecniche linguistiche dei dispositivi si possono fare alcuni distinguo a seconda della materia; infatti nelle sentenze penali e in quelle amministrative il tipo di pronuncia è vincolato (o quasi vincolato), sì che al giudice è concessa una autonomia linguistica molto limitata<sup>20</sup>. Parzialmente diverso è il discorso per le cause civili; qui, in applicazione del principio dispositivo, la decisione deve conformarsi alla domanda e quindi la maggiore o minore precisione della domanda può condizionare la redazione del dispositivo della sentenza<sup>21</sup>. In ogni caso, mi pare che, a livello generale, sul versante della confezione del dispositivo le tensioni, dalla prospettiva del linguista, non siano particolarmente elevate, considerando che in talune situazioni il giudice, come detto è vincolato all'uso di certe parole. Nel processo penale, accertata la 'non colpevolezza' dell'imputato perché non ha commesso il fatto, il giudice deve emettere una sentenza con la quale (cfr., art.530 c.p.p.) *assolve* l'imputato, e non può utilizzare alcun altro sinonimo<sup>22</sup> che sarebbe improprio dal punto di vista processuale. Per quanto attiene alla ricostruzione della fattispecie, la sensazione è che il linguaggio sia abbastanza condizionato da formule stereotipate<sup>23</sup>, non di rado

<sup>19</sup> Le ricadute processuali derivanti dalla redazione di dispositivi generici, imprecisi o equivoci si avvertono quando si transita alla fase dell'esecuzione della sentenza, cfr., Cass., 27 novembre 2001, n. 14986, in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2002, 263; Cass., 8 novembre 1996, Mazzali, in *Foro it.*, Rep.1997, voce *Esecuzione penale*, n. 26.

<sup>20</sup> Nella sentenza penale, oltre al richiamo degli articoli di legge applicati, il giudice deve prosciogliere o condannare l'imputato, mentre nel processo amministrativo (più esattamente, nel modello tradizionale impugnatorio) il giudice accoglie il ricorso (ed annulla l'atto) o lo rigetta. Non vi è dunque, molto, spazio per dispositivi 'fantasiosi'; per simili valutazioni, v. P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 417.

<sup>21</sup> Il dispositivo di una sentenza civile contiene infatti, un riferimento diretto al 'bene della vita' oggetto della lite e quindi, nel caso di accoglimento della domanda, il giudice deve precisare qual è il comando giuridico che promana dalla decisione (non potendo il giudice limitarsi a statuire l'accoglimento della domanda).

<sup>22</sup> Non potrebbe 'esentare', 'liberare', 'esonere', 'dichiarare innocente' l'imputato perché questi sono termini generici, mentre quello di 'assoluzione' è un termine con un significato tecnico e specifico.

<sup>23</sup> Un esempio illuminante è costituito dalla formula «con atto di citazione notificato in data ...» (cui spesso segue, «evocava in giudizio»); da una ricerca su una qualunque banca dati, inserendo queste parole, si reperiscono alcune migliaia di provvedimenti e se si pensa che i repertori informatizzati raccolgono (per esteso) meno dell'1% delle decisioni di merito, ben si comprende come quella formula ricorra centinaia di migliaia di volte, come se non fosse egualmente possibile descrivere lo svolgimento del processo in modo storico e non 'narrato'.

germinate dalla recezione – in questo troncone della sentenza – di atti di parte o di altri atti acquisiti al processo. Nel processo penale, la ricostruzione del fatto è, dal punto di vista linguistico, spesso appiattita sul contenuto dei più svariati atti e documenti del processo che riflettono culture e livelli di scolarizzazione profondamente differenziati; molto spesso, poi, il linguaggio è tratto dalle espressioni gergali degli organi di polizia giudiziaria che hanno condotto le indagini<sup>24</sup>.

Ma il nodo nevralgico del rapporto fra lingua e norma (nella sua applicazione giudiziaria) lo si rinviene nel ‘cuore’ della sentenza e cioè nella motivazione<sup>25</sup> e su questo val la pena di focalizzare l’attenzione.

### 3. I destinatari della sentenza

Abbiamo provato a scomporre la sentenza in più brani (fatto, motivazione e dispositivo) per capire se la sentenza si diriga verso qualcuno in particolare, ovvero se la sentenza sia una ‘entità’ pluridirezionale. Infatti, capire chi sono i naturali destinatari della decisione è un passo importante per valutare l’uso del linguaggio e per operare un sindacato su come la lingua sia adoperata<sup>26</sup>.

Il dispositivo della sentenza si rivolge direttamente alle parti; le parti del processo sono interessate a sapere l’esito del processo (e rozzamente, potremmo dire che vogliono sapere se hanno ‘vinto o perso’, se la loro pretesa di giustizia è stata accolta o rifiutata). Le parti, specie quelle occa-

<sup>24</sup> Il linguaggio gergale è, poi, disomogeneo a seconda di quale sia la forza di polizia che interviene, ciò a dimostrazione della enorme frammentarietà di una seria indagine linguistica.

<sup>25</sup> Art.118 disp.att. c.p.c. (Motivazione della sentenza) «La motivazione della sentenza di cui all’art. 132 n. 4) del codice consiste nell’esposizione dei fatti rilevanti della causa e delle ragioni giuridiche della decisione. Debbono essere esposte concisamente e in ordine le questioni discusse e decise dal collegio ed indicati le norme di legge e i principi di diritto applicati». Art. 544 c.p.p. (Redazione della sentenza). «Conclusa la deliberazione, il presidente redige e sottoscrive il dispositivo. Subito dopo è redatta una concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la sentenza è fondata ». Art.546 c.p.p. (Requisiti della sentenza) «La sentenza contiene ... la concisa esposizione dei motivi di fatto e di diritto su cui la decisione è fondata ...».

<sup>26</sup> L.LANZA, *Patologia della motivazione: le motivazioni paralogiche, ridondanti, insufficienti ed apparenti, nell’esame del Giudice di secondo grado e nelle decisioni della Corte di Cassazione*, Relazione all’Incontro di studi del CSM sul tema: «La motivazione dei provvedimenti giudiziari» – Terza edizione (Roma, 27-29 settembre 2004).

sionali, non sono interessate a leggere la parte della ricostruzione della fattispecie perché loro ben la conoscono; sono interessate a leggere e capire la motivazione solo in taluni casi e prevalentemente quando hanno 'perso'.

Se ci poniamo, invece, dalla prospettiva di chi sulla decisione è chiamato, eventualmente, a esercitare il controllo<sup>27</sup>, allora le considerazioni mutano perché la valutazione sulla sentenza (e cioè sulla sua giustizia od ingiustizia) si fonda essenzialmente proprio sulla motivazione; solo da una motivazione intelleggibile si può comprendere la correttezza della decisione; ecco, allora, che già si disvela chi è il destinatario principale della motivazione. Non diversamente, la motivazione è anche la parte che più interessa al difensore perché proprio attraverso la motivazione è in grado di formulare una prognosi sulle aspettative di riforma (o di conferma) della decisione, prognosi che poi si traduce in un consiglio per il cliente. In tale contesto la motivazione è, certamente, diretta ad esperti della materia e cioè altri giudici e gli avvocati.

Ma la sentenza non vive solo nel processo per il quale è pronunciata; la sentenza rappresenta anche un 'precedente' e cioè una specie di tessera di un mosaico costituito dagli orientamenti giurisprudenziali<sup>28</sup>; la sentenza, singola, può servire da guida per altri casi che in futuro si ripresenteranno e che potranno rivelarsi simili. Se la portata della sentenza è anche questo, mi pare che il dato sino ad ora meno importante, quello della ricostruzione del fatto, ritorni ad essere centrale, in quanto solo dalla piena comprensione del fatto si potrà desumere la natura di 'precedente' di una determinata sentenza.

La pluralità dei soggetti destinatari della decisione e il loro diverso interesse per le singole 'fette' della sentenza, dimostra pertanto come *tutta* la sentenza meriti di essere affrontata, dal punto di vista linguistico, con un atteggiamento scevro da condizionamenti sul 'per chi si scrive...'. La sentenza può essere letta dalle parti, dai difensori, dai giudici superiori e da

<sup>27</sup> Quando pensiamo al controllo, avvertiamo il bisogno di consentire al giudice dell'impugnazione di poter ricostruire il rapporto fra motivazione e decisione, ma una forma di controllo (interno) viene svolta anche quando la sentenza è resa da un giudice collegiale (art.276 c.p.c.) perché la motivazione è redatta dal giudice relatore/estensore; la motivazione è anche il modo per permettere agli altri componenti del collegio di valutare la giustizia della decisione assunta.

<sup>28</sup> M.BIN, *Precedente giudiziario, ratio decidendi e obiter dictum: due sentenze in tema di diffamazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1988, 1001.

chiunque ritenga di trarre dalla decisione una qualche 'utilità'.

Il giudice ne deve essere consapevole, anche se la consapevolezza da sola non è sufficiente in quanto occorre fare uno sforzo ulteriore e declinare in concreto questa esigenza di rendere il prodotto-sentenza usufruibile dalla più ampia comunità possibile. In taluni, eppure sporadici, casi un aiuto alla comprensione della decisione potrebbe derivare dalla intermediazione giornalistica, le quante volte un processo e la sentenza che lo conclude presentino profili di interesse per la collettività. L'esperienza fornita dalla lettura della stampa, quotidiana in particolare, non ci tranquillizza affatto; sebbene con una approssimazione che rischia di far torto a qualcuno, le conoscenze giornalistiche dei meccanismi del processo sono desolanti e la approssimazione dei resoconti appiattisce oltre misura il valore e la portata di una decisione<sup>29</sup>. Mi rendo ben conto che non raramente il giornalista deve, per finalità divulgative, semplificare i termini del caso, ma sovente questa semplificazione si traduce in una sequenza di inesattezze che spesso conducono a formulare giudizi ipercritici privi di reale fondamento.

Questa considerazione induce, quindi, a pensare che neppure con certe intermediazioni si possono sciogliere i nodi dell'incomprensione e deve quindi essere il giudice, alla fonte, a rendere il suo prodotto, un prodotto di 'massa'.

#### 4. La sentenza come prodotto-scientifico

Nel programma del Convegno non si è voluto inserire una relazione sull'uso della lingua nella più ampia categoria degli 'scritti giuridici'<sup>30</sup>, e cioè su come la lingua viene utilizzata nel contesto degli scritti di matrice giuridica (il dibattito nella letteratura giuridica), ma non giudiziaria. La scelta, se si vuole, è a rime obbligate per due ragioni: da un lato la letteratura giuridica è solo uno dei tanti aspetti della divulgazione scientifica e risente, quindi, di tutte le peculiarità del sapere specialistico; dal

<sup>29</sup> M. GARAVELLI, *Ma cos'è questa giustizia? Luci e ombre di un'istituzione contestata*, Roma, 2003, 10.

<sup>30</sup> F. SABATINI, *Analisi del linguaggio giuridico. Il testo narrativo in una tipologia generale dei testi*, in M. D'ANTONIO (a cura di), *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Padova, 1990, 675-725.

l'altro lato a me pare che quando si vuole operare un confronto fra lingua ed istituzioni, sia corretto pensare agli atti legislativi, amministrativi e giudiziari più che agli atti e ai documenti giuridici in quanto tali. La storia della documentazione giuridica è un'altra e non va confusa col tema in discussione. L'attenzione va concentrata sul rapporto fra linguaggio tecnico-giuridico e destinatari indifferenziati.

Ci resta, però, da chiedersi se la sentenza, oltre che la decisione di un caso concreto valga anche come espressione di un prodotto scientifico destinato a circolare in una comunità più ristretta, quella dei 'giuristi'. Come presto proverò a dimostrare, la sentenza, di fatto, si inserisce nella cornice dei prodotti scientifici perché concorre ad alimentare il dibattito scientifico che procede sia per astrazioni che per empirismi. Ed allora, se è tollerabile che uno scritto giuridico abbia un livello di comprensibilità meno eccelso perché rivolto ad una comunità chiusa, v'è da chiedersi se, tutto sommato, anche nella sentenza quel linguaggio specialistico (o altamente specialistico) sia sopportabile. La risposta a questo interrogativo dovrebbe essere recisamente negativa perché la sentenza è la decisione di un caso e solo per avventura diviene essa stessa un caso di cui discutere. Se questa è la risposta che a me pare più coerente con la funzione della sentenza, è vero, però, che la realtà spesso se ne discosta e che la sentenza nasce proprio per divenire 'caso di cui discutere' lasciando del tutto in ombra la vicenda fattuale che l'ha occasionata<sup>31</sup>.

### 5. *La casta giuridica e l'uso della parola*

Alle tante branche del sapere (scientifico e umanistico) corrispondono spesso comunità più o meno chiuse. Queste comunità però, talora, trascendono e si trasformano in vere e proprie caste quando, con le modalità più varie, rendono inaccessibile una condivisione (del sapere, delle conoscenze) per chi a quel gruppo non appartenga. La casta si forma,

<sup>31</sup> Tante volte si è soliti ascoltare questa frase: «questa sentenza farà giurisprudenza»; è un modo rozzo per esprimere un concetto ancipite; ci può essere la sentenza che è destinata a divenire un punto fermo della elaborazione giuridica su un determinato argomento per la peculiarità e novità delle questioni trattate (emblematica è la decisione del Tribunale di Torino sul notissimo 'caso Meroni'), ma ci può essere la sentenza costruita dall'estensore proprio per offrirsi alla comunità giuridica come caso-scuola.

proprio, non tanto o non solo per effetto di eventuali privilegi, ma per l'uso di un linguaggio iper-specialistico che emargina chi quel linguaggio non è in grado di apprezzare, pur quando sia un raffinato linguista<sup>32</sup>.

Così, parlare per latinismi<sup>33</sup>, per frasi convenzionali<sup>34</sup>, per termini usati in modo difforme da quanto rintracciamo nel lessico comune<sup>35</sup>, rende quella comunità una casta perché chi vi partecipa ritiene di trovarsi in una posizione di preminenza. Sarei tentato di evocare, sebbene con qualche forzatura, l'idea che ci si trova di fronte a quel fenomeno che mi seduce definire come l'arroganza della diversità<sup>36</sup>. Spesso si sente discutere della corporazione della magistratura, e talora il riferimento alla casta dei giudici non è inconsueto, ma il più delle volte questo termine viene associato ai privilegi di cui godrebbero al modo di altri notabili della Repubblica. Su questa definizione dei giudici come casta si potrebbe discutere a lungo, ma scervi da condizionamenti ideologici non mi parrebbe così stravagante associare la casta dei giudici alla casta dei 'sapienti del diritto', titolari di un sapere poco condiviso e spesso poco accettato

<sup>32</sup> T.DE MAURO, *Le parole e i fatti*, Roma, 1977, 90.

<sup>33</sup> Ricordiamo che sino alla fine degli anni sessanta, la laurea in giurisprudenza poteva essere conseguita solo dagli studenti provenienti dal liceo e dunque da una scuola secondaria dove veniva impartito il latino. E' ovvio che alla liberalizzazione nell'accesso non si sia accompagnato un insegnamento della lingua latina, con la conseguenza che il latino è rimasto lingua dei giuristi, ma di una comunità di giuristi alla quale appartengono moltissimi ottimi giuristi privi di fondamenti della lingua latina, il che genera con sempre maggiore frequenza usi impropri del latino perché, tutto sommato, il latino non è lingua morta ma gergo comune e ad essa ci si accosta con la tipica approssimazione di usa espressioni gergali.

<sup>34</sup> Chiunque sia mai entrato in un'aula dove si celebrano (termine aulico che dovremmo più seriamente sostituire con quello di 'mercanteggiano') le cause civili, non può non essersi imbattuto in uno scambio di numeri-parole ('facciamo un 309?') che può essere percepito solo fra 'iniziati' perché ha il sapore del linguaggio cifrato.

<sup>35</sup> Il verbo 'costituire' nel linguaggio corrente significa 'fondare', 'istituire', 'realizzare', 'organizzare', 'mettere assieme', ma nessuno di questi termini ha qualcosa a che fare col termine 'costituire' che si usa nel processo civile, dove la 'costituzione in giudizio' vale come una sorta di presentazione della causa al giudice (cfr., art.165 c.p.c.).

<sup>36</sup> Ricordo alcune pertinenti parole di P.GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 151 che intervenendo in un concesso come l'Accademia dei Lincei, premetteva... «S'impone non un linguaggio divulgativo (che sarebbe stonato nella nostra sede accademica), ma — questo sì — teso alla comunicazione e alla comprensione. I giuristi presenti tollereranno alcune precisazioni elementari per loro assolutamente pleonastiche e soprattutto l'elusione da parte mia di quell'eccessivo tecnicismo del linguaggio giuridico, che ha troppo spesso una valenza esoterica per i non addetti ai lavori».

perché letto come espressione di distacco dalla società. Ed una delle espressioni più caratterizzanti del distacco è rappresentata proprio dal linguaggio, troppe volte non condivisibile per la sua complessità più ancora che per il suo necessario tecnicismo<sup>37</sup>.

Il paradosso, se si vuole, è che il 'gergo' che naturalmente dovrebbe rappresentare una componente negativa del lessico, assume, invece, un valore positivo perché chi quel gergo non condivide, viene emarginato<sup>38</sup>. Questo risultato contraddice una delle pietre angolari del sistema giudiziario: «la giustizia è amministrata in nome del popolo»; questo principio proprio delle democrazie che si rinsaldano alle teorie sulla separazione dei poteri, non può vivere di sola declamazione ma deve anche significare che il popolo deve poter esercitare un controllo sociale, ancorché mediato, sull'esercizio della giurisdizione e un uso biecamente convenzionale del linguaggio giudiziario può costituire un ostacolo obiettivo alla effettività del controllo.

Pertanto anche in funzione di agevolare questo controllo, l'uso del linguaggio non può essere neutrale e come si è giustamente fatto notare le diversità e difformità linguistiche sono un impedimento a che si affermi nella sua effettività il principio che campeggia ancora in molte aule di giustizia secondo il quale «la legge è uguale per tutti»<sup>39</sup>.

Maggiore cautela, mi pare, si debba porre di fronte al quesito di chi pone il linguaggio giuridico come strumento di realizzazione compiuta di una migliore decisione del caso concreto<sup>40</sup>; se è vero che l'arte del sapere come usare il linguaggio è di tale delicatezza da non poter essere affidata ai soli linguisti, non credo ci si possa spingere a trovare nel linguaggio una modalità additiva per formulare una sentenza 'più' giusta.

<sup>37</sup> B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, 2001, 153 qualifica addirittura come 'marchio di fabbrica', questo atteggiamento nella redazione della sentenza, quasi che venisse composta proprio per non essere a tutti ostensibile.

<sup>38</sup> Per gergo intendo quello che in modo più scientifico viene definito (v. B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, cit., 16) come linguaggio tecnico collaterale

<sup>39</sup> P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 434.

<sup>40</sup> P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 18.

## 6. L'uso della lingua come identikit del tipo di giudice

Chiunque voglia incunearsi nei cunicoli del linguaggio delle sentenze, ha modo di notare, subitaneamente, che gli stili di scrittura sono molto diversi ma diversi per classi. È vero che ciascun giudice scrive utilizzando il proprio vocabolario ma sarebbe troppo semplice affermare che ci sono tanti stili quanti sono gli autori<sup>41</sup>. Se si ha occasione di cimentarsi nella lettura di un campione rappresentativo di sentenze, è facile avvedersi che si sono formati e stratificati alcuni filoni di scrittura (taluni dei quali potrebbero anche risultare collidenti con il principio di cui all'art.122 c.p.c. secondo il quale la lingua del processo è la lingua italiana)<sup>42</sup>: i) l'uso diffuso dei latinismi<sup>43</sup>; ii) l'uso di neologismi di creazione giudiziaria<sup>44</sup>; iii) l'uso di termini presi da lingua straniera<sup>45</sup>; iv) l'uso di termini comuni, devianti

<sup>41</sup> B.MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, cit., 18 osserva che quando si tratta di scritture di singoli (sentenze, ordinanze, contratti, ecc.) il campo d'azione si dilata e si frantuma nella varietà incontrollabile delle preferenze, delle abitudini, delle inerzie individuali. Il dominio dello stile è anche il luogo della patologia del linguaggio legale [... e delle] persistenze dei *clichés* retorici che sono antico patrimonio del variegato universo giuridico.

<sup>42</sup> In varie occasioni il giudice di legittimità e quello delle leggi hanno dovuto affrontare il tema del rispetto della lingua per talune minoranze linguistiche, mentre non vi sono precedenti in cui sia stato censurato l'uso distortivo di taluni termini, pur se pare esistere un caso in cui un tribunale avrebbe dichiarato la nullità di un atto difensivo perché scritto 'non in lingua italiana'; il caso era quello di un difensore, cultore del diritto e della lingua tedesca, che aveva fatto un uso eccessivo di termini giuridici di matrice germanica.

<sup>43</sup> La casistica è così ricca da non prestarsi a facili catalogazioni; talora è frutto di pura tecnica linguistica e cioè di comodità espressiva (si pensi alla formula *ex tunc, ex nunc*), ma talora è anche frutto di concetti che in lingua latina sono espressi con forme più semplici e se vogliamo più chiare della stessa circonlocuzione italiana (si pensi a *ne bis in idem*). Come ho già accennato, il problema dell'uso della lingua latina spesso impatta con una conoscenza approssimativa che si traduce in non rari errori che talora possono trascendere in errori espressivi e di logica.

<sup>44</sup> Nel linguaggio giudiziario è diffuso l'uso, al modo della lingua tedesca, di neologismi dati da parole combinate: 'Monointestazione'; talora compaiono aggettivazioni o espressioni verbali quanto meno inconsuete: 'denegativo'; 'perplime'.

<sup>45</sup> Frequente è l'uso, nel processo penale, di termini come *disclosure* e *discovery*, ma in questi casi la ragione si può trovare nel fatto che corrispondono ad istituti penetrati nel nostro sistema da pochi anni e che hanno, invece, una lunga tradizione negli ordinamenti di *common law*. Infatti, v. M.LUPOI, *Profili (anche linguistici) dei flussi giuridici*, [http://www.accademiadellacrusca.it/articoli/articoli\\_singolo.php?id=2560&ctg\\_id=37](http://www.accademiadellacrusca.it/articoli/articoli_singolo.php?id=2560&ctg_id=37) che avverte come «Un ben noto esempio è la riforma del processo penale del 1989 e, quanto ai calchi linguistici, il termine "contro-esame" da "cross-examination". La *cross-examination* nasce nel processo

verso l'utilizzo come termini tecnici o gergali<sup>46</sup>; v) l'uso di parole ad effetto; vi) l'uso di arcaismi<sup>47</sup>; vii) l'uso di localismi<sup>48</sup>. Ciascun singolo eccesso non può che condurre alla confezione di un provvedimento difficilmente fruibile da tutti; un uso equilibrato può portare alla redazione di una sentenza linguisticamente raffinata ma non per questo più accessibile<sup>49</sup>.

avanti la giuria (che noi abbiamo solo in Corte d'assise) e trova il proprio fondamento in una educazione legale profondamente diversa dalla nostra, in un ruolo del difensore (oltre tutto, spesso fungibile fra civile e penale) e in una posizione sociale del giudice che non hanno riscontro nella nostra realtà».

Meno giustificabile, mi pare, è l'uso di parole straniere ad effetto quali ' *leading case* ' come se non fosse semplice sostituirlo con caso-guida; «... la presenza dell'*evidence*»;

<sup>46</sup> La parola ultroneo è comunemente utilizzata nel gergo giuridico come evocativa del 'sovrappiù' e nei dizionari è stata inserita con la precisazione che nel linguaggio del diritto equivale a 'non pertinente', quando invece ha un significato diverso: volontario, spontaneo. Talora il gergo è costituito dalla traduzione italiana di un brocardo latino (pensiamo al 'salvezze illimitate' traduzione del '*salvis iuribus*')

<sup>47</sup> Ad esempio la formula, «in guisa che»; i termini, «storico»; «di vero».

<sup>48</sup> Emblematica è una sorta di requisitoria ad opera di F.CORDERO, *Stilus Curiae*, in *Riv.it.dir. proc.pen.*, 1986, 30: << *Lessico opaco, gergale, criptico, elusivo, e sintassi tortuosa*. Persino i lettori esperti ogni tanto faticano a capire. Spira ipnosi dagli stereotipi: parole, sintagmi, frasi, interi discorsi, passano tali e quali in mille testi; l'asfissiante mimetismo esclude ogni parola viva. *Quasi una scrittura automatica*, alimentata dal ciclo sonnolento delle "massime", dove astrazioni a maglie larghe sorvolano su qualità nient' affatto inutili alla diagnosi giuridica; alcune non corrispondono al clou deciso; e tali distonie riproducono i vecchi arcaismi. *Povero lo scandaglio nomenclatorio, deboli trame sintattiche: ai due difetti supplisce l'enfasi; quanto meno dicono, tanto più declamano. Correlativamente al deperimento espressivo proliferano segnali allusivi, o così recepitibili*: condanne e proscioglimenti incidono su interessi individuali e collettivi; impossibile che atti simili nascano gratuiti; quando l'autore li formula in termini oscuri o ambigui, supponiamo che le ragioni effettive siano sommerse. Sensazione devastante. *Risulta tossico anche l'eretismo dialettico*: qualcuno esegue numeri da jongleur; ad esempio, ignaro del canone «in claris non fit interpretatio», accumula pagine a dozzina "dimostrando" come una formula legale dal senso ovvio significhi l'opposto dell'apparente, *in guerra con lessico, ortografia, grammatica; o compone trattatelli imbellettandoli con una Begriffsjurisprudenz aliena dal quadro della decisione, e almeno fosse in tenditore; spesso è uno stregone apprendista. Non sono difetti da poco ed essendo radicati nelle strutture (l'inquisizione secerne pensiero paranoide) o nei cromosomi culturali (quel latino bastardo, combinato ad astuzie avvocatistiche, ha spento il gusto dei fatti), finché duri le matrici, costituiranno un dato naturale; in tali limiti suona velleitaria ogni proposta sui rimedi. Dipendesse da me, allestirei il tirocinio degli apprendisti su due regole: Prima: imparino a usare i testi legali; incredibile quanta fumisteria nasca dall'ignoranza degli articoli applicabili al caso. Seconda: dicano tutto quanto conta, scrivendo poco e chiaro>>>.*

<sup>49</sup> Riporto un brano da Trib. Bologna 24 maggio 2004, *Foro it.* 2004, I, 2247

*D'altronde l'ambiguità linguistica e il pur probabile conio diretto del sintagma non valgono ad aver assicurato al predetto marchio una maggiore tutela, non almeno nel confronto con il com-*

Talora, ma non così raramente, si può tracimare nel narcisismo giudiziario fatto dal gusto della parola, ostentata e valorizzata ben oltre il contenuto della decisione<sup>50</sup>, e fatto dal gusto dell'eterodossia della decisione (tema molto delicato ma extra contesto).

Riprendendo e modificando un antico proverbio, si potrebbe dire ... *'vediamo come scrivi e ti dirò che tipo di giudice sei ...'*. Una classificazione potrebbe essere condotta considerando il diverso grado di giudizio, trascorrendo dalla pronuncia del giudice di pace sino a quella resa dal giudice di legittimità (la Corte di Cassazione). Ma, indulgiando sulle diverse tipologie di sentenze, queste differenze non si avvertono in misura decisiva<sup>51</sup>.

Se provassimo a fare una somma delle parole non consuete che più ricorrono nelle sentenze e di seguito ne controllassimo l'etimologia dal vocabolario, troveremmo una impressionante dose di arcaismi. Fatta que-

*petitore ora convenuto e pur tenuto conto — data l'apparente applicazione della norma intertemporale di cui all'art. 89 d.leg. 480/92 — del preteso effetto marcante sul prodotto che l'uso avrebbe implicato e ciò per: la ricordata non centralità della dizione (per lo più usata nella evidenziazione degli aspetti di funzionamento del dispositivo)*

Da Trib. Bologna 24 novembre 1998, *Foro it.*, 1999, I, 2739

*in chiave limpidamente ricognitiva di un'applicazione diretta della regola più generale penalizzante il socio (di società di capitali o di persone) ogniqualvolta egli si sottragga, in via di fatto, alla ricorrenza delle condizioni giustificanti il beneficio, eccezionale, della limitazione della responsabilità; il percorso, oramai omogeneo alla riflessione societaristico-concorsuale di maggioranza e nonostante la mancanza di riscontri risalenti dei giudici di legittimità..., trattandosi di previsione legale, decrescente è risultato il condizionamento ancora ascrivibile ad opposte preoccupazioni teoretiche, unificabili in parte sotto alcuni indirizzi metodologici egualmente limitanti e tutti ovviabili, come in effetti avvenuto, nei precedenti segnalati; nonostante dunque una maturità interpretativa che, ora, potrebbe anche invertire la tecnica motivazionale e finalmente limitarsi a proposizioni enunciative meno problematizzanti il raccordo tra la condizione di socio illimitatamente responsabile ed il presupposto soggettivo dell'estensione di cui all'art. 147 l. fall. osserva di nuovo questo collegio che... l'appartenenza del compendio quotistico o del capitale azionario è censita senza che l'apparente pluralità dei soci e la formale sussistenza di altre fattispecie contrattuali precludano un'analisi «economica» mirante al disvelamento dello schema dominicale monistico, alla cui prova l'egemonia gestoria contribuisce indiziariamente pur non esaurendo l'oggetto dell'indagine:*

<sup>50</sup> Per consimili valutazioni, v. P. Bellucci, *A onor del vero*, cit., 308, secondo la quale la creatività certo non è la malintesa – e diffusa – aspirazione ad una letterarietà il più delle volte artificiosa e peregrina e, tanto meno, la volontà di creare un *pathos*, retorico e orpelloso, che troppo spesso si sostituisce al *logos* della lucida e serrata argomentazione

<sup>51</sup> Diversa, mi pare, la lettura di P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 325, ad avviso della quale il livello di enfattizzazione e stereo tipizzazione è tanto più elevato nelle sentenze dei giudici di merito. Considerato il tipo di decisione (di legittimità) che la Corte di Cassazione è chiamata ad emettere, le variabili non sono così rilevanti.

sta verifica, ci verrebbe da dire che il giudice è rimasto ancorato ad una realtà remota che non ha più referenti nel linguaggio comune moderno<sup>52</sup>. Ma una considerazione di questo tenore presta, subito, il fianco ad una obiezione: quante volte, invece, si eccede nell'uso di neologismi o di termini prelevati dalle lingue straniere?

Ecco allora che il rischio che si corre è proprio quello di imbatterci in una sentenza fatta da tante parole, appartenenti a stilemi differenti, che rendono nel complesso, quel prodotto non agevolmente comprensibile da tutti<sup>53</sup>. Il risultato non è quello auspicato se nelle premesse abbiamo condiviso che la pluralità dei destinatari, impone l'uso di un linguaggio 'interclasse'.

Una ulteriore notazione che si può esporre sul linguaggio delle sentenze - meno rilevante per l'impatto sui cittadini ma decisamente più interessante per lo studioso di linguistica - consiste nel mettere in rilievo quella che potrei definire 'tecnica espositiva inversa' e che è icasticamente rappresentata dalla frequente anticipazione del verbo sul soggetto<sup>54</sup> o della posposizione del sostantivo all'aggettivo (o al participio passato)<sup>55</sup> al modo della lingua anglosassone, per non dire della proliferazione del 'sì' sovrapposto al verbo<sup>56</sup>. Quello che ne consegue, mi pare, è un complessivo appesantimento che rende poco fluida la lettura.

<sup>52</sup> È il tema del linguaggio burocratico, che opera sul piano della standardizzazione con tendenziale ripudio della innovazione, v. A.A. SOBRERO, *Lingue speciali*, Roma, 1993, 259.

<sup>53</sup> Riporto un brano di Trib. Napoli 20 ottobre 2005, *Foro it.*, 2006, I, 1222.

Si *opina* in secondo luogo, *pur ad assumere* (nonostante l'esplicita caratterizzazione in guida preliminare della domanda) che parte attrice intenda conseguire la revoca in via definitiva, sulla scorta di una cognizione piena e non sommaria, degli amministratori (la domanda di revoca in via preliminare degli amministratori Scotti e Marzio, pur ribadita nell'istanza di fissazione d'udienza, risulta del tutto *pretermissa* ed in alcun modo figura nelle conclusioni di cui alla comparsa conclusionale), che un'istanza *siffatta* sia da reputare, alla stregua della reale portata dell'art. 2476, 3° comma, c.c., inammissibile, giacché di già al momento della sua proposizione il diritto in concreto azionato non era neppure astrattamente configurabile

<sup>54</sup> «Ritiene il rimettente...»; «Eccepisce la Banca...»; «opina questa Corte...». Cfr., G.ROVERE, *L'avverbale strumentale nel linguaggio giuridico*, in L. SCHENA, R.D. SNEL TRAMPUS (a cura di), *Traduttori e giuristi a confronto. Interpretazione traducete e comparazione del discorso giuridico*, Bologna, 2002, 29.

<sup>55</sup> L'impugnata sentenza, l'appellata sentenza, l'asserito affidamento, cfr., M.A.CORTELAZZO, *La tacita codificazione della testualità delle sentenze*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), *Teoria e tecnica dell'argomentazione giuridica*, Atti del Convegno CNF - Formazione Avvocati (Roma, 12 ottobre 2002), Milano, 2003, 83.

<sup>56</sup> Si tratta dell'enclisi con infinito retto da verbo modale e da sovraestensioni dell'infinito in frase completiva, v. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 320.

## 7. La giustificazione di certe espressioni

Le riflessioni svolte sino ad ora assumono un rilievo essenzialmente critico ma la ragione di un tale atteggiamento muove proprio dalla esigenza di migliorare il rapporto dialogico fra esercizio della giurisdizione e cittadino; questo rapporto è decisamente influenzato dalla qualità della giurisdizione, dai tempi di definizione dei giudizi, dalla affidabilità delle decisioni, ma non è neutrale a questo rapporto anche l'uso del linguaggio.

Dobbiamo, a questo punto, dopo aver formulato riflessioni di taglio critico, avvisare che vi sono, per contrappunto, talune necessità linguistiche che rendono l'uso della lingua non raramente vincolato<sup>57</sup>.

Ciò accade con riguardo a i) termini tecnici e ii) termini del lessico corrente che assumono un significato specifico nel lessico giudiziario. La nomenclatura giuridica, al fondo, può essere un modo per economizzare la scrittura (evitando le perifrasi) e per evitare la polisemia delle assonanze.

È a questo punto opportuno proporre qualche esempio: la parola 'litisconsorzio' è tipica del lessico giuridico e non è sostituibile perché non troviamo sinonimi; il termine 'udienza' non è un termine esclusivo del lessico giudiziario, eppure se noi andiamo alla ricerca di un sinonimo, ci rendiamo conto che nessuna delle altre espressioni è spendibile per ciò che vogliamo dire quando adoperiamo la parola 'udienza'; 'incontro', 'seduta', 'colloquio', 'riunione', 'sessione'; nessuna di queste da sola o anche con una circonlocuzione può surrogare la prima<sup>58</sup>. Così, una certa povertà di linguaggio (intesa come scarsa rotazione dei termini) è connotata al tipo di documento (la sentenza) e da questo punto di vista non è censurabile.

Quando nella sentenza troviamo una parola che esprime, in modo esclusivo, un concetto, quella parola – ancorché non diffusa nel lessico comune – è giusto che venga adoperata perché la sentenza è un atto che appartiene ad un determinato ambiente. Ma anche quando troviamo, magari ripetutamente, un termine del lessico comune che pur conoscendo

<sup>57</sup> Sulla impossibilità di giungere ad una semplificazione diffusa, v. anche P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 26.

<sup>58</sup> Un altro esempio: 'appello' è una parola del lessico comune, eppure nessuno dei suoi sinonimi è riproducibile nell'ambiente giudiziario ('invito', 'chiamata', 'convocazione', 'richiamo', 'implorazione'); oppure 'oblazione', i cui sinonimi ('offerta', 'donazione', 'carità', 'obolo') evocano tutt'altro che il pagamento spontaneo di una ammenda.

uno o più sinonimi, assume uno specifico rilievo nel linguaggio giudiziario, ritengo opportuno che a quel termine non siano sostituite inutili perifrasi.

Diverso, ancora, è il caso di quelle parole che prelevate dal lessico comune, assumono nel processo un significato differente da quello comune; pensiamo al termine 'allegare'; rispetto a questo troviamo vari sinonimi che saremmo portati a ritenere equipollenti: 'apportare', 'addurre', 'produrre', 'includere', 'presentare'. Eppure l'espressione allegazione assume nel processo un significato del tutto particolare perché dovrebbe significare 'far valere, consapevolmente, un certo fatto'. Anche in questo caso, un abuso della parola, può essere giustificato perché termini apparentemente equipollenti potrebbero risultare decettivi. In tale contesto, tutti i termini tecnici e del lessico comune ma che nel processo assumono un peculiare significato (talora consonante e talora dissonante rispetto alle valutazioni linguistiche etimologiche), mi pare debbano essere tollerati perché la sentenza, per quanto debba essere diretta alla comprensibilità deve ancor prima essere 'giusta' e quindi solo l'uso di certi termini è consentito<sup>59</sup>.

### **8. Rimedi linguistici al tecnicismo delle parole**

Per rendere comprensibile (o più comprensibile) il prodotto-sentenza, possiamo agire sull'uso inappropriato della lingua, quando si cade nell'eccesso dell'utilizzo di termini arcaici, di provenienza straniera, di espressioni 'sacramentali'; ma quando ci troviamo al cospetto di parole di lessico specialistico, non surrogabili, allora ogni tentativo di semplificazione non sembrerebbe avere spazio.

Prima di rinunciare a quest'opera di chiarificazione, troverei adeguato pensare alla inclusione nella sentenza, quando necessario, di un glossario in modo che anche il termine squisitamente tecnico possa essere meglio percepito da chiunque.

<sup>59</sup> Se volessimo premiare il lessico comune e marginalizzare il lessico specialistico, correremmo il rischio di pronunciare sentenze errate. Sia la citazione (art.163 c.p.c.) che il ricorso (art.125 c.p.c.) sono atti che introducono il processo civile; peraltro ai due atti corrispondono regole in taluni casi ben distinte; così, se utilizzassimo il termine citazione come sinonimo di ricorso, potremmo rendere male una certa situazione e generare un equivoco che potrebbe essere fonte di vizio della decisione.

L'uso di un glossario, se vogliamo, è oggi grandemente agevolato dalla formazione dei documenti con supporti informatici.

L'intera scrittura scientifica ha subito delle profonde mutazioni con l'introduzione di programmi di scrittura che consentono la predisposizione di prodotti assai simili e talora financo più avanzati, dei testi a stampa.

Anche questo è un tema sul quale vale la pena di spendere qualche parola. Rimandando al prosieguo un accenno fra videoscrittura e grafica ed estetica della sentenza, credo opportuno rammentare quelle perplessità che sono state avanzate<sup>60</sup> sulla ambigua potenzialità dello strumento informatico nella composizione delle sentenze. Il problema, a mio avviso, concerne più la tecnica di redazione che il tema della lingua, anche se non è del tutto neutrale rispetto a questa. Il punto critico rappresentato dalla conformazione germinata dall'uso della videoscrittura porta con sé diversi vantaggi (un prodotto più facilmente leggibile, più immediato) ma anche molti rischi: dalla ripetitività, alla prolissità, alla tendenza a includere nella motivazione anche argomenti sovrabbondanti, e talora estranei al caso, al punto da generare dubbi, per non dire di quei casi, sempre più frequenti, in cui alla intestazione di certe sentenze, seguono motivazioni riferite ad altri procedimenti.

Queste notazioni critiche rendono necessaria una seria attività di vigilanza da parte dell'estensore e non devono condurlo a trascurare come la ripetitività decisoria possa facilmente abbassare la qualità del linguaggio perché sempre più stereotipato.

## 9. Gli stili grafici

Un tempo, assai meno remoto di quanto si possa immaginare, le sentenze penali venivano manoscritte<sup>61</sup> e quelle civili, invece, dattiloscritte

<sup>60</sup> P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 316; L.BREGGIA, *Tipologie di motivazione. La motivazione dei provvedimenti endoprocessuali e della sentenza contestuale: casi clinici e modelli di motivazione*, Relazione all'Incontro di studi del CSM sul tema: «La motivazione dei provvedimenti giudiziari» – Terza edizione (Roma, 27-29 settembre 2004).

<sup>61</sup> Dall'uso della lingua vista dal punto di vista della semantica, della grammatica e della sintassi, si passa alla lingua vista come calligrafia, tutt'altro che meno importante se, ancora di recente, Cass., 5 marzo 2004, in *Foro it.*, 2004, II, 539 stabiliva che «la sentenza deve essere redatta con segni grafici di univoca e agile interpretazione, ancorché non necessariamente con l'uso della dattilografia o della videoscrittura, non imposto da alcu-

dopo la redazione di minute manoscritte (salve le reciproche eccezioni).

La video-scrittura prima, e i programmi di scrittura appoggiati sui sistemi operativi informatici di seguito sviluppati nel tempo, hanno cambiato il costume degli atti giudiziari.

Oggi la grafica della sentenza si è completamente rinnovata<sup>62</sup>; dopo i primi approcci volti a segnalare l'enfasi del discorso (dal carattere corsivo, al grassetto, al sottolineato), si è passati sempre con maggiore frequenza all'uso delle note 'a piè di pagina'<sup>63</sup> e ora, anche se il fenomeno non è così diffuso, alla inserzione nel corpo della sentenza di brani di documenti o di fotografie mediante l'inserimento di *files* nei vari formati grafici; quest'uso che ai puristi della tecnica di redazione della sentenza, appare ancora stravagante potrebbe essere utilmente invocato, più che per le citazioni, proprio per le note esplicative al modo di un glossario, in funzione di rendere il prodotto accessibile a chiunque.

La grafica della sentenza, però, non deve essere fine a sé stessa e così come si assiste al narcisismo delle parole, non è inconsueto incrociare anche il narcisismo dello stile grafico, spesso così articolato da rendere il ragionamento più difficile da cogliere che in passato, quando unico era il carattere tipografico per tutta la sentenza.

In tale prospettiva mi pare che il gusto estetico vada apprezzato per quel tanto che serve a migliorare il prodotto, ma che si debba vigilare su una deriva della grafica che potrebbe nuocere alla comprensione del testo.

na norma di legge; l'impossibilità di intendere, per l'incomprensibilità del segno [nel caso di specie si riconosceva che la motivazione dell'impugnata sentenza era leggibile — a fatica e con rischio di errore — solo in taluni isolati grafemi, che non consentivano di cogliere né il senso compiuto delle frasi nelle quali erano inseriti né tantomeno le complessive sequenze dell'impianto giustificativo della decisione], l'iter argomentativo che ha condotto al comando concreto del giudice espresso nel dispositivo, equivale alla mancanza assoluta della motivazione, correlata alla violazione dell'art. 125, 3° comma, c.p.p. e sanzionata da nullità denunciabile ai sensi dell'art. 606, 1° comma, lett. e), c.p.p.».

<sup>62</sup> Ma già prima della rivoluzione informatica il tema della grafica era importante ed era rivestito dal ruolo della paragrafazione e della interpunzione, v. P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 279.

<sup>63</sup> Questa modalità potrebbe portare ad un alleggerimento del testo nella parte in cui spesso è collocata fra parentesi tutta la parte delle citazioni (normative o giurisprudenziali).

## 10. I giudici, la lingua e la formazione

Come ho cercato di dimostrare, le variabili sull'uso della lingua sono molteplici e dipendono dal grado di affinamento che il giudice ha maturato nel corso dei suoi studi. È evidente, peraltro, che il corso di studi seguito dal giudice si è sviluppato, in larghissima parte, su materie specialistiche e, dunque, con l'abitudine all'uso di particolari termini, formule, espressioni<sup>64</sup>. È chiaro, allora, che sono gli altri studi e le altre letture che dipendono dalla sola iniziativa del singolo giudice che possono contribuire a ridurre o elevare il grado di conformazione del suo linguaggio a quello comune ad una collettività più ampia della nicchia 'giudiziaria'. È inevitabile che la propensione alla lettura di testi non giuridici possa risultare una valida modalità per agevolare una scrittura meno tecnica, meno stereotipata e più vicina al 'sentire comune'<sup>65</sup>.

Il problema, se mai, è quello di immaginare cosa si possa intendere per 'sentire comune'<sup>66</sup> in campo linguistico perché se dovessimo pen-

<sup>64</sup> Per conformi valutazioni, v. P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 266.

<sup>65</sup> Si può, qui, riportare il palinsesto delle raccomandazioni di P.BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 28: «*Abituarsi a spezzare i periodi sovraestesi. Infatti, il periodo – per essere facilmente leggibile da tutti – non dovrebbe oltrepassare le 20- 25 parole; questa soglia è del tutto valicabile, ma, più lungo è il periodo, più alta deve essere l'abilità di redazione e più complesse e faticose saranno lettura e decodifica. – Evitare l'eccesso di subordinate, soprattutto implicite. Usare di più proposizioni esplicite con verbi di modo finito e limitare l'uso di proposizioni implicite con modi non finiti (participi presenti e passati, gerundi, infiniti). – Limitare il ricorso a incisi e parentetiche; – Quando si usa il passivo, controllare che il soggetto logico sia inequivoco o esplicitarlo. – Quando possibile, preferire la forma personale a quella impersonale. – Esplicitare i nessi logici 83 e cercare di ridurre il numero di inferenze 84 richieste al lettore. Mantenere i tecnicismi opportuni (eventualmente chiarendo i termini con glossa di definizione esplicita ogni volta che sia opportuno), eliminare al massimo pseudotecnismi, burocratismi, arcaismi, perifrasi ridondanti, latinismi superflui, selezioni lessicali non trasparenti o ambigue – Quando opportuno, controllare le «marche d'uso» delle parole nei vocabolari. – Ridurre l'eccesso di nominalizzazioni e cumuli nominali, di sostantivi astratti o indeterminati – Limitare l'uso di sigle, abbreviazioni, simboli e acronimi ai casi in cui siano correnti e funzionali: quando è possibile, giustapporre lo scioglimento almeno alla prima comparsa della forma ridotta. Abbandonare – a favore della chiarezza e della precisione – la regola scolastica della «varietà»: in tutte le lingue specialistiche termini tecnici e vocaboli o espressioni puntuali vengono normalmente ripetuti, in quanto i sinonimi non hanno esattamente lo stesso significato e non sono altrettanto precisi – Controllare l'interpunzione e l'organizzazione grafica»*

<sup>66</sup> Sulle dure conseguenze delle separatezze disciplinari e delle fratture incolmabili fra sapere specialistico e cultura comune, che segnerebbero [in modo irreparabile il nostro tempo], v. P. BELLUCCI, *A onor del vero*, cit., 71.

sare che il 'sentire comune' è il linguaggio che quotidianamente ci viene somministrato dalla televisione, dal *web* e da altre fonti di informazione, allora si potrebbe anche dubitare che non sia, invece, preferibile l'adozione di quei termini arcaici o di derivazione latina che al più fanno sorridere, ma che certo ripudiano la banalità e la approssimazione.

È noto come l'organo di autogoverno della magistratura da oltre tre lustri abbia speso molte energie per i corsi di formazione della magistratura. Solo sporadicamente in questi corsi vi è stata l'occasione di affrontare i temi linguistici e si tratta di un tema che deve essere ancora compiutamente esplorato, anche se si dovrebbe dubitare che i corsi di formazione dovessero essere dedicati all'uso della lingua nel componimento degli atti giudiziari. Mi pare che, se mai, maggiori risorse debbano essere impiegate per diffondere una cultura della semplificazione della motivazione, argomento che è solo contiguo a quello del linguaggio della motivazione. La semplificazione della motivazione si richiama a quella previsione normativa che vorrebbe la motivazione, sempre, «concosa», quando è noto che, viceversa, troppo spesso si ha occasione di leggere sentenze-trattati che, inevitabilmente, tradiscono poi un linguaggio specularmente non semplice; mi pare che dove troviamo una motivazione giuridicamente contorta è facile rinvenire anche un uso contorto della lingua<sup>67</sup>. Superare questi disagi linguistici non è per nulla semplice e ricette preconstituite non sembra esservene all'orizzonte.

Si può formulare un auspicio: in un periodo in cui si sente declamare che occorrerebbe effettuare controlli (*una tantum* o periodici?) sullo stato di salute psichica dei magistrati, mi piacerebbe che qualcuno ribattesse che sarebbe più importante verificare la capacità linguistica di base; se proprio si vuole 'testare' il giudice, meglio farlo sulla lingua che sulla psiche.

<sup>67</sup> A. MARIANI MARINI, *L'argomentazione dell'avvocato*, in U. VINCENTI, A. MARIANI MARINI, F. CAVALLA (a cura di), *Ragionare in giudizio. Gli argomenti dell'avvocato*, Torino, 2004, 99.

GIULIANA FIORENTINO

## Semplicità e chiarezza linguistica nei testi giuridici

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'enigma del comprendere. - 3. La complessità linguistica. - 3.1. La complessità linguistica come complessità cognitiva. - 3.2. Principi cognitivi e strutture linguistiche complesse. - 4. La complessità dei testi giuridici: come intervenire. - 4.1. Evitare l'oscurità non necessaria: il lessico. - 4.2. Evitare l'oscurità non necessaria: la sintassi. - 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione

È possibile aumentare il grado di semplicità e chiarezza nei testi giuridici?

Occorre innanzitutto considerare quali siano i fattori in campo. Prima di tutto quella che possiamo definire *l'ineliminabile complessità* della lingua, che dipende, tra l'altro, dalla polisemia delle parole, dalla ellitticità dei costrutti, dai diversi tipi di ambiguità tollerati dalle lingue, dall'uso metaforico, oltre che letterale, del linguaggio umano. Wittgenstein esprimeva questa idea di intricatezza e complessità delle lingue scrivendo che: 'Il linguaggio è un labirinto di strade. Vieni da una parte e ti sai orientare; giungi allo stesso punto da un'altra parte, e non ti raccapezzi più.' (WITTGENSTEIN 1967 [1953]: 203).

Un secondo fattore con cui occorre fare i conti è quella che possiamo definire *l'ignoranza inevitabile*. Sappiamo come la massima 'La legge non ammette ignoranza' sia una cattiva traduzione del brocardo latino. E sappiamo che già Eduardo De Filippo, nella commedia del 1960, *Il Sindaco Del Rione Sanità*, faceva dire appunto al protagonista, il sindaco, giocando sull'ambiguità della traduzione dal latino: "La legge non ammette ignoranza. E non è giusto. Perché, secondo me, allora, la legge non ammette i tre quarti della popolazione". Ma in questa interpretazione 'forzata' della massima latina si nasconde un concetto quanto mai attuale: nella sentenza 364/88 della Corte Costituzionale l'articolo 5 del Codice Rocco (in cui si riporta il brocardo latino in traduzione ambigua) è stato dichiarato parzialmente illegittimo per il fatto che non prevede

l'ignoranza inevitabile della legge penale. L'ignoranza inevitabile, dice la Corte Costituzionale, può dipendere da fattori soggettivi, come una carenza di competenze del cittadino per comprendere correttamente il testo normativo, vale a dire può dipendere dall'analfabetismo; oppure può dipendere da fattori oggettivi, che sono cioè nelle cose stesse, ad esempio il numero eccessivo di leggi e le successive modifiche, la loro difficile reperibilità (in Internet o nelle collezioni di riviste giuridiche).

Un terzo fattore che intendo poi considerare è quella che possiamo definire *l'inutile complessità* della lingua della comunicazione pubblica, amministrativa e giuridica. Nella foto 1 se ne vede un esempio che si commenta da solo:



La semplicità e la chiarezza sono in questa sede assunti come alcuni degli obiettivi prioritari per chi scrive testi per ragioni istituzionali (testi legislativi, normativi, giudiziari, amministrativi), considerando che i destinatari di questa comunicazione non sono sempre e unicamente gli specialisti.

Ma se l'efficacia comunicativa è uno degli obiettivi della comunicazione pubblica, e se dei fattori in gioco appena evocati quello dell'ignoranza non è fattore su cui possa agire il legislatore o l'amministratore, non resta che lavorare sulle due forme di complessità linguistica che ho indicato, quella 'intrinseca' e quella 'inutile', per cercare di aumentare la comprensibilità dei testi diminuendone la complessità.

Nel mio intervento analizzo il concetto di comprensione dei testi scritti (paragrafo 2). Poi focalizzo l'attenzione su uno solo dei fattori che influenzano la comprensione, quello della complessità sintattica o lessicale di un testo, e mostro come sia possibile attribuire a strutture linguistiche diverse un diverso livello di complessità (paragrafo 3). Infine osservo in che modo nei testi giuridici si manifesti la complessità linguistica (e dunque la difficoltà di comprensione) e suggerisco come si possano semplificare i testi giuridici (paragrafo 4).

## 2. *L'enigma del comprendere*

Che cosa vuol dire comprendere, ed in particolare comprendere un testo (scritto)?

Comprendere un testo significa interpretarlo. La comprensione è un processo cognitivo complesso che si può osservare solo in modo indiretto, come capacità di elaborare e (ri)usare le informazioni o concetti del testo stesso<sup>1</sup>.

Se in passato la comprensione di un testo era erroneamente ritenuta speculare alla produzione di un testo, oggi il modello deterministico della comprensione, un modello ancora sostanzialmente lineare, è considerato superato e nuovi modelli (chiamati spesso interattivi), teorizzati in ambiti diversi, hanno preso piede. Si tratta di modelli che si avvalgono degli apporti della linguistica testuale, della psicolinguistica, degli studi sull'intelligenza artificiale, sulla memoria, sulla rappresentazione dei significati, sui processi inferenziali di integrazione delle informazioni contenute in un testo.

Le componenti del processo di comprensione sono almeno due: una di tipo metacognitivo, ossia la capacità di riflettere sul processo di comprensione e di controllarlo (ad esempio esercitando il controllo delle inferenze, sapendo quali attivare e quando abbandonarle), e l'altra di tipo linguistico-cognitivo. Il *lettore che capisce* è in grado di muoversi sul testo come uno scalatore che si arrampica su una parete: esistono appigli di natura linguistica o testuale a cui aggrapparsi per procedere nella lettura, ed esistono ipotesi da avanzare e tentativi da fare, aspettative da sod-

<sup>1</sup> Per valutare la comprensione si ricorre, ad esempio, ad attività quali la sintesi e la parafrasi del testo dato.

disfare (la metafora dello scalatore è presa in prestito da Tullio De Mauro).

La comprensione di un testo, cioè la sua interpretazione, non è un atto meccanico e uguale per tutti, ma 'un processo costruttivo, in cui le informazioni date dalla frase e quelle presenti nella mente di chi legge o ascolta vengono integrate,' (COLOMBO 1998: 192).

La comprensione non é puramente lineare e non avviene solo rispetto all'enunciato che si ha di fronte, ma attiva conoscenze e valutazioni che non sono nel testo bensì nella mente e nell'esperienza precedente del lettore.

Il processo di comprensione di un testo dunque è un processo multi-componenziale (LORENZI 2002: 134) che si basa su varie competenze, qui di seguito elencate:

- cogliere il significato complessivo del testo attraverso l'analisi linguistica (analisi sintattica e semantico-lessicale<sup>2</sup>; vedi oltre);
- fare inferenze, cioè operare collegamenti non espressi esplicitamente tra fatti, idee, eventi, entità nel testo ed integrare l'interpretazione con le conoscenze pregresse;
- cogliere le informazioni principali di un testo;
- cogliere la struttura del testo.

Per capire quanto notevole sia il lavoro di compiere inferenze, prendiamo come esempio un testo semplice, fatto di appena due frasi, come il testo proposto in (1):

- (1) Rosa ha raccolto tutta la mattina mirtilli. Le piacciono le crostate ai frutti di bosco.

<sup>2</sup> Negli studi psicolinguistici che si affidano alla misura dell'attività elettrica cerebrale concomitante col verificarsi di determinati eventi, e che prende il nome di *analisi dei potenziali evocati*, si è dimostrato con una certa sistematicità che l'impatto con una parola semanticamente anomala dà luogo a un potenziale negativo che emerge dopo circa 400 ms dall' 'impatto'. Il potenziale, chiamato N400, è considerato ormai prova sicura di anomalia semantica o di difficile integrazione semantica essendo stato registrato innumerevoli volte (DE VINCENZI 2006: 231). I lavori basati sui potenziali evocati hanno anche mostrato effetti dovuti a fenomeni sintattici critici. Le aree cerebrali interessate in questo secondo caso, però, sarebbero diverse da quelle interessate dai problemi semantico-pragmatici. Tutto questo andrebbe a sostegno di una visione modulare del funzionamento della mente (DE VINCENZI 2006: 231).

Vediamo che anche in un testo così semplice l'interpretazione si appoggia su almeno tre inferenze: i mirtilli sono frutti di bosco (inferenza logica dal membro alla classe), i frutti di bosco si usano per fare crostate, Rosa raccoglie mirtilli perché vuole fare una crostata. Un tipo di inferenza molto comune è quella denominata *inferenza ponte*. Essa interviene nella interpretazione delle catene di referenza per assegnare l'interpretazione appropriata a un referente in un testo. È chiaro che se l'interpretazione avviene mediante ricorso a inferenze essa risulta più lunga e complessa, mentre nel caso in cui l'interpretazione venga raggiunta costruendo una normale catena di referenza essa risulta più breve e meno complessa.

Prendiamo l'esempio del nome determinato *la birra* della frase in (3). La comprensione e interpretazione di questo referente è migliore dopo la frase (2)b piuttosto che dopo la frase (2)a:

- (2) a. Maria ha preso le provviste per il picnic / b. Maria ha preso della birra.  
(3) La birra era calda.

La frase (3) è meglio compresa se collocata dopo la frase (2)b che non dopo (2)a perché nel caso di (2)b la coesione tra le due frasi è ottenuta referenzialmente, cioè per catena di referenza, invece in (2)a la coesione tra le due frasi viene colmata applicando una inferenza ponte (tra le provviste che si preparano per un picnic è possibile che ci sia anche la birra).

Ci sono inferenze *logiche* (esempio inferire da un esemplare la categoria) ed inferenze *pragmatiche*, che scaturiscono da uno *script* o scenario o *frame*<sup>3</sup> o da associazioni e che sono anche dette *inferenze elaborative*. Se ne veda un esempio in (4):

- (4) Marcello battendo su un chiodo si è pestato un dito

<sup>3</sup> 'Uno *script*, nel modo in cui noi lo usiamo, è una struttura che descrive un'appropriate successione di eventi in un contesto particolare. Uno *script* è costituito da caselle e da requisiti su quanto può riempire queste caselle. La struttura è un tutto interconnesso ... Gli *script* trattano situazioni quotidiane stereotipate. Essi non sono soggetti a grandi cambiamenti, né forniscono l'apparato necessario a trattare situazioni nuove, come invece fanno i piani' (SCHANK & ABELSON 1991 [1977]: 5). In questa sede non approfondisco le differenze tra nozioni quali *script*, *frame*, schema, piano, ecc. Basti sapere che tali nozioni sono state negli ultimi 30-40 anni il punto focale della ricerca delle scienze cognitive.

Nella interpretazione di (4) tutti i lettori applicano l'inferenza che Marcello si è pestato un dito con un martello, benché lo strumento non sia stato evocato. Questo perché lo scenario di 'battere sui chiodi' attiva l'idea che si usi un martello.

Prendiamo adesso in esame un testo giuridico e vediamo come funzionano e vengono attivate le inferenze in un testo di questo tipo. L'esempio che propongo in (5) è tratto da una sentenza (che è poi stata meglio analizzata nel contributo di Ilenia Perna, in questo volume). Si tratta della parte della sentenza in cui il giudice estensore descrive l'evento per il quale si fa causa. Nel nostro caso si tratta di un incidente stradale. Ovviamente lo *script* che si attiva nella mente di chi legge è piuttosto prevedibile, perché l'esperienza di un incidente automobilistico è abbastanza comune. Questo facilita la comprensione del testo, perché il lettore può appoggiarsi a conoscenze pregresse.

- (5) All'esito dell'istruzione dibattimentale, si ritiene che *il sinistro* per cui è processo si sia verificato a seguito di un *concorso di colpa* sia del *conducente attore*, Molina Luigi, che del *convenuto* Tanzariello Raffaele. In tal senso assume valore probatorio il rapporto di *incidente stradale* della polizia municipale di Palermo, intervenuta sul luogo del *sinistro*, la quale, descrivendo la *vicenda infortunistica*, rilevava che *l'attore*, pervenuto all'intersezione con la via Marchese di Villabianca, ometteva di rispettare le prescrizioni imposte dalla segnaletica di stop presente sulla direzione di marcia (via Mario Rutelli) e che da tale omissione scaturiva la *collisione* con l'autovettura tg. BF 884 WG che percorreva la corsia riservata ai mezzi pubblici di via Marchese di Villabianca con direzione di marcia da via Duca della Verdura verso via Marchese di Roccaforte.

Nel test di comprensione di questo testo i risultati ottenuti dal campione di persone a cui esso è stato somministrato sono stati migliori rispetto ad altri testi, molto probabilmente proprio per la conoscenza e familiarità del campione con lo *script*. Le inferenze che i lettori hanno dovuto applicare riguardano, ad esempio, il riconoscimento della sinonimia tra *sinistro*, *incidente stradale* e *vicenda infortunistica*. Per capire inoltre chi vince la cau-

sa occorre interpretare correttamente l'espressione *concorso di colpa* posta a inizio testo. Da questa espressione, che indica la pari responsabilità dei due automobilisti nell'incidente, i lettori applicando un'inferenza devono ricavare la risposta relativa all'esito del processo: il tribunale non ha dato ragione a una sola delle parti, perché ha attribuito la colpa a entrambe (per maggiori dettagli sull'analisi di questo testo si veda Perna, in questo volume).

Se dunque il processo di comprensione passa attraverso la collaborazione del lettore e l'attivazione di *script* o schemi, attività dalle quali può derivare la maggiore o minore capacità di fare inferenze in modo corretto, se ne deduce che i lettori non sono tutti uguali, e che esistono buoni e cattivi lettori, cioè lettori che raggiungono o non raggiungono lo scopo. Dice la Lorenzi che "il buon lettore, in sostanza, gioca col testo una partita ad armi pari" (LORENZI 2002: 136), attiva delle aspettative sul testo. Inoltre osserva come "I lettori inesperti, in difficoltà nel seguire nel testo la struttura della frase e del periodo, possiedono una competenza sintattica inferiore a quella posseduta da lettori che inesperti non sono; manifestano problemi nell'attivazione di processi previsionali e inferenziali; nel ricavare significati di parole tenendo conto di testo e contesto; nell'utilizzare conoscenze possedute o contestuali per capire il non detto" (Lorenzi 2002: 136). Il lettore inesperto cioè manca di flessibilità e mobilità (cognitiva) tra la propria enciclopedia e il testo, o tra parti del testo.

Prima di abbandonare questo primo punto del mio ragionamento vorrei spendere qualche parola su un aspetto importante del problema, aspetto che la citazione di Eduardo de Filippo già evocava: quanti lettori possono definirsi buoni, esperti e quanti in Italia ricadono nella categoria dei lettori inesperti?

Per i ragazzi tra i 9 e i 14 anni che frequentano la scuola esistono i risultati dell'indagine IEA-SAL (in LUCISANO 1994) sui livelli di alfabetizzazione e lettura, promossa dalla IEA (International Association for the Evaluation of the Educational Achievement, cioè l'Associazione Internazionale per la Valutazione del Profitto Scolastico). I risultati medi per l'Italia sono superiori alla media internazionale, però visti analiticamente mostrano che un 35% di studenti si colloca a dei livelli definiti a *rischio alfabetico*.

Il rischio alfabetico non è però in Italia solo esclusivo dei ragazzi. Indagini analoghe sulla competenza alfabetica della popolazione italiana tra i 16 e i 65 anni (fonte CEDE, in GALLINA 2000) rivelano che i due

terzi della popolazione sono a rischio alfabetico (divisi in tre sottogruppi: analfabeti, semianalfabeti, persone con limitato possesso di competenze). Solo un terzo ha il pieno controllo della scrittura (il test misurava la capacità di leggere testi in prosa, grafici e calcoli). La maggior parte degli analfabeti è costituita dalle persone più anziane del campione, e vive perlopiù al sud e sulle isole. In una certa misura risultano 'analfabeti' anche persone in possesso di un titolo di laurea o di un diploma superiore.

Questi pochi dati, anche piuttosto schematici e sconfortanti, ci servono per capire che il problema della comprensione e della organizzazione della comunicazione tra istituzioni e cittadini è un tema molto ampio e che non comincia quando il cittadino maggiorenne entra in contatto attivo con le istituzioni, ma coinvolge anche altre istituzioni, come la scuola e le agenzie formative in genere, che dovrebbero preparare il futuro cittadino e formarne le competenze. Se però non spetta a chi scrive testi giuridici, legislativi, normativi, istituzionali cercare di incidere sulle competenze e l'enciclopedia del cattivo lettore o del lettore analfabeta, è opportuno che sia chiaro a questo scrivente quale tipo di destinatario può nascondersi nella massa di individui che abbiamo genericamente chiamato 'cittadini'.

### **3. La complessità linguistica**

Una volta inquadrata la questione della comprensione di testi come processo cognitivo multicomponentiale e dopo aver accennato allo scenario preoccupante di una Italia a diffuso rischio alfabetico, restringerò ora il mio punto di vista su un aspetto più tecnico e, in un certo senso più controllabile da parte di chi scrive testi per ragioni istituzionali, e cioè affronterò la questione della complessità linguistica.

La discussione sulla nozione di complessità linguistica è ben radicata nella storia del pensiero linguistico a partire dagli inizi del XIX secolo.

Se ne discute all'interno della riflessione linguistica dell'idealismo tedesco individuando una correlazione tra complessità linguistica e complessità del pensiero. È questa l'epoca in cui si viene creando, a seguito della comparazione tra sistemi linguistici e per effetto del diffuso eurocentrismo, il riconoscimento alle lingue Indeeuropee di una sorta di primato della complessità rispetto ad altre lingue. Si fa strada l'idea che ci siano lingue più complesse di altre e dunque in qualche modo migliori

di altre, più adatte ad esprimere il pensiero complesso (von Humboldt considera le lingue flessive come migliori di quelle agglutinanti o isolanti<sup>4</sup>). Insomma si fissa l'idea che *complesso* equivalga a *migliore, superiore, adatto ad esprimere concetti superiori* e che le lingue si possano collocare su una scala di complessità (graduabile). Vedremo che questa associazione tra 'linguisticamente' complesso e 'concettualmente' complesso, in buona parte, continua a sostanziare l'idea 'ingenua' che molti parlanti hanno delle differenze tra sistemi linguistici. Spesso questa idea viene proiettata nella valutazione di lingue dotate di diverso prestigio: ad esempio in Italia un parlante comune, invitato ad esprimersi sulle differenze tra lingua nazionale e dialetto spesso sosterrà che il dialetto è più semplice, non ha grammatica, non può esprimere concetti complessi.

Ma nello stesso XIX secolo emergeva anche la posizione opposta, e cioè l'idea che la semplicità fosse il polo 'positivo' della coppia semplice - complesso, collegando in questo caso la nozione di semplicità a quella di migliore efficienza comunicativa (e collegandola altresì alla nozione di culture semplici, primitive). Con questa idea, ad esempio, si cerca di costruire, tra il XIX e il XX secolo, le lingue 'internazionali' come il Volapük o l'esperanto (cfr. ECO 1993: 341-362).

Lasciando da parte la storia della nozione di complessità nel pensiero linguistico, passiamo a considerare un altro aspetto, molto più centrale per la nostra analisi.

I linguisti hanno analizzato la complessità linguistica in almeno due modi: come complessità **nel sistema** e come complessità **per l'utente**. Nel primo caso si è trattato soprattutto di comparare sistemi linguistici e strutture linguistiche misurando e quantificando la diversa complessità sulla base di criteri interni alle lingue (esempio: numero di regole per produrre un certo *output*, eccezioni alle regole, numero di unità di un certo livello linguistico, mancanza di trasparenza nella relazione forma - significato). Nel secondo caso, e cioè nel parlare di complessità per l'utente, si intende la presa in carico delle basi biologiche del linguaggio

<sup>4</sup> La classificazione di von Humboldt si basa su criteri morfologici e cioè sul numero di morfemi per parola. Una lingua isolante ha un rapporto 1:1 tra morfemi e parola, cioè ogni parola coincide con un solo morfema. Nelle lingue agglutinanti e in quelle flessive il rapporto è maggiore di uno, cioè ogni parola contiene almeno due morfemi, ben separati, nel caso delle lingue agglutinanti, fusi e sincretici, nel caso delle lingue flessive.

e delle restrizioni cognitive che l'utente impone alla forma delle lingue. Sia la complessità interna al sistema che la complessità per l'utente sono considerate nozioni non assolute, ma relative.

Ai fini del mio ragionamento risulta particolarmente utile fare riferimento alla nozione di complessità **per l'utente**, nozione che si basa su *dati psicolinguistici*, e cioè su un approccio che tiene conto del modo in cui il linguaggio viene *processato*, cioè analizzato, dal cervello, sia nella produzione sia nella ricezione. In un approccio di questo tipo si definisce come *complesso o più complesso* ciò che richiede più tempo per essere compreso, più passaggi nel processamento, un carico maggiore per la memoria di lavoro, un compito cognitivo più impegnativo. Complesso equivale cioè a più difficile da comprendere<sup>5</sup>.

### 3.1. La complessità linguistica come complessità cognitiva

Ma qual è la base su cui si appoggia una simile idea di complessità linguistica, cioè la complessità linguistica intesa come complessità cognitiva?

La *comprensione linguistica* è il processo in base a cui un ricevente costruisce rappresentazioni mentali interne per i significati delle frasi che incontra. Per far ciò il ricevente utilizza varie competenze:

- conoscenza delle strutture linguistiche<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Questo modo di concepire la complessità è anche utile per fare predizioni. FERGUSON (1982), che evoca Jakobson, ad esempio predice che tra due fatti linguistici messi a confronto, il più semplice corrisponde anche al più diffuso nelle lingue naturali, a quello acquisito prima durante l'acquisizione del linguaggio e a quello che si perde per ultimo nelle patologie del linguaggio. L'ipotesi dunque è che nei codici semplificati i) è possibile cogliere degli universali linguistici in qualche modo 'primitivi' sia in senso ontogenetico che filogenetico; ii) è possibile mettere in relazione con lo strumento descrittivo delle scale implicazionali la presenza di alcuni tratti linguistici con altri tratti, stabilendo una gerarchia di strutture più semplici di altre.

<sup>6</sup> Secondo il modello dell'elaboratore linguistico proposto da FORSTER (1979) l'elaboratore linguistico si divide in tre sistemi di elaborazione che sono: elaboratore lessicale, elaboratore sintattico ed elaboratore del messaggio, i quali lavorano in modo seriale (in sequenza, ma separati). Il primo collega le parole al lessico mentale, il secondo identifica le unità strutturali, il terzo identifica i referenti delle locuzioni mettendo in relazione i significati linguistici col mondo extralinguistico. Inoltre l'elaboratore del messaggio risolve le ambiguità (lessicali o sintattiche), compie inferenze obbligatorie a partire dal significato elaborato (es. *X uccidere Y*, implica *Y morto*). Le informazioni poi passano a un sistema centrale (chiamato da Forster General Problem Solver) che prende decisioni sulla base anche delle conoscenze del mondo e delle esperienze personali.

- conoscenza del genere testuale cui appartiene il testo e delle sue regole o struttura
- riferimento al cotesto e contesto linguistico
- giudizi su intenzioni e motivazioni dell'interlocutore
- conoscenze pragmatiche (tra cui comprensione delle regole di conversazione, interazione e discorso)
- conoscenze del mondo (enciclopedia), esperienze personali.

Nel quadro psicolinguistico che stiamo utilizzando il cervello umano che analizza il discorso è paragonato a un analizzatore (*parser*). L'apporto di informazioni che il *parser* ricava da tutte le fonti possibili può variare fortemente a seconda delle situazioni. Il *parser* cerca di costruirsi una rappresentazione mentale di ciò che l'interlocutore realizza, che sia il più possibile vicina alle intenzioni dell'interlocutore (per assicurare il successo della comunicazione) e lo fa costruendo ipotesi e anticipazioni e cercando di costruire nel modo più efficiente possibile il messaggio inteso dall'interlocutore.

Alla conclusione del processo di comprensione il *parser* avrà analizzato sintatticamente e semanticamente una sequenza di parole e avrà costruito una rappresentazione (strutturata) del suo significato.

Per il processamento di una frase, cioè per realizzare le analisi sintattica e semantica il *parser* consuma risorse computazionali (GIBSON 1998)<sup>7</sup>, cioè risorse cognitive. Durante la comprensione di una frase le risorse cognitive servono anche a mantenere attive nella memoria a breve termine (o memoria di lavoro)<sup>8</sup> in tutto il periodo di processamento della frase, le strutture sintattiche e concettuali che inizialmente non sono ancora integrate (le informazioni restano in *stand by*). I limiti della memoria

<sup>7</sup> Il modello psicolinguistico, ispirato alla grammatica generativa, detto anche modello del *parsing*, è soprattutto un modello sintattico, cioè un modello di come l'uomo (paragonato a una macchina computazionale) costruisce la rappresentazione sintattica degli enunciati che ascolta.

<sup>8</sup> La memoria a breve termine è stata successivamente intesa come *memoria di lavoro*, cioè 'un sistema gerarchico deputato al mantenimento e all'elaborazione temporanea dell'informazione durante l'esecuzione di differenti compiti cognitivi' (BRANDIMONTE 1998: 113). L'idea che esistano due memorie risale al 1890, quando William James 'distingueva tra una memoria *primaria*, transitoria e fragile, che consisteva dei contenuti della coscienza, e una memoria *secondaria*, permanente, che conteneva informazioni che non erano presenti alla coscienza, ma che potevano essere riattivate all'occorrenza' (BRANDIMONTE 1998: 107).

a breve termine furono studiati da George MILLER (1956). Miller dimostrò che il numero di elementi che mediamente un adulto è in grado di mantenere nella memoria di lavoro equivale al 'magico numero 7 più o meno due' (cioè è un numero compreso tra 5 e 9)<sup>9</sup>.

Gli psicolinguisti, inizialmente partiti da un approccio fortemente sintatticista alla comprensione, hanno ridotto via via l'enfasi sulla centralità della grammatica e si sono concentrati sull'importanza delle *strutture concettuali*, della *memoria* e dell' *apprendimento*, cioè sui processi psicologici che vengono messi in atto nella facoltà del linguaggio (per una sintesi dei problemi si veda il capitolo introduttivo in PRIDEAUX & BAKER 1986).

Per la parte esclusivamente linguistica del processo di comprensione (vale a dire il primo punto) è stato mostrato in diversi studi che qualunque struttura ritardi, rallenti, o lasci in sospeso troppo materiale linguistico peggiora la performance cognitiva del *parser* perché occupa più spazio della memoria di lavoro. Al contrario le strutture in cui c'è adiacenza tra parti che devono integrarsi, o strutture che evitano incassamenti e interruzioni della linearità, che rispecchiano un ordine naturale (o iconico) degli elementi sono più facili e rapide da processare perché utilizzano meno memoria di lavoro e soprattutto la liberano velocemente onde consentire il reimpiego nel processamento di un blocco linguistico successivo<sup>10</sup>.

### 3.2. *Principi cognitivi e strutture linguistiche complesse*

Dagli studi psicolinguistici ricaviamo dunque l'indicazione che le strutture linguistiche e l'ordine di collocazione degli elementi linguistici sono dotati di diverso grado di complessità e questo livello si misura in base al grado di affaticamento della memoria di lavoro. Ad esempio CLARK & CLARK (1968, 1977) hanno dimostrato che le frasi in cui la subordinata

<sup>9</sup> Per elementi qui si intendono i *chunk* e non gli *item*. Il *chunk* in psicologia cognitiva è un'unità più ampia della singola parola, corrisponde a un'unità di respiro, spesso a un sintagma, con un'unità lessicale al centro circondata da una o più unità funzionali.

<sup>10</sup> La valutazione dell'importanza della 'quantità' nel lavoro della memoria risale, a MILLER (1956). Se la memoria di lavoro è occupata in un compito non può svolgerne un altro in modo concomitante, deve prima liberarsi elaborando le informazioni e trasferendole alla memoria a lungo termine ('when a phrase is closed, it is pushed down to syntactic or semantic processing and cleared from short term memory. Thus once a parse is completed, go on to the next unit' Kimball). I principi che abbiamo appena evocato possono essere definiti principi di minimalità, cioè principi ispirati al fatto di costruire la struttura meno complessa e che richiede meno ricerca all'indietro per essere interpretata.

precede la principale sarebbero più difficili da processare e memorizzare. Analogamente, per l'inglese, BLUMENTHAL (1967) ha provato che c'è difficoltà a ricordare frasi con relative incassate al centro e senza pronomi relativo espresso (l'omissione del pronome relativo riguarda, ovviamente, la lingua inglese e non quella italiana). Slobin, ha lavorato sul principio di *avoid interrupting or rearranging units* proposto da Bever (1970), in base al quale si suggerisce di evitare strutture interrotte, o che deviano dal normale ordine delle parole. Slobin (SLOBIN & BEVER 1982) ha invece spiegato la difficoltà col passivo rispetto all'attivo, cioè con costrutti in cui il primo Sintagma Nominale non è l'attore, sulla base del principio della prototipicità di alcuni tipi di frase. La struttura attiva che vede il soggetto coincidere con l'agente e con il tema è più frequente e prototipica rispetto ad una struttura che porti in posizione iniziale, tematica, un paziente.

Altri tratti che implicano un diverso grado di complessità sono elencati a seguire, divisi per livello di analisi linguistica (adattati da BERRUTO 1990). Il primo elemento è meno complesso dei successivi:

**Semantica e lessico:**

- riferimento al parlante (*io*) < all'interlocutore (*tu*) < a terzi (*lui, lei, loro*)
- espressione analitica perifrastica < entrata lessicale indipendente
- significato concreto < significato astratto
- monosemia < polisemia
- lessico comune < lessico specialistico
- termine generale < termine specifico

**Sintassi:**

- paratassi < sintassi lineare < sintassi a incastro (paratassi < ipotassi)
- ordine dei costituenti fisso < ordine dei costituenti variabile
- coincidenza di soggetto, agente, tema, dato < non coincidenza degli stessi
- contiguità sintagmatica di elementi semanticamente o sintatticamente legati < distanziamento (costituenti continui < costituenti discontinui)

- costruzione attiva < costruzione passiva (passivo senza agente espresso < passivo con agente)
- predicati monovalenti < predicati plurivalenti
- rimando anaforico < rimando cataforico
- rimandi deittici < rimandi anaforici
- nominale pieno < pronomi di terza persona

### **Controlli e suggerimenti per semplificare**

- Contenere la lunghezza delle frasi
- Limitare la subordinazione
- Limitare i modi impliciti
- Limitare gli incisi
- Preferire le frasi affermative
- Preferire le frasi attive
- Preferire l'espressione personale (a quella impersonale)
- Esprimere il soggetto
- Preferire i modi e tempi verbali di uso più comune
- Preferire le preposizioni e congiunzioni semplici
- Evitare troppe nominalizzazioni
- Preferire le parole comuni a tecnicismi (*obliterare* > *timbrare*)
- Sciogliere le sigle
- Evitare gli stereotipi (*in ottemperanza all'art.* > *come previsto dall'art.*)
- Usare parole comuni (*erogare* > *versare*), concrete (*liquidità* > *denaro liquido*) e dirette (*trapasso* > *morte*, *decesso* > *morte*)

Informazioni su quali siano le strutture complesse da evitare arrivano anche da vari studi sul linguaggio amministrativo. Ad esempio CORTELAZZO / PELLEGRINO (2002) propongono una lista di 30 regole per la semplificazione del linguaggio amministrativo. Le regole fanno riferimento a 5 macro-aree. Quelle che interessano a noi sono la quarta, sulla sintassi (regole 12-23) e la quinta, relativa alle scelte lessicali (regole 24-29).

Le regole sintattiche proposte dai due studiosi sono propriamente 'regole di semplificazione', formulate sotto forma di suggerimenti per la riscrittura. Esse possono essere spiegate sulla base dei principi cognitivi che abbiamo discusso nei paragrafi precedenti. La semplificazione da un lato consiste banalmente nel diminuire le quantità di materiale linguistico da analizzare di volta in volta, per non sovraccaricare la memoria

di lavoro dell'utente (vedi regole sulle frasi troppo lunghe o troppo dense, che concentrano troppe informazioni in una stessa unità frasale). Dall'altro può essere ottenuta grazie a precise scelte dell'ordine delle parole nella frase o delle frasi nel periodo. L'ordine più semplice è quello che risulta lineare, che non mette in *stand by* la memoria di lavoro (ad esempio con incisi troppo lunghi) e che risulta naturale, cioè iconico, rispetto ai contenuti riferiti. La scelta di unità frasali non eccessivamente lunghe si rispecchia anche nella regola che suggerisce di evitare una struttura troppo gerarchizzata della frase (limitare la subordinazione) soprattutto quando, come nelle subordinate implicite, ci sono fenomeni di cancellazione o di polisemia (esempio nel gerundio) che possono affaticare il processing del testo. Sempre di tipo sintattico, ma con motivazioni di natura semantica e di rilevanza informativa, sono le regole che invitano a preferire frasi di polarità positiva (regola 17), di diatesi attiva (regola 18) e con esplicitazione del soggetto (regola 21) o con costrutti personali piuttosto che impersonali (regola 19). In questo caso le motivazioni rimandano a principi di naturalezza più volte discussi dai linguisti (ad esempio Givón 1990) e che fanno riferimento anche a tendenze statisticamente preferite dalle lingue. Ad esempio la preferenza per una concomitanza di agente, soggetto e tema (tipica delle frasi transitive attive) spiega come mai queste siano più frequenti di quelle passive, dove invece si registra la concomitanza di paziente, tema e soggetto (e spesso l'assenza dell'agente).

Altre regole che ho già discusso in precedenti studi sull'ordine preferito delle frasi subordinate rispetto a quelle principali (FIORENTINO 2007, 2008), possono essere formulate come segue:

- (6) Colloca la frase principale prima di quella subordinata a meno che ragioni di ordine pragmatico o semantico non suggeriscano il contrario.

Eccezioni a questa regola:

- (7) Enuncia una serie di eventi in successione temporale seguendo l'ordine iconico (cioè in sequenza cronologica),
- (8) Enuncia le cause e le condizioni prima delle conseguenze (*poiché piove, allora non esco; se non studi verai bocciato*)

Le 'regole' potrebbero anche spingersi oltre includendo il fattore della pesantezza dei sintagmi, ricordando cioè non solo di non appesantire le frasi, ma anche di ridurre la lunghezza dei sintagmi evitando aggettivazione ridondante o le perifrasi, a vantaggio di espressioni monorematiche:

- (9) Riduci la lunghezza dei sintagmi evitando inutili aggettivazioni, preferisci verbi semplici a perifrasi verbali (*dare comunicazione > comunicare*)
- (10) Mantieni uniti i sintagmi rispetto alla testa che stabilisce la dipendenza senza interromperli. Nel caso ce ne sia più d'uno, ordinali per crescente pesantezza

Un'applicazione di (10) è data dalla collocazione dei sintagmi che stanno nella valenza verbale, che sono argomenti obbligatori richiesti dalla semantica del verbo, i quali vanno collocati immediatamente dopo il verbo e prima degli argomenti facoltativi, detti circostanziali. A tal proposito gli esempi (11)-(12) mostrano la preferenza dell'ordine argomento (oggetto diretto, OD) + circostanziale (obliquo, OBL) (11) piuttosto che l'ordine inverso (12):

- (11) Io [mangio [la carne] OD [con il coltello e la forchetta] Ob] SV (**più accettabile**)
- (12) Io [mangio [col coltello e la forchetta] OBL la carne] OD] SV (**meno accettabile**)

Mentre gli esempi (13)-(14) illustrano come nel caso di un verbo a tre argomenti obbligatori, cioè trivalente, la diversa pesantezza dei due sintagmi Oggetto Diretto e Oggetto Indiretto faccia preferire l'ordine OI + OD (14) invece del più comune OD + OI (13)

- (13) Giovanni [ha dato [una mela rossa bella matura appena colta dall'albero]OD [a Mario] OI] SV (**meno accettabile**)
- (14) Giovanni [ha dato [a Mario] OI][una mela rossa bella matura appena colta dall'albero]OD] SV (**più accettabile**)

#### 4. La complessità dei testi giuridici: come intervenire

A questo punto del nostro ragionamento proviamo a considerare i punti di particolare complessità dei testi giuridici.

Già ad una prima lettura delle liste di tratti e strutture linguistiche più o meno complessi che abbiamo discusso nei paragrafi precedenti appare evidente che la lingua dei testi giuridici è inevitabilmente destinata ad essere una lingua complessa. Sicuramente questo è vero per le scelte lessicali: una buona parte dei termini usati nei testi giuridici, infatti, non può essere sostituita con sinonimi.

Esistono però sicuramente altri fatti (che costituisce quell'inutile oscurità a cui accennavo anche nell'introduzione), che invece è superflua e che può essere eliminata oppure ridotta ad un uso più sporadico, in modo da ridurre almeno il carico cognitivo del lettore.

Alcuni di questi aspetti che appesantiscono e complicano inutilmente la comunicazione giuridica sono forse un inutile tributo a quell'idea ottocentesca secondo cui la lingua complessa esprime concetti complessi, per cui si pensa che usando una lingua più complessa si dicono cose più complesse, più importanti.

##### 4.1. Evitare l'oscurità non necessaria: il lessico<sup>11</sup>

Vediamo allora in termini 'linguistici' quali sono i fenomeni che chi scrive testi giuridici deve tenere sotto controllo e limitare nell'uso.

Nel lessico, occorre evitare espressioni desuete e modi di dire formulaici (fossili burocratici), citazioni latine. Si veda qualche esempio anche molto recente di parole desuete:

- (15) *caducare* 'annullare una legge', *ablativo* 'che toglie': caducazione di un provvedimento ablativo per motivi formali (Cassazione, 2000)
- (16) *nella specie, nel caso di specie, commissione di un reato, ultroneità delle disposizione, in denegata ipotesi, sito* 'situato', *dedotto in contratto* 'venduto',

<sup>11</sup> La maggior parte degli esempi e dei fatti linguistici che discuto in questo e nel successivo paragrafo sono ripresi da MORTARA GARAVELLI (2001) che ha condotto uno studio sistematico su ampi corpora testuali di lingua giuridica e a cui rimando per una lettura più approfondita e completa.

A proposito delle espressioni latine MORTARA GARAVELLI (2001: 186) osserva come solo nei primi 6 articoli dello Schema di decreto legge recante Disposizioni urgenti in materia di istituzione del Giudice unico di primo grado ci siano moltissime espressioni latine. Eccone una parte:

- (17) *in primis, lato sensu, spatium deliberandi, in subiecta materia, ab origine, nominatim, in limine, ex novo, medio tempore, Ergo in toto, medio tempore, mutatis mutandis*

Evitare termini astratti, tra cui le nominalizzazioni. Nei testi che sto considerando l'abbondanza di astrazioni dipende dal valore impersonale della scrittura amministrativa e legislativa, dalla ricerca di densità espressiva, e dalla ricerca di uno stile volutamente formale.

Tra i lessemi astratti trovano largo uso le nominalizzazioni, ossia nomi derivati da verbi (*deporre* > *deposizione*) o da aggettivi (*giusto* > *giustizia*). Nel caso dei nomi deverbali essi rappresentano il processo in sé, l'attività espressa dal verbo in quanto fatto, prodotto: *interrogazione* 'l'atto di interrogare', *dimostrazione* 'l'atto di dimostrare', *elezione* 'l'atto di eleggere', *scivolamento* 'l'atto di scivolare', *sospensione* 'l'atto di sospendere'.

Le nominalizzazioni prevalgono nei testi dottrinali più che nei codici e risultano di particolare difficoltà quando sono accompagnate dagli 'argomenti', ossia dai complementi che saturano il valore verbale dei nomi: *l'interrogazione degli imputati da parte del pubblico ministero* equivale al verbo *interrogare* seguito dall'oggetto e dal soggetto: *il pubblico ministero ha interrogato gli imputati*. La nominalizzazione regge cioè argomenti come il verbo da cui deriva, formando così una clausola ridotta molto densa informativamente:

- (18) *la dimostrazione del teorema da parte del matematico è durata alcune ore (= il matematico / ha dimostrato / il teorema / per alcune ore)*
- (19) *modificando così la data di acquisto di efficacia, tra l'altro, **delle previsioni contenute nell'articolo** (= data in cui **le previsioni contenute nell'articolo acquisiscono efficacia**)*

L'uso degli astratti determina ulteriore pesantezza se si combina con l'uso della negazione. Si veda in (20) un esempio particolarmente complesso per la sequenza di negazione e nominalizzazione negativa:

- (20) L'art. 5 c.p., nella parte in cui *non* esclude dalla *inescusabilità* dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile, è costituzionalmente illegittimo

Infine la complessità aumenta di molto quando le nominalizzazioni sono in serie, come negli esempi (21) e (22):

- (21) Le norme impugnate escludono ogni rilievo *della carenza / di coscienza / dell'antigiuridicità / della condotta*
- (22) Ai fini dell'operatività del principio di obbligatorietà della legge

#### 4.2. Evitare l'oscurità non necessaria: la sintassi<sup>12</sup>

I miglioramenti che si possono applicare a livello di sintassi riguardano gli ordini marcati (soggetto postverbale, aggettivo prenominale, avverbiali strumentali), l'uso dei modi impliciti (infinito, participio, gerundio), e alcune anomalie rispetto alla lingua comune (ad esempio l'uso dell'imperfetto narrativo).

Gli ordini marcati e insoliti possono comportare, come si evince dalle considerazioni sulla complessità linguistica già sviluppate, un sovraccarico cognitivo per il *parser*. Un tipico ordine marcato che si trova frequentemente nei testi giuridici è la posizione del soggetto dopo il verbo invece che prima, come è più normale trovare in italiano. Questo sia in frase principale (23)-(24) sia in frase subordinata (25):

- (23) ritiene la Corte,
- (24) In conclusione quindi non può questa Corte accogliere il ricorso
- (25) Prospettando il Tribunale, riflettendo il P.M.

Da notare anche nel caso di (24) che in presenza di un verbo servile (*può*) l'inversione del soggetto comporta un'ulteriore fonte di difficoltà, cioè l'interruzione del gruppo verbo servile (*potere*) + verbo principale (*accogliere*).

<sup>12</sup> Molti dei fenomeni che discuto sono evocati ed individuati anche nell'intervento di Massimo Fabiani (in questo volume) a conferma della loro chiara presenza e persistenza nei testi giuridici.

In qualche caso invece l'inversione può essere mantenuta, per ragioni pragmatiche. Se il verbo conserva la posizione iniziale viene tematizzato. Nell'esempio (26) la seconda occorrenza di 'rilevava' col soggetto postverbale assolve a questa funzione tematizzante:

- (26) Inoltre *la difesa rilevava* che doveva derubricarsi il reato imputato a.. Ed ancora e da ultimo *rilevava la difesa* la inesistenza di esigenze cautelari

Per gli aggettivi attributivi l'anteposizione è un tipico segnale di lingua aulica, di registro alto, anche in contesti non giuridici. Nei testi giuridici la posizione prenominali degli aggettivi è quasi la norma:

- (27) il *generale* divieto, il *generale* principio, nella *appellata* sentenza, l'*impugnata* sentenza, un *legale* rappresentante, il *contestuale* esercizio dell'azione penale, il *dedotto* fraintendimento.

È da notare che nei testi giuridici persino i participi in funzione aggettivale (*appellata*, *impugnata*,) e gli aggettivi relazionali (es. *legale*) occupano la posizione prenominali, cosa assolutamente esclusa nella lingua comune<sup>13</sup>.

Infine un altro gruppo particolare di costrutti è costituito dagli avverbiali strumentali. Questa classe funzionale, individuata e definita da ROVERE (2005: 123 e sgg.), comprende dei sintagmi introdotti da *con* che indicano lo strumento mediante cui si agisce in sede giudiziale (*con sentenza*, *con dichiarazione*, *con atto di citazione*, *con ricorso*, *con ordinanza*, *con decreto*, ecc.).

Rovere ha fatto rilevare che la posizione di questi sintagmi tende ad essere iniziale di enunciato se l'agente è una delle parti in causa (28).

<sup>13</sup> Gli aggettivi relazionali sono un sottoinsieme degli aggettivi qualificativi che gode di alcune proprietà sintattiche e semantiche e che svolge una funzione classificante e non qualificante. Gli aggettivi relazionali rispondono alla domanda: *Che tipo di N è?* e non alla domanda *Come è (questo N)?*. Esempi di aggettivi relazionali sono *industria laniera*, *circolare rettorale*, *asilo infantile*, *sistema nervoso*, *riforma costituzionale*. Nella lingua comune una delle proprietà di questi aggettivi è l'impossibilità di trovarsi prima del nome: \**laniera industria*, \**rettorale circolare*, \**infantile asilo*, \**nervoso sistema*, \**costituzionale riforma*.

Invece questi avverbiali seguono il soggetto se si tratta di un agente istituzionale (29):

- (28) *Con atto di citazione* R.D. conveniva in giudizio la moglie...
- (29) La Corte di Appello di Perugia, *con sentenza* del 30 ottobre 1997, rigettava il ricorso...

In testi legislativi, invece, gli avverbiali strumentali si trovano perlopiù dentro la frase, dopo il verbo e i suoi eventuali argomenti, soprattutto dopo l'oggetto (30)-(31) o subito dopo il verbo (32):

- (30) La corte dà esecuzione alla rogatoria *con ordinanza*
- (31) Il condannato nel termine perentorio di tre giorni può proporre reclamo *con ricorso allo stesso giudice*
- (32) Il giudice in ogni stato dell'istruzione può disporre *con ordinanza* che si cancellino le espressioni sconvenienti ed offensive

Nell'uso dei modi impliciti la lingua giuridica presenta diverse peculiarità rispetto alla lingua comune. Un primo dato è l'uso abbondante del participio presente (assente dalla lingua comune), che si trova spesso nelle sentenze, si vedano gli esempi (33)-(35):

- (33) Da verificare se il termine "autorità giudiziaria procedente" *comparente* nell'art. 79...
- (34) L'espressione in parola, intesa quale *ricomprendente* anche il p.m.
- (35) Misure interdittive, reputate quali parzialmente *colmanti* l'abrogazione dell'art. 140 c.p.

Anche nei testi legislativi il participio presente con valore verbale pieno è molto usato. Qui sostituisce, per ragioni di sintesi, una frase relativa, come si ricava dagli esempi (36)-(38):

- (36) Ogni altra bandiera *portante* i colori nazionali
- (37) Per causa *proveniente* da un terzo
- (38) La sede *risultante* dal registro

I participi presenti vengono anche sostantivati, esempi in (39):

- (39) L'adottante, il dichiarante, il permutante, l'istante, il delegante, il mutuante, l'appellante

È frequente e marcato anche l'uso del participio passato in funzione di clausola ridotta, invece di una equivalente subordinata esplicita introdotta da *che*:

- (40) Nei limiti per cui ritiene già *raggiunta* la prova (che la prova sia già stata raggiunta)  
(41) Si sosteneva infatti da parte della difesa *l'avvenuto* decorso (che il decorso era già avvenuto)

Altra area problematica perché diversa dall'uso che fa dello stesso modo verbale la lingua comune, riguarda l'uso dell'infinito. L'uso esteso dell'infinito si registra innanzitutto nelle subordinate complete (42)-(44):

- (42) Il difensore *chiede applicarsi* all'imputato la diminuzione della pena  
(43) *Chiedono* infine *disporsi* la riapertura del locale  
(44) *Si ritiene essere avvenuta*

Un'altra particolarità consiste nell'abitudine di aggiungere il *-si* finale alla forma dell'infinito, sia con valore passivo che impersonale (45), mentre la lingua comune colloca il *si* prima del verbo servile:

- (45) *deve osservarsi* (si deve osservare), *deve intendersi* (si deve intendere), *deve desumersi*, *deve trarsi*, *doveva derubricarsi*, *possa riscontrarsi*, *non può dubitarsi*, *non poteva costruirsi*, *può procedersi* a espropriazioni

Questo uso enclitico del *-si* si ritrova anche in forme fossilizzate come in (46)

- (46) di cui trattasi

Per i modi impliciti la motivazione a sostituirli con quelli espli-

citi dipende dall'eccessiva densità informativa che essi realizzano, dalla possibilità di avere ambiguità interpretativa, dal fatto di nascondere il soggetto, ed infine dalla loro relativa rarità nella lingua comune.

Infine un altro fenomeno che contribuisce a caratterizzare come non comune la lingua giuridica e che può dare luogo a un inutile appesantimento della analisi linguistica è l'uso del cosiddetto imperfetto narrativo, di cui si trova qualche esempio in (47)-(48):

- (47) con la sent. [...] la Corte di Cassazione annullava la suddetta ordinanza
- (48) Il tribunale ... procedeva a nuovo esame

A conclusione della carrellata di fatti linguistici tipici della lingua giuridica presento un brano in (49) dove si nota come la complessità e problematicità di testi di questo tipo non sia data dal singolo fenomeno ma dall'accumularsi di vari fatti sintattici e lessicali che provocano un effetto globale di scarsa comprensibilità per il non addetto ai lavori. Il brano unisce la lunghezza eccessiva del periodo alla sequenza di nominalizzazioni (in corsivo), la presenza dell'inciso ai vari participi passati e presenti usati con valore verbale, l'uso dell'aggettivo attributivo in posizione atipica, preominale (specifica motivazione):

- (49) *L'esercizio*, da parte del *governo*, del potere di revocare, entro sei mesi dal *voto* sulla fiducia al governo stesso (e, in via transitoria, entro sei mesi dalla data di *entrata* in vigore della l. 15 luglio 2002 n. 145), le *nomine* degli organi di vertice e dei componenti dei *consigli* di *amministrazione* delle società controllate o partecipate dallo Stato, conferite nei sei mesi antecedenti la *scadenza* naturale della legislatura, ovvero nel mese antecedente lo *scioglimento* anticipato di entrambe le camere, non necessita di alcuna *specifica motivazione* diversa dalla *ricognizione* dei presupposti legali oggettivi e soggettivi per *l'esercizio* del potere, con *esclusione* di ogni *azione* risarcitoria da parte degli interessati (Massima, Foro Italiano, 2003, 7-8: 446).

## 5. Conclusioni

Le conclusioni di tutto il ragionamento che ho fin qui sviluppato sono piuttosto semplici e sintetiche. La semplificazione della lingua giuridica e della lingua amministrativa sono un atto dovuto da parte del legislatore, del giudice, dell'amministratore nei confronti del cittadino. La semplificazione però non può essere realizzata come esercizio di riscrittura di testi complessi da parte di linguisti, perché quest'operazione rischierebbe di introdurre errori e fraintendimenti nei testi tecnici. Invece quello che sembra più opportuno fare è educare i 'tecnici' a semplificare essi stessi i testi che producono. La semplificazione cioè deve essere un processo che viene adottato 'a monte', nel processo di scrittura, grazie ad un'educazione specifica rivolta a chi scrive per ragioni professionali e istituzionali. Il linguista può limitarsi a suggerire e indicare, tenuto conto dell'evoluzione della lingua comune e di quella giuridica, quali sono le aree su cui si può meglio e più efficacemente intervenire.

Una didattica delle pratiche di scrittura indirizzata alle professioni legali o alla pubblica amministrazione dovrebbe dunque includere attività come: operazioni di riscrittura, educazione alla revisione del testo, conoscenza e capacità di controllo delle strutture sintattiche critiche (quelle più complesse o desuete che abbiamo in parte illustrato nei paragrafi precedenti), analisi del lessico e inserimento di glossari esplicativi. Con una prassi didattica di questo genere è sperabile che nel tempo gli effetti di svecchiamento della lingua giuridica si facciano sentire a vantaggio di una maggiore semplicità e chiarezza linguistica.

### Bibliografia

- BERRUTO, G. 1990. Semplificazione linguistica e varietà sub-standard. In: Holtus / Radtke, *Sprachlicher Substandard III*, Tübingen, Niemeyer, 1990: 24-34.
- BEVER, T.G. 1970. The cognitive basis for linguistic structures. In: HAYES, J.R. (ed.), *Cognition and the development of language*. New York, John Wiley and Sons: 279-362.
- BLUMENTHAL, A.L. 1967. Prompted recall of sentences. *Journal of Verbal Learning and verbal Behavior*, 6: 203-206.
- BRANDIMONTE, M.A. 1998. Memoria e immaginazione. In: JOB, R. (a cura di), *I processi cognitivi. Modelli e ricerca in psicologia*. Roma, Carocci: 85-157.
- CLARK, H.H. & E.V. CLARK 1968. Semantic distinctions and memory for complex sentences. *Quarterly Journal of Experimental Psychology*. 20: 129-138.
- CLARK, H.H. & E.V. CLARK 1977. *Psychology and language. An introduction to psycholinguistics*. New York, Harcourt Brace Jovanovich.
- COLOMBO L. 1998. Il linguaggio. In: JOB, R. (a cura di), *I processi cognitivi. Modelli e ricerca in psicologia*. Roma, Carocci: 159-217.
- CORTELAZZO, M. E. & F. PELLEGRINO 2002. 30 regole per scrivere testi amministrativi chiari. *Guida agli Enti Locali*, 20: 25-35.
- CORTELAZZO, M. E. & F. PELLEGRINO 2003. *Guida alla scrittura istituzionale*. Bari, Laterza.
- DE VINCENZI, M. 2006. Sintassi: i processi. In: LAUDANNA, A. & M. VOGHERA (a cura di), *Il linguaggio. Strutture linguistiche e processi cognitivi*. Roma-Bari, Laterza: 230-252.
- ECO, U. 1993. *La ricerca della lingua perfetta*. Bari-Roma, Laterza.
- FABIANI, M. in questo volume. La redazione degli atti giudiziari.
- FERGUSON, Ch. 1982. Simplified registers and linguistic theory. In: OBLER L.K. & L. MENN (eds.), *Exceptional language and linguistics*. New York, Academic Press: 49-68.
- FERRERI, S. (a cura di). *Non uno di meno. Strategie didattiche per leggere e comprendere*. Firenze, la Nuova Italia.
- FIorentINO, G. 2007. Web usability e semplificazione linguistica. In: VENIER, F. (a cura di), *Rete Pubblica. Il dialogo tra Pubblica Amministrazione e cittadino: linguaggi e architettura dell'informazione*. Perugia, Edizione Guerra: 11-38.
- FIorentINO, G. 2008. The ordering of adverbial and main clauses in spoken and written Italian: a corpus-based approach. In: LEWANDOSKA-TOMASZCZYK B. & K. DZIWIUREK (eds.)

- Cognitive Corpus Linguistics Studies*. Frankfurt/Main, Peter Lang. Series: Łódź Studies in Language.
- FORSTER, K.I. 1979. Levels of processing and the structure of the language processor. In: COOPER W.E. & E.C.T WALKERS (eds.), *Sentence processing: Psycholinguistic studies presented to Merrill Garrett*. Cambridge, Mass., MIT press: 27-85.
- GALLINA, V. (a cura di) 2000. *La competenza alfabetica in Italia. Una ricerca sulla cultura della popolazione*. Milano, Franco Angeli.
- GIBSON, E. 1998. Linguistic Complexity: Locality of Syntactic Dependencies. *Cognition* 68: 1-76.
- GIVÒN, T. 1990. *Syntax. A Functional-Typological Introduction*. Volume 2. Amsterdam-Philadelphia, Benjamins.
- LORENZI, A. 2002. La varietà delle operazioni. In: FERRERI, S. (a cura di). *Non uno di meno. Strategie didattiche per leggere e comprendere*. Firenze, la Nuova Italia: 131-151.
- LUCISANO, P. (a cura di) 1994. *Alfabetizzazione e lettura in Italia e nel mondo*. Napoli, Tecnodid.
- MILLER, G.A. 1956. The Magical Number Seven, Plus or Minus Two: Some Limits on our Capacity for Processing Information. *Psychological Review*, 63: 81-97.
- MORTARA GARAVELLI, B. 2001. *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*. Torino, Einaudi.
- PERNA, I.S. in questo volume. La comprensione dei testi giuridici e legislativi: un esperimento.
- PRIDEAUX G.D. & W.J. BAKER 1986. *Strategies and Structures. The processing of Relative Clauses*, Amsterdam-Philadelphia, Benjamins
- ROVERE, G. 2005. L'avverbiale strumentale nel linguaggio giuridico. In: SCHENA, L. & R. SNEL TRAMPUS (a cura di), *Traduttori e giuristi a confronto*. Bologna, Clueb.
- SCHANK, R.C. & R.P. ABELSON 1991 [1977]. *Mente, linguaggio, apprendimento. L'apporto delle scienze cognitive all'educazione*. Traduzione a cura di Dario Corno e Graziella Pozzo. Firenze: la Nuova Italia.
- SLOBIN D.J. & T.G. BEVER 1982. Children use canonical sentence schemas. A crosslinguistic study of word order and inflections. *Cognition*, 12: 229-265.
- WITTGENSTEIN, L. 1967[1953]. *Ricerche filosofiche*. Torino, Einaudi.

ILENIA SERENA PERNA

## La comprensione degli atti giudiziari: un esperimento

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 1.1. I dati. - 1.2. Gli strumenti utilizzati per l'analisi del corpus. - 2. Analisi sintattica. - 2.1. L'uso delle forme verbali. - 2.1.1. I modi impliciti: gerundio, participio ed infinito. - 2.2. La posizione del soggetto nella frase. - 3. Analisi lessicale. - 3.1. La scelta delle parole. - 3.1.1 I tecnicismi - 3.2. L'uso di latinismi - 3.3. I forestierismi. - 3.4. L'uso dei connettivi. - 4. La prolissità: una caratteristica del linguaggio giuridico. - 4.1. Le fraseologie ridondanti. - 4.2. Le formule pleonastiche. - 4.3. I riferimenti normativi. - 5. La comprensibilità delle sentenze: l'esperimento. - 5.1. Il campione. - 5.2. Il parere dei cittadini. - 5.3. Il lessico giuridico dal punto di vista dei non addetti ai lavori. - 6. Conclusioni. - 6.1. I tempi di reazione.

### 1. Introduzione

Il detenuto è stato tradotto, il summenzionato Tizio, il succitato Caio, gli atti all'uopo predisposti, l'espletamento della procedura di che trattasi: troppo spesso le norme, i regolamenti, le circolari sono scritti in un linguaggio più attento a rispettare i formalismi giuridici che a trasmettere informazioni. «Scrivere in maniera ambigua significa di fatto negare un diritto e ostacolare il rispetto delle leggi. Significa ampliare in modo improprio la discrezionalità di chi interpreta e attua le norme»<sup>1</sup>.

L'uso di un linguaggio chiaro nei testi amministrativi e legislativi aiuta innanzitutto ad instaurare un rapporto di fiducia tra potere e cittadino, dunque aiuta la democrazia e rende possibile la comunicazione. La presenza sempre più forte del linguaggio burocratico sembra invece aver innalzato una barriera tra stato e cittadini. Lo sforzo che si richiede a chi scrive in questi contesti è di essere il più possibile essenziali e immediati senza per questo rinunciare alla completezza informativa. Ed invece spesso coloro che scrivono documenti amministrativi o legislativi, messi di fronte a diverse scelte lessicali che sono di significato grosso modo

<sup>1</sup> F. BASSANINI, *Prefazione*, in *Manuale di stile* a cura di A. FIORITTO, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 7

equivalente, tendono a preferire quelle più rare e difficili e l'abitudine li porta ad un impiego di formule dotte e arcaiche. Uno degli scrittori italiani più attenti all'uso sociale, oltre che letterario, della lingua, Italo Calvino, coniò il termine *antilingua* per individuare il modo di parlare e di scrivere caratterizzato da vocaboli che vogliono dire qualcosa di vago e sfuggente.

Per scrittura amministrativa o istituzionale si intende la «gran parte dell'attività scrittoria delle amministrazioni pubbliche che si indirizza in due direzioni: la stesura dei testi normativi (leggi, decreti, regolamenti, delibere, ordinanze, sentenze) e la redazione di comunicazioni ai cittadini»<sup>2</sup>. In questo lavoro mi occupo della stesura delle sentenze.<sup>3</sup> «La sentenza è l'atto attraverso il quale si manifesta la funzione giurisdizionale statale»<sup>4</sup>. È l'atto conclusivo, con carattere obbligatorio, di una fase o di un grado del procedimento: «quando sarà definitiva, la Repubblica la farà osservare»<sup>5</sup>.

La sentenza, da un punto di vista linguistico, è un testo a struttura regolata. Come qualunque altro testo, la sentenza è un'unità semantica e pragmatica fatta di frasi, ma non riducibile solo ad esse. Essa deve rispettare le condizioni di testualità (introdotte da Beaugrande e Dressler<sup>6</sup>), tra cui la coerenza<sup>7</sup> e la coesione<sup>8</sup>. In realtà nella maggior parte dei provvedimenti giudiziari i problemi di coesione sono numerosi e vari; ciò implica che il patto comunicativo tra emittente e destinatario diventa precario, fugace con la conseguenza che, spesso, si peggiora la decodifica del testo.

Obiettivo del mio intervento è accrescere la sensibilità linguistica e sti-

<sup>2</sup> M. A. CORTELAZZO, F. PELLEGRINO (a cura di), *Guida alla scrittura istituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 4.

<sup>3</sup> La scelta è dipesa dalla collaborazione con i docenti della facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise, ed in particolar modo con il prof. Massimo Fabiani che ringrazio per aver fornito il materiale legislativo sul quale ho svolto l'analisi linguistica e del quale qui presento i risultati.

<sup>4</sup> Sui vari tipi di sentenza in ambito civile, cfr. c.p.c. – com., p.143.

<sup>5</sup> P. BELLUCCI, *A onor del vero*, Torino, UTET, 2002, p. 269.

<sup>6</sup> R. A. BEAUGRANDE, W. U. DRESSLER, *Introduzione alla linguistica testuale*, tr. it. Bologna, Il Mulino, 1984.

<sup>7</sup> La *coerenza* riguarda le funzioni in base a cui le componenti del mondo testuale, ossia la configurazione di concetti e relazioni soggiacenti al testo di superficie sono reciprocamente accessibili e rilevanti.

<sup>8</sup> La *coesione* riguarda il modo in cui le componenti del testo di superficie, ossia le parole che effettivamente udiamo o vediamo, sono collegate tra loro.

listica di chi scrive sentenze o in generale di chi scrive per ragioni professionali in ambito istituzionale. Intendo inoltre presentare alcune strategie per semplificare ed ingentilire la comunicazione giuridico-amministrativa ma, soprattutto, comprendere, grazie ai risultati di un test somministrato ad un campione di cittadini, se il linguaggio giuridico è così “oscuro” per gli italiani.

Ricordo, a tal proposito, che da qualche anno si è creata una disputa tra amministrativisti/ giuristi e linguisti o comunque “puristi” della lingua italiana. Infatti, coloro i quali appartengono alla dottrina amministrativistica sono convinti che la forma tradizionale dell’atto amministrativo sia giuridicamente necessaria e che, di conseguenza, una forma diversa renderebbe l’atto illegittimo o comunque irregolare<sup>9</sup>. Di contro, gli amanti della chiarezza linguistica sostengono che nessuno impone una regola circa la forma linguistica dei provvedimenti amministrativi e giudiziari. A sostegno di ciò, il giurista Guarino<sup>10</sup> afferma che «se da un lato per gli atti amministrativi sussiste, in via generale, il vincolo della forma scritta, dall’altro non è generalmente vincolato il modo di essere dello scritto».

### 1.1. I dati

I dati su cui si basa questa ricerca sono stati raccolti in un *corpus* di 32.527 parole. Si tratta di 10 sentenze emesse in un arco di tempo compreso tra il 1988 e il 2006 e diversificate quanto a provenienza geografica e a livello di giudizio<sup>11</sup>.

L’analisi linguistica ha tenuto conto dei seguenti aspetti:

- 1) *struttura del periodo* attraverso la verifica della quantità e del tipo di relazioni che legano tra loro le frasi (principali, coordinate, subordinate);

<sup>9</sup> D. MELINKOFF, *The Language of the Law*, Boston, Little Brown & Co., 1963. Quasi cinquant’anni fa, il giurista-linguista David Melinkoff sfatò il falso mito della precisione del linguaggio giuridico. Rivoluzionario all’epoca in cui uscì, questo libro molto documentato, frutto di approfondite ricerche, sferrò un attacco senza precedenti ad un’istituzione, il linguaggio giuridico, fino ad allora ritenuta intoccabile, e gettò le fondamenta del *plain legal language*, la disciplina che studia e propugna la chiarezza del linguaggio usato nel campo del diritto.

<sup>10</sup> G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 167.

<sup>11</sup> Le sentenze risultano essere così suddivise: a) n. 2 - Corte di Cassazione di cui una “Sezioni Unite civili” e l’altra “Sezione I penale”; b) n. 2 - Tribunale di Bologna, n. 1 - Tribunale per i minorenni di Genova, n. 1 - Tribunale di Venezia, n. 1 - Tribunale di Verona; c) n. 1 Corte d’Appello di Napoli; d) n. 1 Pretura di Padova; e) n. 1 Giudice di Pace di Palermo.

- 2) *struttura della frase* (individuazione e conteggio delle costruzioni grammaticali complesse, quali i verbi al passivo, i verbi in forma implicita);
- 3) *lessico* (individuazione del lessico usato, calcolo dell'indice di frequenza dei vocaboli, percentuali e tipi di tecnicismi).

## 1.2. Gli strumenti utilizzati per l'analisi del corpus

Per l'analisi linguistica del corpus ho utilizzato due strumenti: l'indice di leggibilità Gulpease e il Vocabolario di Base della Lingua Italiana grazie ad un software, "Eulogos - Autogulp"<sup>12</sup>, che permette di analizzare le caratteristiche sintattiche e lessicali del testo.

La formula Gulpease<sup>13</sup>, specifica della lingua italiana, fornisce un indice compreso tra 0 (minima leggibilità) e 100 (massima leggibilità). L'indice è riferito a tre diversi lettori (in base al livello di scolarizzazione: licenza elementare, licenza media, diploma superiore) e viene tradotto in 5 fasce di leggibilità. Il grafico n. 1 riassume quanto detto:

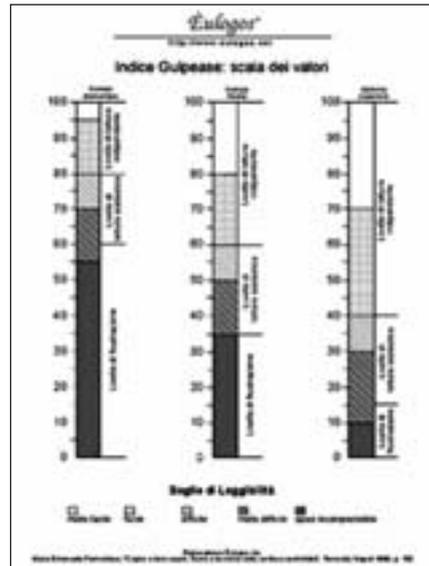


Grafico n. 1

Scala dei valori Indice Gulpease

<sup>12</sup> Della formula Gulpease esiste anche una versione informatizzata che si avvale del programma Eulogos SLI: si tratta di un sistema integrato che, oltre a calcolare automaticamente l'indice Gulpease, permette anche di confrontare, attraverso una lemmatizzazione automatica, il lessico del testo analizzato con il vocabolario di base della lingua italiana. Cfr. N. MASTIDORO, *Il sistema Eulogos per la valutazione automatica della leggibilità* in P. LUCISANO (a cura di), *Misurare le parole*, Roma, Kepos, 2002.

<sup>13</sup> Gli studiosi che si occupano di semplificazione spesso suggeriscono l'uso delle formule di leggibilità, strumenti matematici-informatici finalizzati a misurare la difficoltà di un testo. Create negli Stati Uniti negli anni '20 con lo scopo principale di valutare l'adeguatezza dei libri di testo alle abilità di lettura degli studenti, le formule sono state estese solo successivamente ad altri campi. Dalle ricerche svolte dal GULP (Gruppo Universitario Linguistico e Pedagogico) presso l'Istituto di Filosofia dell'Università di Roma "La Sapienza", nella seconda metà degli anni Ottanta, è nata la formula Gulpease.

Il Vocabolario di Base della lingua italiana (VdB) è composto, secondo De Mauro, da 6700 parole, di cui 2000 costituiscono il vocabolario fondamentale<sup>14</sup>, 2900 il vocabolario ad alto uso<sup>15</sup> e 1800 il vocabolario di alta disponibilità<sup>16</sup>. Nell'analisi del lessico di un testo il software Eulogos confronta il lessico usato col VdB e individua automaticamente i termini che hanno una scarsa possibilità di essere compresi. Nella tabella 1 ho riassunto i risultati dell'analisi linguistica delle sentenze:

Sentenze	Indice di leggibilità	Totale Lettere	Totale parole	Totale frasi	Lunghezza media parole, in lettere	Lunghezza media frasi, in parole
1. Pretura di Padova; 21-05-1997	38,97	8274	1462	31	5,66	45,69
2. Tribunale di Bologna; 18-08-2005	39,80	5498	1026	22	5,36	68,40
3. Tribunale per i minorenni di Genova;	39,82	6351	1145	23	5,55	47,71
4. Corte di Cassazione; sezione I penale; 28-01-2005	40,10	37795	7085	104	5,33	67,48
5. Tribunale di Bologna; 24-05-2004	40,25	20341	3779	63	5,38	59,05
6. Corte d'Appello di Napoli; 03-04-1990	41,89	13785	2627	46	5,25	55,89
7. Giudice di Pace Palermo; 12-09-2006	42,02	10001	1848	43	5,41	42,00
8. Corte di Cassazione; sezioni unite civili; 28-06-2005	42,20	27210	5077	114	5,36	44,15
9. Tribunale di Venezia; 29-01-1988	42,35	34210	6471	134	5,29	48,29
10. Tribunale di Verona; 19-11-1999	44,75	10560	2007	55	5,26	35,84

Tabella n. 1 - Risultati analisi linguistica del corpus

<sup>14</sup> Rientrano in questo livello di vocabolario parole quali *frutta, ricco, casa*, dunque lessemi pieni con significati molto ampi e generici oltre a parole vuote (*di, a, il, questo, che*). Cfr. G. BERRUTO, *Lessico: le strutture* in A. LAUDANNA & M. VOGHERA, *Il linguaggio: strutture linguistiche e processi cognitivi*, Roma-Bari, GLF Editori Laterza, 2006, p. 145

<sup>15</sup> Appartengono al vocabolario di alto uso parole come *talvolta, quintale, barzelletta*.

<sup>16</sup> *Viaggiatrice, fiducioso, lontananza* sono parole che appartengono al vocabolario di alta disponibilità.

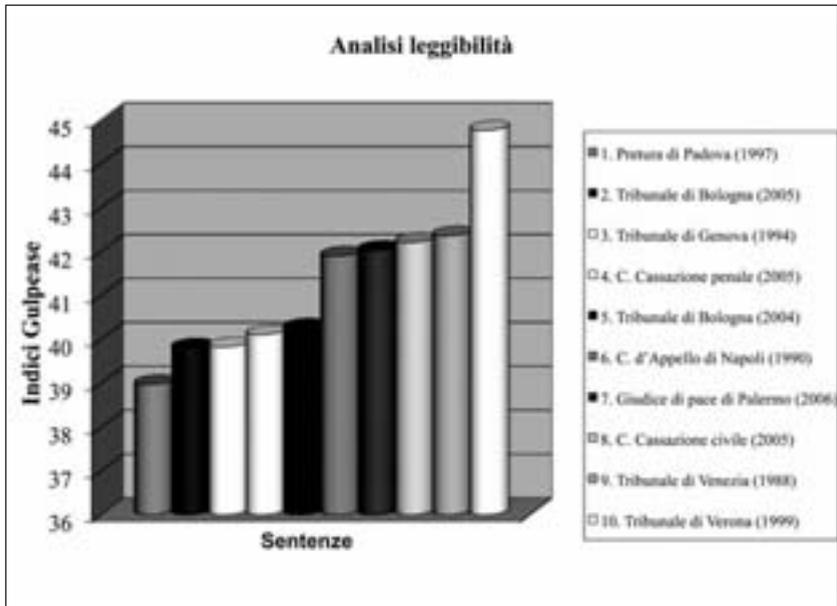


Grafico n. 2 - Analisi leggibilità delle sentenze in ordine crescente

Il grafico n. 2 sconfessa la correlazione (cui si potrebbe pensare) tra complessità di scrittura e dimensione temporale<sup>17</sup>. Non è infatti vero che gli atti giudiziari più datati sono scritti in modo più complesso di quelli più recenti, nonostante la maggiore attenzione ai temi della chiarezza e della semplificazione. Un'altra correlazione che non trova riscontro riguarda il rapporto tra grado di giudizio e complessità linguistica: al crescere dell'organo di giudizio non corrisponde una maggiore laboriosità linguistica.<sup>18</sup> In ogni caso le dimensioni del corpus non consentono di trarre conclusioni troppo generali.

La leggibilità del corpus è scarsa: la media dei valori totalizzati dall'Indice Gulpease è pari a 41,2. Ciò significa che la tipologia di scrittura

<sup>17</sup> Si noti dal grafico che la sentenza più datata (Tribunale di Venezia, 1988) rappresenta quasi la sentenza più leggibile poiché totalizza un indice Gulpease pari a 42,2. La sentenza meno leggibile, invece, è quella della Pretura di Padova del 1997 che non è assolutamente né la più recente né la più datata.

<sup>18</sup> L'analisi non presenta casi in cui ad esempio una sentenza emanata dalla Corte di Cassazione sia caratterizzata maggiormente da espressioni o formule tipiche del linguaggio settoriale rispetto ad una sentenza della Corte d'Appello o di un Giudice di Pace.

risulterà difficilmente comprensibile per chi ha la licenza elementare, molto difficile per chi ha la licenza media, difficile per chi ha un diploma superiore. Naturalmente non è pensabile ridurre la soglia di *comprensibilità-complessità* linguistica di un corpus ai soli valori quantitativi analizzati dalle diverse formule, pertanto l'analisi del corpus ha riguardato anche caratteristiche sintattiche e lessicali.

## **2. Analisi sintattica<sup>19</sup>**

L'organizzazione sintattica dei discorsi e dei testi può essere più o meno complessa. La complessità sintattica in una certa misura dipende dalla lunghezza dei testi e dalla intricatezza delle relazioni tra frasi (o clausole) entro l'unità superiore (che tradizionalmente si chiama 'periodo'). Per ridurre tale complessità si può spezzare il periodo in più periodi di lunghezza inferiore. Per fare questo qualche volta si trasformerà una coordinata in una frase principale oppure si potrà incidere sul numero e la tipologia delle frasi subordinate.

I testi giuridici, come vedremo tra un attimo, sono testi caratterizzati da una sintassi complessa nel senso che ho appena indicato. Infatti, un testo di natura specialistica deve trasmettere contenuti complessi e mantenere un'adeguata densità informativa. Ma un testo giuridico è anche un testo che ha una funzione sociale. Esso, dunque, deve avere anche una notevole flessibilità nel comunicare i contenuti adeguandosi a scopi, situazioni comunicative e destinatari diversi. L'uso professionale della scrittura giuridica si fonda sul difficile equilibrio tra la complessità e il numero delle informazioni da trasmettere e i vincoli di spazio e tempo che si hanno a disposizione per comunicare questi contenuti, dall'altra parte, esso richiede un'attenta e consapevole riflessione sul destinatario e sulle sue molteplici e diversificate esigenze di ricezione.

L'analisi sintattica del corpus evidenzia, su un totale di 2854 clau-

<sup>19</sup> In questo paragrafo faccio riferimento alla letteratura specialistica sulla semplificazione del linguaggio e considero alcuni aspetti sintattici che sono stati comunemente ritenuti come più o meno complessi. I linguisti italiani che si sono occupati per primi di semplificazione, e alle cui opere si rimanda, sono G. Berruto, M. E. Cortelazzo, T. De Mauro, F. Pellegrino. Contributi recenti anche in ambito psicolinguistico, si veda una bibliografia essenziale in G. FIORENTINO, in questo volume.

sole, ben 2012 frasi subordinate contro 635 frasi principali e 207 frasi coordinate. Per ogni frase principale ve ne sono almeno tre subordinate. Il dato risalta maggiormente se consideriamo i dati percentuali riportati in tabella 2

<i>Sentenze</i>	<i>Proposizioni principali</i>	<i>Proposizioni subordinate</i>	<i>Proposizioni coordinate</i>	<i>Totale Numero Proposizioni</i>
%	22.25	70.5	7.25	100

Tabella n. 2 - Risultati analisi sintattica

e se lo confrontiamo con la lingua letteraria o col parlato anche formale. Qui infatti le frasi principali sono in media il 60% e solo il 40% delle clausole sono subordinate, il che vuol dire che il numero di subordinate per periodo è più basso di quanto non accada nel nostro corpus (ricavo i dati dallo studio sulla sintassi del parlato di VOGHERA, 1992: 201).

Da ciò deriva un'ipotesi portata all'estremo, con periodi molto lunghi caratterizzati da subordinazione anche di grado elevato, massiccia incassatura di parentetiche<sup>20</sup> (esplicative, esemplificative, ecc.). Si veda in (1) un esempio particolarmente articolato:

(1) Tribunale di Bologna; sentenza, 24-05-2004

...Quanto al danno patrimoniale, le conclusioni cui è giunta la (seconda) c.t.u. contabile permettono di fare applicazione diretta del principio per cui il mancato guadagno derivante dalla sottrazione di clientela subita ad opera del contraffattore corrisponde al mancato utile lordo che il titolare del brevetto avrebbe conseguito ove avesse venduto i prodotti posti invece in commercio dal contraffattore (così Trib. Milano 30 aprile 1990, id. Rep. 1993, voce cit., n. 87; nello stesso senso, fra le altre, Trib. Milano 24 gennaio 1980, id., Rep.

<sup>20</sup> Di seguito un esempio di proposizione parentetica: *Quell'estate - me ne ricordo bene - fece un caldo terribile*. Il periodo riportato risulta composto da una proposizione principale, *quell'estate fece un caldo terribile*, e da un'altra proposizione *me ne ricordo bene*, la quale non ha alcun legame sintattico con la proposizione principale, costituisce cioè un inciso, qualcosa che è inserito come tra due parentesi nel periodo. Essa si definisce proposizione parentetica o incidentale.

1983, voce Concorrenza (disciplina), n. 297; 5 novembre 1987, id., Rep. 1989, voce cit., n. 189), nel quantificare il danno da contraffazione brevettale si può correttamente presumere che la contraffazione abbia provocato una riduzione delle vendite del titolare del brevetto in misura pari almeno al numero dei prodotti venduti dal contraffattore (App. Milano 24 gennaio 1997, id., Rep. 1999, voce Brevetti, n. 83), circostanza emersa dall'istruttoria, cui vanno aggiunte le risultanze documentali che, senza alcuna contestazione in corso di perizia, sono state comunque acquisite dalla c.t.u., ciò escludendo ogni rilievo alla tardiva eccezione finale di eccesso di mezzi con la consulenza attuato rispetto al limite di cui all'art. 77 l. invenzioni (disposizione già posta dal giudice istruttore a presidio della propria ordinanza 26 febbraio 2002).

## 2.1 *L'uso delle forme verbali*

Anche l'uso delle forme verbali si collega al tema della semplificazione. Ci sono almeno tre tipi di costrutti che implicano maggiore complessità: le forme verbali implicite, la forma passiva e la forma impersonale.

Il *si* impersonale, che dà luogo a forme verbali del tipo *si informa*, *si invia*, *si certifica*, rappresenta una caratteristica propria del linguaggio giuridico-amministrativo. La spersonalizzazione del discorso consente di nascondere l'*agente*. La corrispondente perdita di informazione può però tradursi in una difficoltà di interpretazione nel caso di testi lunghi e con uso ripetuto di forme impersonali.

Anche la forma passiva consente di omettere la menzione dell'*agente* di un'azione verbale: *Una legge viene emanata*, *l'imputato è stato condannato*: in entrambi gli esempi non viene menzionato esplicitamente l'*agente* che emana o condanna. Inoltre, la forma passiva allunga la frase, aumentando la verbosità del testo. Per comprendere una frase passiva bisogna trasformarla mentalmente nella frase attiva da cui 'deriva', il che richiede un processo cognitivo più complesso di quello necessario a capire una frase attiva. La forma attiva inoltre costringe chi scrive ad esprimere il soggetto dell'azione (quello sottinteso comunque può essere ricavato risalendo alla frase coordinata) ed il complemento oggetto: questa ricchezza informativa in testi molto lunghi e intricati può essere di grande importanza.

### 2.1.1 I modi impliciti: gerundio, participio ed infinito

Le forme verbali che maggiormente caratterizzano il linguaggio amministrativo e giuridico sono i verbi indefiniti (o forme implicite del verbo) che costituiscono il sintagma verbale delle proposizioni subordinate implicite.

Una forma verbale implicita (gerundio, infinito, participio) è sicuramente più difficile da decodificare o, quantomeno, fa impiegare più tempo nell'interpretazione. Nelle frasi con forme verbali implicite, infatti, per individuare il soggetto è necessario risalire alla frase principale. Ciò implica un ulteriore sforzo di concentrazione, oltre che di tempo, e l'impiego della cosiddetta Memoria a Lungo Termine (MLT)<sup>21</sup>. Nel corpus, su 2854 forme verbali ben 1807 sono costituite da verbi in forma implicita; di questi 567 sono anche verbi in forma passiva.

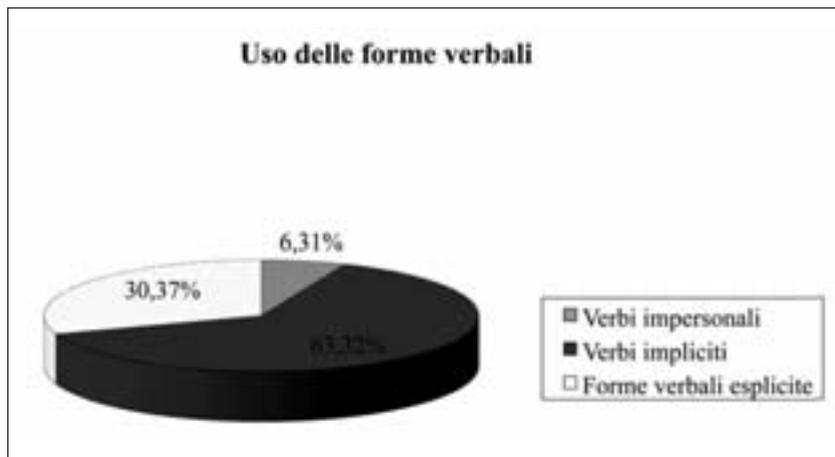


Grafico n. 3 - Uso delle forme verbali

Rispetto all'italiano parlato, il dato è davvero molto alto. Nello studio di VOGHERA risulta che il 68% dei verbi è usato al modo esplicito e il rimanente 32% al modo implicito (VOGHERA 1992: 219). Nel grafico 4 inoltre si evidenzia come tra le tre forme implicite prevalga l'uso del participio:

<sup>21</sup> G. FIORENTINO, *Web usability e semplificazione linguistica nella scrittura amministrativa*, in AA.VV., *Rete Pubblica*, a cura di F. VENIER, Perugia, Guerra Edizioni, 2007, p. 13. Per ulteriori approfondimenti, cfr. G. FIORENTINO, *Semplicità e chiarezza linguistica nei testi giuridici*, in questo volume.

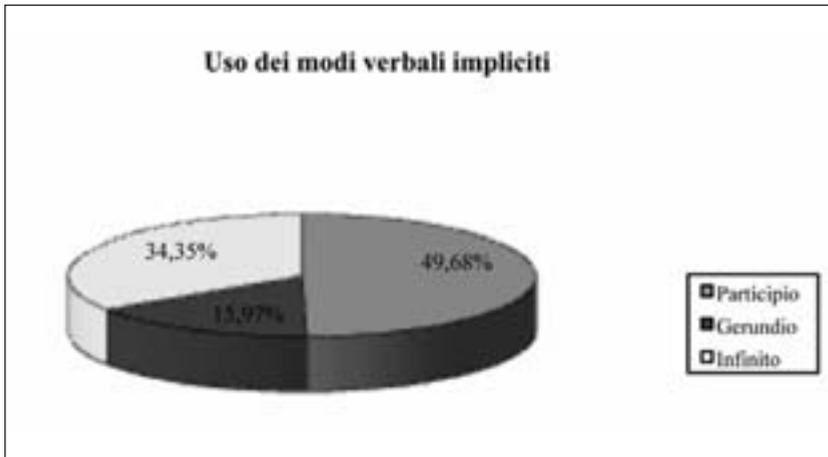


Grafico n. 4 - Uso dei modi verbali impliciti

Anche in questo caso il dato discorda con quanto avviene, ad esempio, nell'italiano parlato dove, su un totale di verbi impliciti che rappresenta il 32% delle forme verbali, 22,9% di forme è costituita da occorrenze dell'infinito, il 5,4% dal participio e il 3,6% dal gerundio (VOGHERA 1992: 236). L'uso continuo del participio - la cui presenza nel materiale analizzato si attesta intorno al 50% - come modo verbale pone due ordini di problemi specifici<sup>22</sup>:

- il participio passato di verbi transitivi ha valore passivo e, come tutte le espressioni passive, può nascondere il soggetto logico dell'azione<sup>23</sup>;
- nei testi giuridici e amministrativi, il participio presente viene spesso utilizzato con il valore verbale nel costrutto participio presente + complemento oggetto; si tratta di una formula che si limita al registro burocratico perché, nell'uso corrente, in casi simili, si preferisce la frase relativa.

Vediamo alcuni esempi, tratti dal corpus, nei quali viene utilizzato sia il participio passato che il participio presente:

<sup>22</sup> Per ulteriori approfondimenti, cfr. I. S. PERNA, *Semplificazione del linguaggio amministrativo e comunicazione in rete*, Tesi di laurea, Università degli Studi del Molise, 2007, p. 167.

<sup>23</sup> Per soggetto logico si intende la persona che concretamente compie l'azione; il soggetto grammaticale, invece, è la persona con cui concorda in genere e in numero il verbo.

***Frase originale***

(2) Pretura di Padova; sentenza, 21-05-1997

Per il vero, questa impostazione interpretativa non supera l'obiezione della non attualità delle valutazioni espresse dal legislatore, giacchè in presenza di una determinazione delle sanzioni che risponde ad una gradazione dei valori e dei beni giuridici risalente al 1930 non appare dubbio che l'adeguatezza del sistema sanzionatorio lasci a desiderare.

***Frase riscritta***

(2) Pretura di Padova; sentenza, 21-05-1997

In verità, questa interpretazione non supera l'obiezione dell'antichità delle valutazioni che il legislatore aveva espresso. Infatti, laddove la definizione delle sanzioni che risale al 1930 è avvenuta in base alla gradazione dei valori e dei beni giuridici, è certo che l'adeguatezza del sistema sanzionatorio sia scarsa.

(3) Tribunale per i minorenni di Genova; sentenza, 30 - 11- 1994

In altre parole le fattispecie prese in esame sono espressione di un unico comportamento unitario, estrinsecatosi in momenti assai ravvicinati nel tempo, volto all'affermazione della (immatura) personalità dell'imputato.....

Sono relativamente pochi i casi in cui nel corpus viene utilizzato il gerundio, modo verbale che esprime, in forma indeterminata e generica, un'azione:

***Frase originale***

(4) Tribunale di Bologna; sentenza, 18-08-2005

Il ricorrente - deducendo la propria qualità di socio al 6,91 per cento della Bsk Securmark Emilia Romagna s.p.a. in liquidazione- deduce di aver appreso dal presi-

***Frase riscritta***

(4) Tribunale di Bologna; sentenza, 18-08-2005

Il presidente del collegio dei liquidatori informa il ricorrente, socio al 6,91% della Bsk Securmark Emilia Romagna s.p.a. in liquidazione, che l'assemblea societaria

dente del collegio dei liquidatori in data 7 giugno 2005 dell'avvenuta delibera, ad opera dell'assemblea societaria, di azione di responsabilità nei suoi confronti.

ha deliberato, in data 7 giugno 2005, un'azione di responsabilità nei suoi confronti.

Tralasciando il fatto che si poteva utilizzare un sinonimo anziché ripetere il verbo *dedurre*, dapprima utilizzato con il gerundio e poi con l'indicativo, notiamo quanto sia contorto il periodo che contiene anche un verbo all'infinito ("di aver appreso").

E, ancora, un esempio di gerundio nel gerundio:

***Frase originale***

(5) Tribunale di Bologna; sentenza, 18-08-2005

***Frase riscritta***

(5) Tribunale di Bologna; sentenza, 18-08-2005

Ponendo alla base del ricorso il proprio diritto all'ispezione dei libri sociali, ottenendone estratti a proprie spese ex art. 2421-2422 c.c., Mattioli istava...

Alla base del ricorso, Mattioli pone il suo diritto all'ispezione dei libri sociali, ne ottiene gli estratti a proprie spese e chiede il risarcimento...

Ciò che mi preme sottolineare per quanto riguarda l'uso dell'infinito come modo verbale non è tanto il suo dar vita a proposizioni implicite bensì il suo dar luogo a cosiddette *forme nominali del verbo*<sup>24</sup>. Nel corpus emergono molti casi di infinito avente funzione di sostantivo (uso antico nella lingua italiana ma arcaico, cfr. FIORENTINO, 2008); di seguito qualche esempio:

(6) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Ecco che l'esser stata notiziata dell'operazione a fatto compiuto, integra quella violazione del disposto normativo (art. 1710, 2° comma, c.c.) e diviene fonte di risarcimento del danno.

<sup>24</sup> Con questa espressione si indicano i modi verbali che presentano caratteristiche affini a quelle dell'aggettivo o del sostantivo.

(7) Pretura di Padova; sentenza, 21-05-1997  
Oggettivamente contraria alla ratio del legislatore sarebbe infatti l'applicare il minimo edittale possibile...

## 2.2 La posizione del soggetto nella frase

Per evitare ambiguità è utile specificare il soggetto della frase, cioè l'elemento a cui si riferiscono l'azione, la condizione o il modo di essere indicati dal verbo. Risulta di fondamentale importanza la sua posizione: spesso, infatti, esso occupa una delle prime posizioni nella frase, per indicare chiaramente ciò di cui si sta parlando (comunemente il soggetto coincide col 'topic' cioè con l'argomento di cui si parla).

Non sembrano apprezzare l'ordine "naturale" della frase proprio i giuristi: dall'analisi del corpus, infatti, il soggetto occupa, quasi sempre, posizioni più avanzate e, talvolta, è collocato alla fine della frase stessa<sup>25</sup>. Nelle sentenze analizzate, sembra quasi una regola l'inversione del soggetto al verbo:

(8) Tribunale di Bologna, ordinanza, 18-08-2005

[...] come statuito in altro precedente [...] per ciò che concerne il rinnovato regime della liquidazione delle spese nel procedimento cautelare societario, ritiene questo giudice che la liquidazione delle spese debba accompagnare tutti i provvedimenti di accoglimento [...]

(9) Tribunale per i Minorenni di Genova; sentenza, 30-11-1994  
Ritiene innanzitutto il collegio di dover definire la posizione del G. [...]

(10) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Insegna infatti la Suprema corte che l'accettazione dell'eredità [...] costituisce una manifestazione unilaterale di volontà del successibile....

Nei casi appena visti, l'operazione di riscrittura consiste nell'anteporre il soggetto al verbo, in modo da evitare ambiguità di comprensione nel destinatario.

<sup>25</sup> Per ulteriori esempi di ordine marcato, cfr. G. FIORENTINO, in questo volume.

### 2.3 Un particolare uso del pronome 'lei'

Un altro fenomeno interessante è l'utilizzo del pronome 'lei' in sostituzione di un aggettivo possessivo: se ne vedano degli esempi in (11)-(12). L'italiano comune usa l'aggettivo possessivo (*sua* e *suo* rispettivamente).

(11) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Con atto di citazione notificato il 30 ottobre 1989, Umberto Vantini evocava in giudizio Gabriella Vantini e Giuliana Vantini in Marin chiedendo che si desse esecuzione al testamento della madre Andreina Derna Manenti, scoperto diciassette anni dopo la di lei morte [...]

(12) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

L'attore sostiene che il padre alludeva a difficoltà economiche della figlia per il divorzio in corso a quel tempo, difficoltà superate dall'attribuzione di un cospicuo compendio immobiliare da parte del di lei marito [...]

### 3. Analisi lessicale

I test di leggibilità applicati al corpus hanno evidenziato un moderato grado di difficoltà lessicale. Per ciascuna sentenza è stata individuata la percentuale di parole appartenenti ai diversi 'strati' del vocabolario della lingua italiana.

Ad esempio per la sentenza della Pretura di Padova (21-05-1997) l'analisi fornisce i seguenti risultati: **287** parole (pari al 19,68% delle parole del testo) non sono riconducibili al *Vocabolario di base*. Il restante 80% circa è riconducibile al *Vocabolario di base*, ed è così suddiviso:

Livello del VdB	Parole	% parole	% parole tra le parole VdB
Fondamentale	<b>999</b>	68,52	85,31
Alto uso	<b>154</b>	10,56	13,15
Alta disponibilità	<b>18</b>	1,23	1,54
Totale parole VdB	<b>1171</b>	80,32	100

### 3.1 La scelta delle parole

Analizzando un qualsiasi testo giuridico (ma anche amministrativo) risulta subito evidente il numero elevato di parole “inconsuete”, diverse da quelle che si utilizzano nella vita di tutti i giorni; questo da un lato è una conseguenza inevitabile della natura tecnico-specialistica del linguaggio normativo. Quello che colpisce maggiormente è l’uso di parole arcaiche, attinte da un vocabolario ormai inesistente fatto di forme classiche, solenni, retoriche e, alle volte, inesistenti. Osserviamo il caso che segue:

***Frase originale***

(13) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Quanto alla successione del padre Vittorio Vantini chiedeva che il testamento fosse da considerare risolto per avveramento della condizione

***Frase riscritta***

(13) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Per quanto riguarda la successione del padre, Vittorio Vantini chiedeva che il testamento dovesse considerarsi risolto perché si era avverata la condizione

Il termine *avveramento*, pur trovando riscontro nella lingua italiana<sup>26</sup>, è utilizzato raramente o quasi mai; il giudice estensore ha sostantivato la forma verbale ‘*avverare*’. Egli intendeva dire che “il testamento doveva considerarsi risolto perché si era avverata la condizione”. È certamente vero che le parole più rare danno un tono sostenuto al testo ma se per dare un tono ufficiale mettiamo in discussione chiarezza e comprensibilità allora veniamo meno ad uno dei principi fondamentali della scrittura funzionale; in tal caso è consigliabile utilizzare espressioni più comuni. Ad esempio in (14) il termine *allegazione* può essere sostituito con il più comune ‘allegato’ poiché indica la citazione addotta a sostegno di una tesi.

(14) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

[...] senza tacere che la ricorrenza e rilevanza di usi conformi andrebbe confortata con l’allegazione delle fonti legislative o negoziali degli stessi...

<sup>26</sup> Pur essendo un termine non utilizzato, il lemma *avveramento* indica l’*avverare*, l’*avverarsi* e i loro risultati. Cfr. T. DE MAURO, GRADIT *Grande Dizionario Italiano dell’Uso*, Torino, UTET, 2007.

**Frase originale**

(15) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

La scheda [...] era costituita da un foglio d'agenda in cui erano vergate a mano dal testatore le ultime volontà.

**Frase riscritta**

(15) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Un foglio d'agenda in cui testatore aveva scritto a mano le sue ultime volontà costituiva la scheda.

Il verbo *vergere* è alquanto desueto: meglio preferire il sinonimo più in uso 'scrivere'. Nell'operazione di riscrittura di (15) ho anche preferito sciogliere la forma passiva del verbo.

Altri esempi:

(16) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Orbene, proprio l'abnormità della lievitazione del dollaro [...] avrebbe dovuto fra supporre a chicchessia che un intervento della banca centrale sarebbe di certo avvenuto.

**Frase originale**

(17) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

L'indebito arricchimento a spese della mandante apparirebbe di tutta evidenza e nessun artificio dialettico sarebbe tale da elidere la fatta locupletazione.

**Frase riscritta**

(17) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

L'indebito arricchimento a spese della mandante è evidente e nessuna espressione può annullare questo reato.

È preferibile sostituire il verbo *elidere* con il più comune 'annullare' ed il sostantivo *locupletazione* con l'espressione 'indebito arricchimento'.

**Frase originale**

(18) Corte di Cassazione; sezioni unite civili; sentenza, 28-06-2005

Il barone nel controricorso

**Frase riscritta**

(18) Corte di Cassazione; sezioni unite civili; sentenza, 28-06-2005

Nel controricorso, il barone

ha eccepito l'inammissibilità del motivo perché esso, ad onta del pletorico quanto irrilevante richiamo di merito e di legittimità, mancherebbe del contenuto essenziale.

ha contestato l'inammissibilità del motivo. Quest'ultimo, infatti, nonostante l'eccessivo quanto irrilevante richiamo di merito e di legittimità, manca del contenuto essenziale.

### 3.1.1 I tecnicismi<sup>27</sup>

Una caratteristica propria dei linguaggi settoriali è rappresentata dai tecnicismi.

Il linguaggio del diritto, delle leggi, essendo una lingua speciale in senso stretto, presenta una propria nomenclatura, un proprio lessico. Proprio da questo presupposto nasce e si sviluppa il dibattito sulla presenza e sul trattamento dei tecnicismi: fino a che punto è possibile semplificare? Mortara Garavelli<sup>28</sup> sostiene che solo in alcuni casi, cioè quando vi sono espressioni più semplici per indicare una certa cosa è opportuno operare una sostituzione delle parole tecniche. Serianni<sup>29</sup> approfondisce il discorso, distinguendo i tecnicismi cosiddetti *specifici* «propri ed esclusivi di ciascun settore (...) che non hanno corso fuori del linguaggio specialistico o settoriale» da quelli *collaterali*, ovvero pseudotecnicismi, termini e locuzioni non tecnici ma utilizzati come se lo fossero.

Varie volte nel corpus viene utilizzato il termine *usucapione*, un vero e proprio tecnicismo del linguaggio normativo:

(19) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Gabriella Vantini si opponeva per le medesime ragioni alla domanda del fratello sul punto e respingeva le istanze relative all'eredità materna, eccependo prescrizione del diritto di successione e usucapione dei denari tratti dalla vendita dei beni della defunta.

<sup>27</sup> Per ulteriori approfondimenti, si rimanda a G. ROVERE, in questo volume.

<sup>28</sup> B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi, 2001, pp.10-18, 154-155, 176-177.

<sup>29</sup> L. SERIANNI, *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni, forme, costrutti*, Torino, UTET, 1989, p. 102-109.

Il termine *usucapione* indica il modo di acquisizione della proprietà di un bene attraverso il suo possesso continuato, fondato sulla buona fede e su un titolo giuridicamente ritenuto idoneo<sup>30</sup>.

Utilizzata spesso nelle sentenze è anche la forma verbale *usucapire*.

(20) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999

Insegna infatti la Suprema corte che l'accettazione dell'eredità devoluta per legge costituisce una manifestazione unilaterale di volontà del successibile, non del suo dante causa...

Anche in questo caso, il termine *dante causa* è un tecnicismo proprio, specifico; indica il soggetto di cui viene trasmesso ad altri un diritto, sia per contratto sia per causa di morte (si noti anche l'uso del participio presente con valore verbale pieno, che regge un oggetto diretto).

(21) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Logica elementare, prima che precedenti specifici, avrebbero dovuto indurre quel mandatario professionale ad un rinvio dell'operazione d'acquisto, ovvero allo storno dell'ordine...

*Storno* è un tecnicismo del business language: buona la scelta di far precedere al termine una breve spiegazione.

(22) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Ma è ipotesi non peregrina poiché, stando alle argomentazioni della banca convenuta, sembrerebbe che le doglianze di Italiana Coke fossero connotate dalla malafede...

Il termine *doglianza* ricorre varie volte nel corpus; è un tecnicismo proprio del lessico giuridico ed indica il motivo di impugnazione di un provvedimento del giudice.

(23) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005

[...] il relativo motivo di gravame deve ritenersi assorbito nelle statuizioni di accoglimento delle ragioni di ricorso del procuratore generale...

<sup>30</sup> Cfr. T. DE MAURO, GRADIT *Grande Dizionario Italiano dell'Uso*, Torino, UTET, 2007.

A mio avviso, in casi simili, spetta ai professionisti del diritto la scelta di propendere o meno a favore di un tecnicismo. L'unico consiglio, qualora si sia intenzionati a lasciarlo e soprattutto se i cittadini o comunque i non addetti al lavoro siano destinatari diretti del testo normativo o amministrativo, è l'utilizzo di un glossario che spieghi il significato dei vari tecnicismi utilizzati.

Dal latino deriva anche il verbo *cassare* utilizzato spesso nel corpus preso in esame; questo verbo indica l'azione dell'*annullare*, *abolire*, *cancellare*.

(24) Corte di Cassazione; sezione unite civili; sentenza, 28-06-2005, n. 13831

Essa [la sentenza] deve essere cassata sul punto .....

Un non esperto potrebbe cadere in inganno a causa dell'uso del verbo *cassare*; per un cittadino potrebbe significare che la sentenza deve essere rinviata al massimo organo di giudizio. Non è questo il caso perché si tratta già di una sentenza della Corte di Cassazione.

Oltre alla presenza di parole tecniche, esistono veri e propri costrutti, locuzioni, espressioni tipiche del linguaggio normativo; si veda in (25) un esempio:

(25) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990

Su tale questione, che va affrontata d'ufficio per riguardare la possibilità da parte di questa corte di esercitare i suoi poteri accertativi e decisorii in pendenza di un procedimento penale, si sono riscontrate in dottrina ed in giurisprudenza posizioni non sempre uniformi.

### 3.2 L'uso di latinismi

Il linguaggio giuridico predilige l'uso di termini dotti, "colti" che sembrano contribuire ad innalzare il livello del discorso, un discorso che può essere compreso solo da pochi, cioè solo da coloro i quali riescono ad intuire "l'eleganza" di termini desueti ma soprattutto quella delle espressioni latineggianti. I giuristi hanno una certa familiarità con queste espressioni; sarebbe opportuno sostituire, laddove è possibile, i lati-

nismi con gli equivalenti italiani. Dagli esempi che seguono, possiamo notare l'enorme quantità di latinismi presenti nel corpus:

(26) Tribunale per i minorenni di Genova; sentenza, 30-11-1994  
La questione [...] va risolta positivamente in piena adesione agli argomenti esposti dal rappresentante della pubblica accusa e ciò in considerazione della particolare ratio che ispira il processo penale minorile....

Il termine *ratio* in questo caso è utilizzato come sinonimo di 'dottrina'.

(27) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Di talchè, la pur espressa abrogazione dell'intero capo I del titolo IX del libro secondo del codice penale non ha certamente comportato una generalizzata abolitio criminis...

(28) Tribunale di Bologna; sentenza, 24-05-2004  
Va inoltre osservato che il pregresso impiego di tale sintagma nella commercializzazione del prodotto non ne attua ipso facto la riabilitazione....

(29) Tribunale di Bologna; sentenza, 24-05-2004  
Restringendosi dunque l'illecito della contraffazione brevettuale appare peraltro e solo possibile a questa stregua affermare la concomitante violazione della disciplina concorrenziale, sub specie dell'appropriazione di pregi di impresa concorrente...

(30) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Stessa dinamica veniva riferita dalla convenuta Gan Italia s.p.a., costituitasi in giudizio, la quale contestava altresì il quantum richiesto dall'attore.

(31) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990  
Il tribunale sottolineava che i rapporti tenuti dallo Iossa con Tortora Maria [...] coinvolgevano cointeressenze di natura patrimoniale [...] evidenziando un quid pluris della semplice contiguità all'organizzazione camorristica

(32) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990  
La circostanza poi che il proposto stesse in vinculis, attesa la gravità del reato di associazione di tipo mafioso, non si poneva come incompatibile con l'attualità della pericolosità sociale...

(33) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990  
Se il giudice dovesse ritenere venuti meno i presupposti richiesti per la permanenza dello status custodiae...

(34) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988  
Nel caso di specie si trattava di un mandato oneroso per un rilevantissimo ammontare, conferito dall'Italiana Coke non ad un quisquis ma ad un soggetto di alta esperienza professionale...

*Quisquis* è un pronome indefinito e significa 'chiunque'.

(35) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988  
Italiana Coke è imprenditore commerciale che dovette certamente far ricorso al credito bancario per reperire aliunde quella liquidità che il tempestivo rientro le avrebbe consentito.

*Aliunde*, nella lingua latina, rappresenta un avverbio di moto da luogo che significa 'da un altro luogo': tale termine poteva essere sostituito con la relativa espressione italiana.

(36) Tribunale di Verona; sentenza, 19-11-1999  
In vita il de cuius aveva erogato ingenti somme al fratello...

Nell'esempio (36) il *de cuius* altro non è che il defunto: nonostante si pensi che, attraverso un'espressione latina, si possa utilizzare un linguaggio più aulico, in realtà spesso si cade solo nell'ambiguità.

E ancora, espressioni come il *giudice a quo*, il *tema de quo*, la *questione de qua*, *praeter legem*, *contra legem*, *ab intestato*.

### 3.3 I forestierismi

La lingua si arricchisce prendendo in prestito<sup>31</sup> termini stranieri; non sempre però i forestierismi coprono effettivamente vuoti lessicali dell'italiano. Spesso, infatti, si sovrappongono a parole italiane già esistenti oppure si utilizzano per 'moda'; è il caso di *tout court*, un francesismo che oggi sta entrando sempre più nella nostra lingua e in molti linguaggi settoriali, come testimonia l'esempio rilevato nel corpus:

(37) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Quel che è certo, è che un arbitraggio tout court [...] non sarebbe apparso praticabile né in termini di convenienza né in termini assoluti ed oggettivi.

Altri esempi nel corpus:

(38) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Ora, è bene affermare che la quotazione, raggiunta dal dollaro la mattina del 19 luglio 1985, fu pari, alla chiusura del fixing, a lire 2.200.

(39) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

In particolare, per arbitraggio con cross-rate, si intende acquisto e vendita di valuta in rapporto ad un corso di cambio calcolato da due differenti corsi, comparando una di queste valute con le altre.

(40) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988

Da qui la necessità che i cambisti, presenti in borsa, siano costantemente, in contatto telefonico con i loro colleghi situati nelle dealing rooms, i quali hanno a disposizione ogni strumento d'informazione e di calcolo.

<sup>31</sup> In linguistica, il prestito è quel fenomeno per cui una lingua trae da un'altra un elemento linguistico (di solito lessicale), assumendolo nella sua forma originaria (prestito non adattato: per esempio *bar*, *film*) o adattandolo al proprio sistema fonomorfológico (prestito adattato: per esempio *treno* dall'inglese *train* o *bicicletta* dal francese *bicyclette*).

(41) Tribunale di Bologna; sentenza, 24-05-2004

Va inoltre osservato che il pregresso impiego di tale sintagma nella commercializzazione del prodotto non ne attua ipso facto la riabilitazione in secondary meaning.

I casi (38) e (39) rappresentano anglicismi che, allo stesso tempo, sono tecnicismi del linguaggio economico; assieme a questi, è consigliabile lasciare inalterata l'espressione '*dealing rooms*' (40), che letteralmente significa 'stanze della trattativa', perché trasformarla in italiano non sarebbe efficace e renderebbe la frase più lunga. Nel caso (41) '*secondary meaning*' poteva essere tradotta semplicemente con la corrispondente espressione in italiano, '*significato secondario*'.

### 3.4 L'uso dei connettivi

I connettivi costituiscono un dispositivo per segnalare le relazioni tra avvenimenti e situazioni<sup>32</sup>; il linguaggio delle leggi fa largo uso di preposizioni e congiunzioni complesse (se ne vedano vari esempi in (42)-(48)):

(42) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Di talchè, con sentenza del 26 maggio 2004 la corte distrettuale [...] riduceva la pena ad anni venti di reclusione...

(43) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Donde la valutazione, logica e incensurabile in sede di legittimità, di superfluità dei richiesti mezzi di prova....

(44) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Di guisa che la relativa aggravante non può non essere riferita anche al soggetto che abbia dato la sua adesione...

(45) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Ed invero, dall'affermazione contenuta nella medesima sentenza, laddove si sostiene...

<sup>32</sup> R. A. BEAUGRANDE, W. U. DRESSLER, op. cit., p. 90.

(46) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
Risulta accertato che in occasione e contemporaneamente agli atti di violenza sessuale sono stati posti in essere altresi atti diretti all'uccisione della vittima.

(47) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Orbene, appare opportuno in tal senso richiamare la giurisprudenza di legittimità e di merito in tema di precedenza stradale.

(48) Corte di Cassazione; sezioni unite civili; sentenza, 28-06-2005, n. 13831  
In contumacia del convenuto il tribunale adito respinse la domanda, rilevando che, alla stregua della documentazione prodotta, non sussisteva la forma prescritta per i contratti.

Un'altra caratteristica dei testi normativi è l'eccesso di formule che riprendono continuamente qualcosa che è stato detto in precedenza. Spesso queste riprese anaforiche o deittici testuali sono rappresentate da termini in disuso che sovraccaricano il testo; quelli che seguono sono solo alcuni esempi appartenenti al corpus oggetto di analisi:

(49) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
La sentenza impugnata va annullata con rinvio ad altra sezione della medesima corte, la quale, uniformandosi ai principi di diritto suenunciati, procederà a nuova valutazione.

(50) Tribunale di Bologna; sentenza, 24-05-2004  
D'altronde l'ambiguità linguistica e il pur probabile conio diretto del sintagma non valgono ad aver assicurato al predetto marchio una maggiore tutela.

(51) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990  
Da parte sua lo Iossa dinnanzi al giudice istruttore ha negato ogni addebito, accreditando la tesi che i suoi contatti con l'egizio erano stati determinati da semplici motivi di lavoro, avendo con il suddetto Egizio costituito dapprima una società di pubblicità e poi una cooperativa edilizia.

(52) Corte d'Appello di Napoli; decreto, 03-04-1990  
In siffatto processo [...] si viene a configurare un rapporto di antecedenza logico-giuridica....

(53) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Con atto di citazione del 10 gennaio 2004 l'attore conveniva in giudizio i summenzionati resistenti....

(54) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Alla luce delle suesposte considerazioni...

#### 4. La prolissità: una caratteristica del linguaggio giuridico

Abbiamo visto attraverso l'analisi sintattica che una regola basilare per non rendere il linguaggio complesso consiste nello scrivere frasi brevi: la brevità della frase dipende dal numero di parole ma anche dall'uso di parole brevi. Infatti, alcune parole ed espressioni comunemente usate sono ridondanti e possono essere costituite da espressioni più sintetiche, per esempio « giungere ad una decisione» equivale a «decidere» che è, senza ombra di dubbio, più immediato.

##### 4.1 Le fraseologie ridondanti

Una tendenza molto in uso nel linguaggio giuridico è la preferenza per costrutti ridondanti, locuzioni verbali al posto dei corrispondenti verbi semplici:

(55) Tribunale di Venezia; sentenza, 29-01-1988  
Tale comportamento era imposto dall'art. 1711, 2° comma, c.c., anche nel caso in cui il mandato avesse dovuto esser eseguito proprio ed esclusivamente il 19 luglio 1985.

##### *Frase originale*

(56) Corte d'appello di Napoli,  
sentenza, 03-04-1990

In tal modo l'interpretazione e l'applicazione della norma in esame possa in concreto finire per ridurre l'efficacia dell'apparato produttivo.

##### *Frase riscritta*

(56) Corte d'appello di Napoli,  
sentenza, 03-04-1990

In questo modo l'interpretazione e l'applicazione della norma in esame può ridurre l'efficacia dell'apparato produttivo.

(57) Tribunale per i Minorenni di Genova; sentenza, 30-11-1994  
Il tribunale pronunciava un'ordinanza di differimento del giudizio apparendo opportuno verificare l'esito della messa alla prova.

Ciò non avviene solo con i costrutti verbali ma anche con i sostantivi:

(58) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Assunti i mezzi di prova richiesti, si acquisiva il rapporto di incidente stradale della polizia municipale di Palermo, intervenuta sul luogo del sinistro, la quale, descrivendo la vicenda infortunistica...

(59) Giudice di Pace di Palermo; sentenza, 12-09-2006  
Si procedeva all'espletamento dell'interrogatorio formale

(60) Pretura di Padova, sentenza, 21-05-1997  
Per il vero, questa impostazione interpretativa....

(61) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
[...] per arrestare l'imminente realizzazione dell'evento omicidiario.

#### 4.2 Le formule pleonastiche

Ad aumentare la prolissità dei testi analizzati contribuiscono le cosiddette *formule pleonastiche* in cui la presenza di uno dei due termini è ripetitiva; un caso classico di formula pleonastica è la frase *lo scopo è quello di ottenere* dove il sintagma *quello di* non veicola alcun tipo di informazione e rende pesante il discorso. Ecco un esempio tratto dal corpus:

##### **Frase originale**

(62) Tribunale di Venezia,  
sentenza, 29-01-1988

Il mandato aveva ad oggetto non già un'operazione qualsiasi, bensì il compimento di un atto determinato che poteva esser effettuato solo ed esclusivamente con l'intervento di un istituto bancario.

##### **Frase riscritta**

(62) Tribunale di Venezia, sentenza, 29-01-1988

L'oggetto del mandato era la realizzazione di un atto determinato che poteva essere effettuato esclusivamente con l'intervento di un istituto bancario.

Il linguaggio normativo, così come quello amministrativo, è colmo di questa particolare tipologia di formule pleonastiche.

### 4.3 I riferimenti normativi

I continui rinvii a riferimenti legislativi all'interno delle sentenze (63) contribuiscono ad aumentare la prolissità del testo.

La necessità di rinvii, da parte dei giuristi, ad altre parti dello stesso testo o di suoi annessi oppure ad altri riferimenti normativi non implica necessariamente il dover scrivere tutto ciò all'interno del testo base: un suggerimento potrebbe essere collocare i riferimenti normativi (che spezzano la linearità della frase) nelle note a piè di pagina o eventualmente creare una sorta di appendice alla fine di ogni sentenza in cui collocare tali disposizioni normative. In questo modo è come se l'autore stesso del testo autorizzasse il lettore a saltare alcune porzioni di testo, permettendogli di seguirne il filo logico e ricostruirne il senso.

(63) Corte di Cassazione; sezione I penale; sentenza, 28-01-2005  
È bensì vero che la circostanza aggravante in esame ha natura soggettiva, in quanto attiene all'intensità del dolo del soggetto agente, rivelandone l'indole particolarmente malvagia e l'insensibilità a ogni richiamo umanitario (Cass. 30 maggio 1980, Milan, id., Rep. 1982, voce Circostanze del reato, n. 25; 6 ottobre 1987, Mastrotaro, id., Rep. 1988, voce cit., n. 34).

## 5. La comprensibilità delle sentenze: l'esperimento

In questa seconda parte del mio contributo presento i risultati di un'indagine sulla comprensione dei testi giuridici. L'esperimento è stato costruito a partire dai testi del corpus già analizzato. Il questionario di comprensione è stato somministrato a 50 persone di età compresa tra i 19 ed i 60 anni<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Si è scelto di restringere il campo *età* dai 19 ai 60 anni per due motivi: 1) l'età minima di riferimento dipende dalla fine di un percorso scolastico, dopo il quale il soggetto sceglie se continuare un percorso formativo iscrivendosi all'università o entrare nel mondo del lavoro (l'*età* in tal caso influisce anche su altre variabili sociolinguistiche come la professione e il titolo di studio) inoltre questa è l'età in cui si vota; 2) ho provato a sommini-

Il questionario è articolato in tre sezioni: la prima rileva le variabili sociolinguistiche, quali l'età, il sesso, il titolo di studio e la professione del campione intervistato. La seconda sezione prevede alcune domande a risposta aperta (ciò avviene nel caso in cui si chiede all'intervistato di riassumere in poche righe il contenuto del passo di sentenza proposto) e altre, la maggior parte, a risposta chiusa con scelta di un'opzione tra alcune possibili proposte. Infine, la terza parte riguarda il lessico delle sentenze.

### 5.1 Il campione

Come è possibile osservare dalla tabella 3 il campione è bilanciato rispetto alla variabile sesso (48% donne, 52% uomini). Per quanto riguarda il titolo di studio, più della metà del campione è in possesso di un diploma di scuola superiore<sup>34</sup> (60%), il 28% possiede una laurea<sup>35</sup> e solo il 12% la licenza media:

<b>Sesso</b>	<b>Uomini</b> (26) <sup>36</sup> 52%	<b>Donne</b> (24) 48%	
<b>Età</b>	<b>19-29 anni</b> (17) 34%	<b>30- 49 anni</b> (19) 38%	<b>50 – 60 anni</b> (14) 28%
<b>Titolo di studio</b>	<b>Licenza Media</b> (6) 12%	<b>Diploma di scuola media superiore</b> (30) 60%	<b>Laurea</b> (14) 28%

Tabella n. 3 – Variabili sociolinguistiche del campione

strare il questionario anche a soggetti che avevano un'età superiore ai 60 anni. Alle volte, il livello di scolarizzazione si abbassava notevolmente con una forte conseguenza sulla capacità di rispondere al questionario.

<sup>34</sup> Tra coloro i quali sono in possesso di un diploma di scuola superiore, alto è il numero di chi ha frequentato scuole tecniche (Istituto per ragionieri (9), Istituto per geometri (3), Istituto tecnico industriale(6)), più basso per chi ha frequentato l'Istituto Magistrale (6) ed i Licei Classico, Scientifico, Linguistico (6).

<sup>35</sup> Tra i diplomi di laurea rientrano: 1. le facoltà medico-scientifiche > Odontoiatria (1), Ostetricia (1), Scienze infermieristiche (1), Scienze del Servizio Sociale (2); 2. le facoltà umanistico-linguistiche > Lettere (1), Pedagogia (1), Lingue (1); 3. le facoltà giuridico-economiche > Giurisprudenza (3), Scienze dell'Amministrazione (1), Economia e Commercio (1), Economia aziendale (1).

<sup>36</sup> Da questo momento in poi i numeri in parentesi indicheranno le occorrenze, ovvero quante persone sono in possesso di alcuni parametri o quante volte si ripete un certo fenomeno.

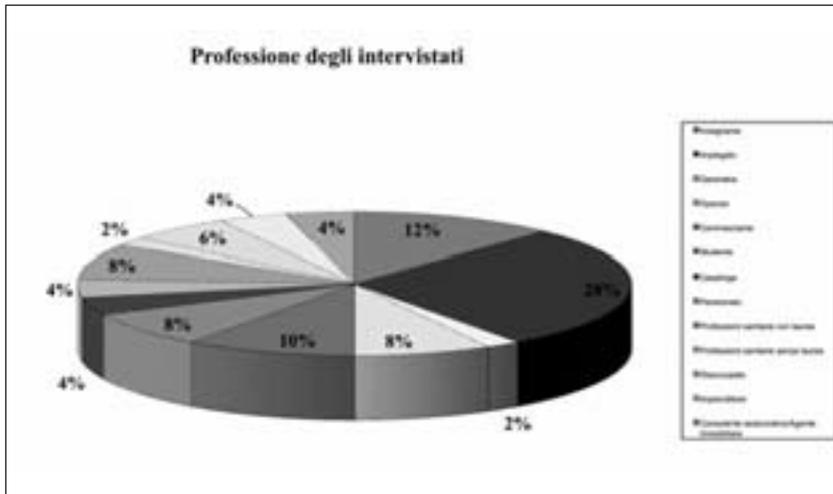


Grafico n. 5 – Professione degli intervistati

In riferimento all'indicatore *Professione* (grafico 5), la maggior parte degli intervistati (28%) rientra nella categoria 'impiegato' (14): all'interno di tale categoria si collocano i dipendenti pubblici (6) e privati (5), i collaboratori scolastici (1), le segretarie (2). Segue la categoria 'insegnante' (12%) al cui interno rientrano docenti di scuola dell'infanzia, primaria, secondaria di primo e secondo grado, seguita subito dopo dalla categoria 'commerciante' (un negoziante di ferramenta, un barista, una parrucchiera, un negoziante di telefonia e un proprietario di un'edicola) e 'professioni sanitarie con laurea' (8%); in quest'ultima tipologia rientrano un odontoiatra, un'ostetrica, un'infermiera, un'assistente sociale.

## 5.2 Il parere dei cittadini

Per ovvi motivi, le domande di comprensione sono state costruite solo a partire da alcune porzioni del corpus. La scelta è caduta sulle sentenze che trattavano argomenti più noti ad un pubblico di non esperti del linguaggio giuridico e di atti giudiziari. In particolare le 4 sentenze da cui sono stati ricavati brani trattano i seguenti argomenti:<sup>37</sup>

a) un incidente stradale;

<sup>37</sup> Volutamente ho deciso di proporre passi descrittivi della sentenza e non ho voluto mettere i cittadini di fronte al *dispositivo* nel quale i tecnicismi sono molto più diffusi.

- b) un procedimento a carico di due minorenni per i reati penali di minacce e oltraggio a pubblico ufficiale;
- c) un testamento di eredità;
- d) una richiesta di pagamento da parte di un ingegnere che aveva svolto un incarico professionale presso un ente pubblico.

Il primo brano sottoposto all'attenzione del campione è il seguente (incidente stradale). Riporto qui dal questionario sia il brano sia la consegna che lo precede:

**1. Di seguito le proponiamo un passo di una sentenza: si parla di un incidente stradale che si è verificato a Palermo. Dopo aver letto attentamente il passo, risponda alle domande segnando con una crocetta la risposta che le sembra più appropriata.**

All'esito dell'istruzione dibattimentale, si ritiene che il sinistro per cui è processo si sia verificato a seguito di un concorso di colpa sia del conducente attoreo, Molina Luigi, che del convenuto Tanzariello Raffaele. In tal senso assume valore probatorio il rapporto di incidente stradale della polizia municipale di Palermo, intervenuta sul luogo del sinistro, la quale, descrivendo la vicenda infortunistica, rilevava che l'attore, pervenuto all'intersezione con la via Marchese di Villabianca, ometteva di rispettare le prescrizioni imposte dalla segnaletica di stop presente sulla direzione di marcia (via Mario Rutelli) e che da tale omissione scaturiva la collisione con l'autovettura tg. BF 884 WG che percorreva la corsia riservata ai mezzi pubblici di via Marchese di Villabianca con direzione di marcia da via Duca della Verdura verso via Marchese di Roccaforte.

**Domanda n. 1**



Grafico n. 6 – Risposte alla domanda n. 1 della prima sentenza

La prima domanda che abbiamo posto agli intervistati comporta una risposta aperta nella quale il cittadino riassume il passo di sentenza, consentendoci di valutare se abbia compreso o meno il significato complessivo del testo. Come si evince dal grafico 6 la maggior parte degli intervistati sembra aver saputo sintetizzare il passo della sentenza proposto. In realtà, 12 persone hanno riassunto in modo errato, dimostrando che il testo non era molto chiaro: la percentuale degli intervistati che ha risposto in maniera sbagliata va dunque a sommarsi alla percentuale dei NO, ovvero di coloro che non sono stati in grado di riassumere. I risultati dimostrano quindi che il 60% del campione non ha riassunto o ha riassunto in modo sbagliato il passo e solo il 40% ha compreso il testo. Gli intervistati hanno avuto modo inoltre di esprimere il perché non fossero stati in grado di riassumere il passo della sentenza:

- a) Non sono in grado di riassumere. I termini sono troppo tecnici (professionista sanitario)
- b) No. Forse, se me lo lasciasse per dodici ore potrei capirci qualcosa (commerciante)
- c) No. Il testo ha parole molto complesse (studentessa)
- d) No perché poco chiaro (insegnante)
- e) No, ci sono troppe vie e non è chiaro chi ha causato l'incidente (commerciante)

**Domanda n. 2**

*Chi si è rivolto per primo ad un legale per iniziare un'azione giudiziaria?*

- a) Luigi Molina
- b) Raffaele Tanzariello
- c) Entrambi
- d) Non si capisce

La risposta corretta è la a) Luigi Molina. È stato infatti Luigi Molina a rivolgersi per primo ad un legale per intraprendere la via giudiziaria; ciò lo si evince dall'uso dell'aggettivo *attoreo* che, in termini giuridici, indica colui il quale cita in giudizio, compie l'azione legale. La metà del campione ha risposto correttamente.

Un dato sicuramente importante da constatare è che su 25 intervistati che sbagliano la risposta <sup>38</sup> possiedono una laurea, segno che il lin-

<sup>38</sup> Il numero sembrerebbe insignificante: ricordiamo però che il totale degli intervistati che possiedono una laurea è 14.

guaggio in cui sono scritte le sentenze non risulta comprensibile nemmeno a chi ha un livello alto di scolarizzazione.

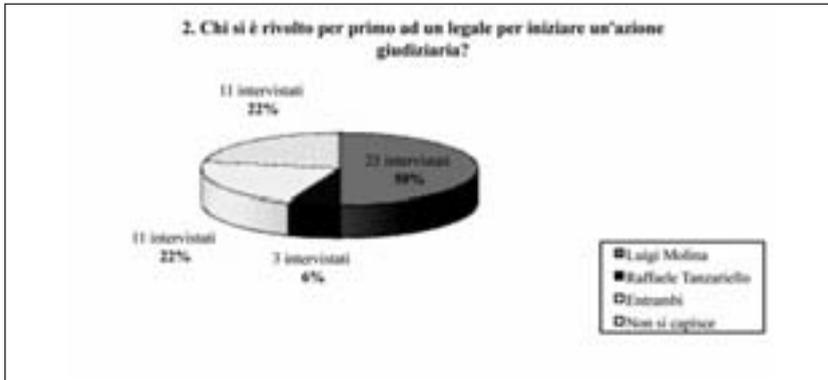


Grafico n. 7 – Risposte alla domanda n. 2 della prima sentenza

**Domanda n. 3**

*Da quale via giungeva il Molina?*

*a) Da via Marchese di Roccaforte*

*b) Da via Mario Rutelli*

*c) Da via Duca della Verdura*

*d) Da via Marchese di Villabianca*

La risposta corretta è la b) da via Mario Rutelli. Dalla sentenza si evince che la direzione di marcia del sig. Molina, quindi la via dalla quale giungeva, è via Mario Rutelli e l'incidente è avvenuto all'incrocio tra via Mario Rutelli e via Marchese di Villabianca.

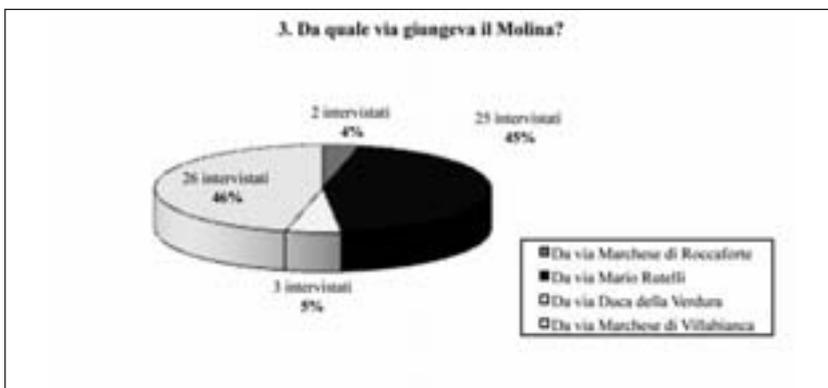


Grafico n. 8 – Risposte alla domanda n. 3 della prima sentenza

Il 46% degli intervistati, cioè la maggior parte, sbaglia la risposta confondendosi con l'altra via dell'incrocio, Via Marchese di Villabianca, dalla quale invece proveniva Raffaele Tanzariello. Un dato significativo è che il 9% risponde addirittura con i nomi delle altre due vie che non hanno nulla a che fare con il luogo dove è avvenuto l'incidente. Esse si limitano ad indicare nel testo la direzione di marcia di Tanzariello.

**Domanda n. 4**

***Quale automobile circolava sulla via riservata ai mezzi pubblici?***

- a) l'automobile di Luigi Molina***
- b) l'automobile di Raffaele Tanzariello***
- c) nessuna automobile***

La risposta corretta è la b) l'automobile di Raffaele Tanzariello. L'automobile targata BF 884 WG che circolava sulla via riservata ai mezzi pubblici appartiene a Raffaele Tanzariello. Quasi tutto il campione ha risposto correttamente a questa domanda: ciò a dimostrazione del fatto che laddove l'inferenza è costruita bene, si raggiunge un'elevata soglia di comprensibilità da parte dei cittadini.

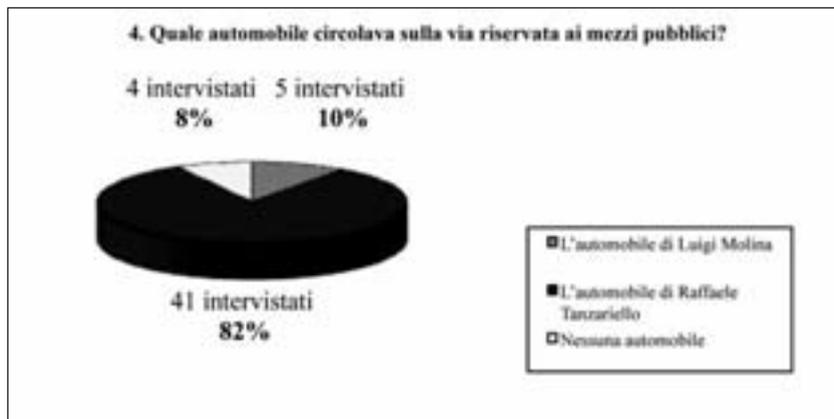


Grafico n. 9 – Risposte alla domanda n. 4 della prima sentenza

L'informazione dalla quale si evince che l'automobile che circolava sulla via riservata ai mezzi pubblici è di Raffaele Tanzariello è facilmente reperibile nel testo. Tuttavia un intervistato risponde nel seguente modo: «Se fossi in grado di sapere a chi appartiene l'autovettura targata BF 884 WG allora potrei rispondere correttamente».

**Domanda n. 5**

*L'incidente si è verificato:*

- a) *per colpa di Luigi Molina*
- b) *per colpa di Raffaele Tanzariello*
- c) *non si capisce*
- d) *la colpa è di entrambi*

La risposta corretta è la d) la colpa è di entrambi. Nel passo riportato, infatti, si ritiene che l'incidente sia avvenuto a seguito di un *concorso di colpa*.

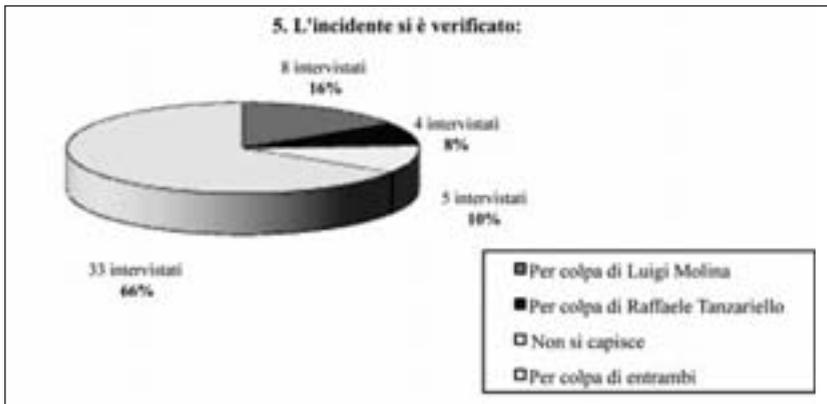


Grafico n. 10 – Risposte alla domanda n. 5 della prima sentenza

Più della metà del campione ha risposto correttamente al quesito, avendo capito che si è trattato di un concorso di colpa; ciò nonostante il 34% attribuisce la responsabilità ad uno dei due conducenti o addirittura sostiene che nel testo non si capisce per colpa di chi si sia verificato l'incidente.

Il secondo gruppo di domande riguarda un procedimento penale a carico di due adolescenti per i reati di minacce ed oltraggio nei confronti di un pubblico ufficiale. Ecco il testo con la consegna:

***2. Quella che segue è una sentenza del Tribunale per i Minorenni di Genova che tratta di un procedimento a carico di due minorenni per i reati penali di minacce ed oltraggio nei confronti di pubblico ufficiale. Dopo aver letto attentamente, risponda alle domande che le proponiamo.***

Con riferimento al primo procedimento in ordine di tempo il tribunale, esaurita l'istruttoria dibattimentale (da cui emergevano elementi di responsabilità a carico degli imputati alla luce delle pun-

tuali dichiarazioni delle parti lese), preso atto delle proposte del servizio sociale minorile, con ordinanza in data 18 maggio 1994 sospendeva il giudizio al fine di sottoporre entrambi i ragazzi ad un articolato progetto di messa alla prova per la durata di sei mesi. Alla luce delle esaustive relazioni del servizio sociale minorile si ricavano lusinghieri giudizi circa il comportamento tenuto dai due ragazzi durante il periodo di messa alla prova che doveva, quindi, intendersi positivamente superato per entrambi. Conseguentemente, tutte le imputazioni sarebbero ricadute nell'ambito di un'unica valutazione della messa alla prova e il processo avrebbe potuto essere definito con una declaratoria di estinzione dei reati per effetto dell'esito positivo della prova.

**Domanda n. 1**

*Cosa succede ai due ragazzi?*

- a) Sono andati in carcere
- b) Sono stati arrestati
- c) Sono stati sottoposti ad un periodo di accertamento
- d) Sono diventati assistenti sociali

La risposta esatta è la c) Sono stati sottoposti ad un periodo di accertamento. In realtà, dal testo non si intuisce immediatamente che i due siano stati sottoposti ad un periodo di accertamento. L'espressione che rimanda a tale interpretazione è "...un articolato progetto di messa alla prova".

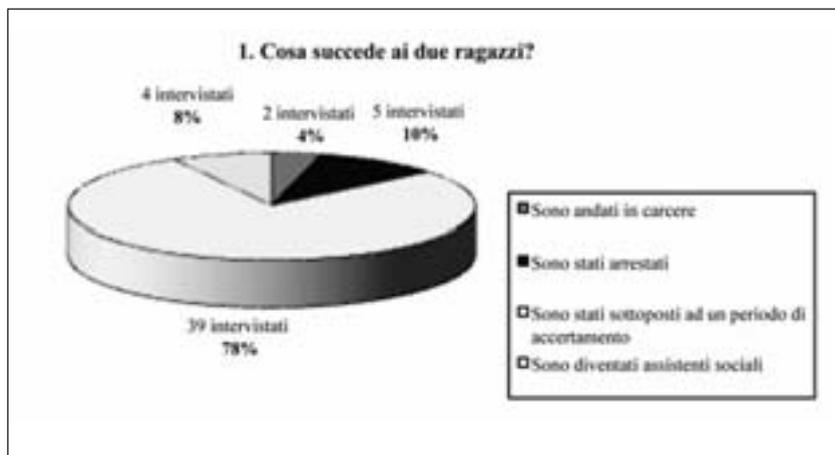


Grafico n. 11 – Risposte alla domanda n. 1 della seconda sentenza

Ben il 78% degli intervistati risponde correttamente al quesito. La risposta che andava sicuramente scartata è la *d) Sono diventati assistenti sociali*; è davvero curioso che, seppur minima (8%), c'è una percentuale di cittadini che risponde in questo modo.

**Domanda n. 2**

*Nel passo che ha appena letto appare il termine 'declaratoria'. Saprebbe dire cosa significa?*

- a) sentenza*
- b) contratto*
- c) accertamento*
- d) nessuna delle precedenti*

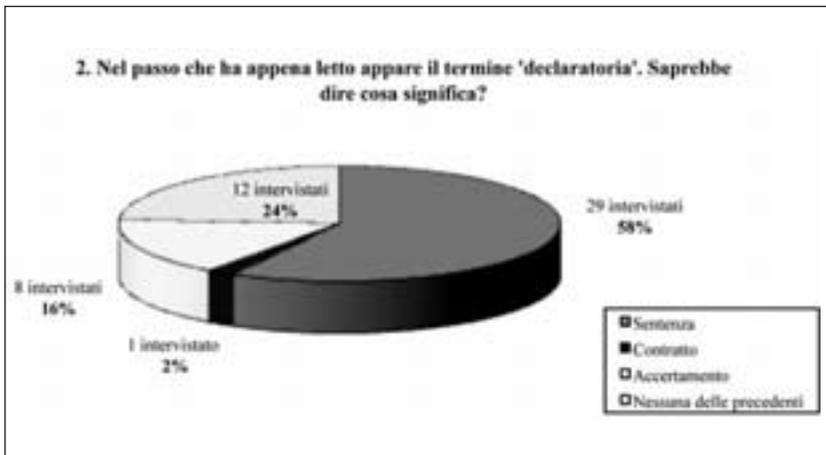


Grafico n. 12 – Risposte alla domanda n. 2 della seconda sentenza

Ogni qualvolta ho somministrato i questionari, ho scelto di assistere, come osservatore non partecipante, alle modalità di lettura e di approccio al test.

Tutti gli intervistati, prima di rispondere a tale domanda, hanno cercato il termine all'interno del passo proposto, esercitandosi a sostituire alla parola *declaratoria* le quattro opzioni che erano state fornite.

Naturalmente, grazie al contesto linguistico, il 58% del campione ha intuito che *declaratoria* è un sinonimo di *sentenza*.

**Domanda n. 3**

Alla fine i ragazzi sono stati:

a) accusati

b) prosciolti

c) prosciolti, dopo aver effettuato un periodo di prova che ha avuto esito positivo

d) la causa non è ancora finita

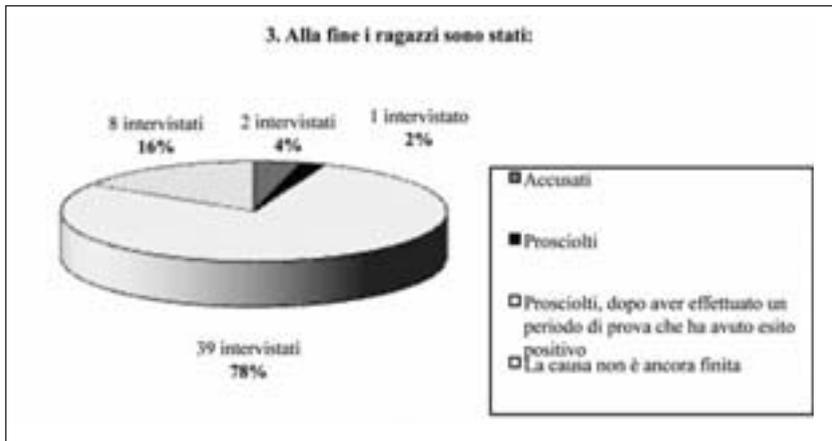


Grafico n. 13 – Risposte alla domanda n. 3 della seconda sentenza

La risposta corretta è la d) la causa non è ancora finita.

Il 78% degli intervistati viene tratto in inganno dall'uso del condizionale. In effetti, è assolutamente vero che il periodo di prova dei due minorenni ha avuto esito positivo ma non si evince da nessuna parte la certezza che i due siano stati prosciolti. Il verbo utilizzato dal giudice estensore non è reso all'indicativo, quale modo della certezza; si preferisce utilizzare il condizionale, modo ipotetico. Infatti, nel passo si legge: "[...] il periodo di messa alla prova doveva quindi intendersi positivamente superato per entrambi. Conseguentemente, tutte le imputazioni sarebbero ricadute nell'ambito di un'unica valutazione della messa alla prova e il processo avrebbe potuto essere definito con una declaratoria di estinzione dei reati per effetto dell'esito positivo della prova".

Solo il 16% del campione, cioè 8 intervistati, risponde che la causa non è ancora finita. Questo rappresenta uno dei casi lampanti di ambiguità del linguaggio giuridico, un'ambiguità che dipende proprio dall'uso di un elemento linguistico: il modo verbale.

Il terzo brano proposto tratta dello svolgimento di un processo dopo che, a distanza di diciassette anni dalla morte del *de cuius*, viene ritrovato il testamento di eredità.

***3. Attraverso la sentenza che segue, il Tribunale di Verona affronta il ritrovamento di un testamento di eredità.***

Con atto di citazione notificato il 30 ottobre 1989, Umberto Vantini evocava in giudizio Gabriella Vantini e Giuliana Vantini in Marin chiedendo che si desse esecuzione al testamento della madre Andreina Derna Manenti, scoperto diciassette anni dopo la di lei morte, consentendogli il recupero di parte dei beni attribuiti alle coeredi, ovvero in via subordinata condannandole al risarcimento dei danni per aver occultato il testamento. Quanto alla successione del padre Vittorio Vantini chiedeva che il testamento fosse da considerare risolto per avveramento della condizione e che si procedesse alla divisione dell'asse, previa sua formazione. Esponeva che alla morte della madre non era stato rinvenuto il testamento in cui ella, come aveva dichiarato a suo dire prima del decesso, lo aveva favorito e che pertanto i beni immobili relitti erano stati venduti (due fondi rustici siti in Remedello Sopra (BS)) o permutati mantenendo la comunione; che nel 1989, dopo la morte di Vittorio Vantini, una nipote aveva rinvenuto il testamento della defunta madre delle parti, fino ad allora celato dal di lei marito; che egli intendeva pertanto conseguire l'intero corrispettivo del fondo di Remedello a lui attribuito nel testamento e la quota di metà dell'immobile conseguito con la permuta dell'appartamento di via San Fermo in Verona. Parte convenuta Giuliana Vantini si costituiva eccependo che l'azione relativa all'eredità materna era prescritta e che privo di prova era l'atteggiamento doloso del comune genitore nel celare il testamento. Quanto all'eredità paterna deduceva che in vita il de cuius aveva erogato ingenti somme al fratello attore e chiedeva che nella massa fossero conferite tutte le donazioni e i prelievi da questo ottenuti.

**Domanda n. 1**

*Chi aveva lasciato il testamento?*

- a) la madre di Vittorio Vantini*
- b) il padre di Vittorio Vantini*
- c) la madre di Umberto, Giuliana e Gabriella Vantini*
- d) il padre di Umberto, Giuliana e Gabriella Vantini*

La risposta esatta è la c) la madre di Umberto, Giuliana e Gabriella Vantini. Infatti Umberto Vantini cita in giudizio le sue sorelle, Giuliana e Ga-

briella, a causa di un testamento che aveva lasciato sua madre, Andreina Derna Manenti, e che fu ritrovato diciassette anni dopo la sua morte.

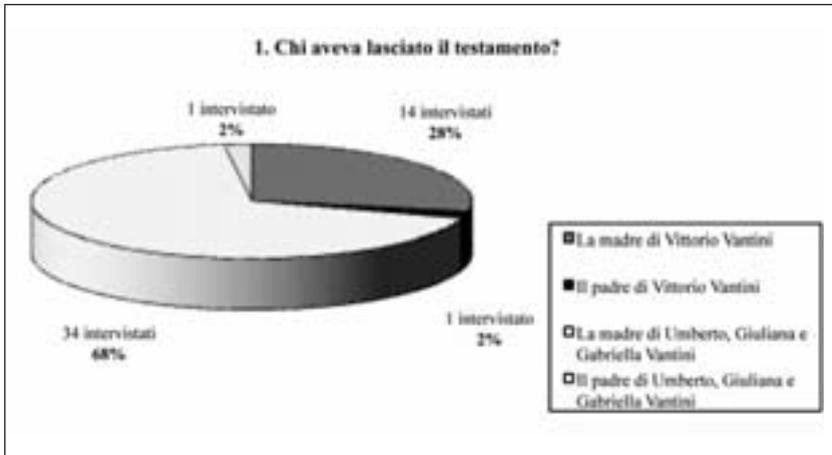


Grafico n. 14 – Risposte alla domanda n. 1 della terza sentenza

Quasi tutto il campione intuisce che a lasciare il testamento sia stata una figura femminile: c'è chi fa confusione tra la madre di Umberto, Giuliana e Gabriella e la madre di Vittorio Vantini; in realtà quest'ultima figura è stata inventata. Il 68% degli intervistati risponde correttamente.

#### Domanda n. 2

*Chi aveva nascosto il testamento?*

- a) *Vittorio Vantini*
- b) *Andreina Derna Manenti*
- c) *Giuliana e Gabriella Vantini*
- d) *Una nipote*

La risposta esatta è la a) Vittorio Vantini. Lo si intuisce leggendo il passo della sentenza proposto quando si afferma che “nel 1989, dopo la morte di Vittorio Vantini, una nipote aveva rinvenuto il testamento della defunta madre delle parti, fino ad allora celato dal di lei marito”. È stato il marito di Andreina Derna Manenti, Vittorio Vantini, a nascondere il testamento; la funzione svolta dalla nipote è invece averlo ritrovato. Nessun intervistato ha risposto segnando una crocetta sulla lettera b): la sentenza è chiara quantomeno in base al fatto che la defunta non avrebbe potuto nascondere il testamento da lei stessa lasciato.

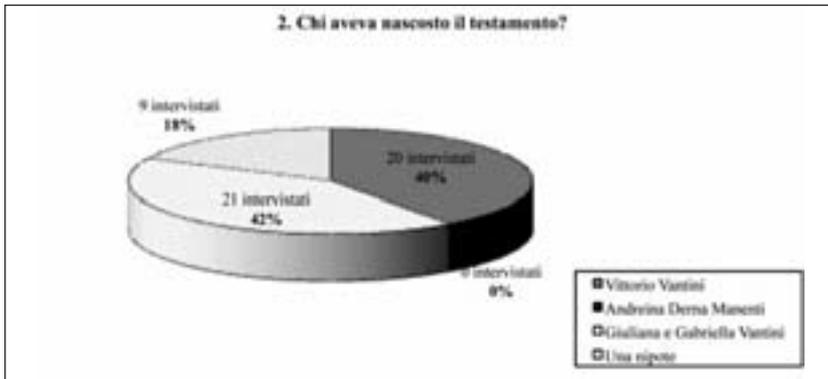


Grafico n. 15 – Risposte alla domanda n. 2 della terza sentenza

In questo caso la percentuale più alta degli intervistati sbaglia la risposta, individuando le figlie quali responsabili di aver nascosto il testamento della loro madre.

### Domanda n. 3

*Nel testo viene utilizzata l'espressione latina 'de cuius' (che abbiamo sottolineato). Saprebbe indicare a chi si riferisce?*

- a) ad Umberto Vantini
- b) ad Andreina Derna Manenti
- c) a Vittorio Vantini
- d) a nessuno dei precedenti

La risposta esatta è la lettera c) a Vittorio Vantini. L'espressione 'de cuius' infatti indica nel linguaggio giuridico la persona defunta e che godeva di particolari diritti.

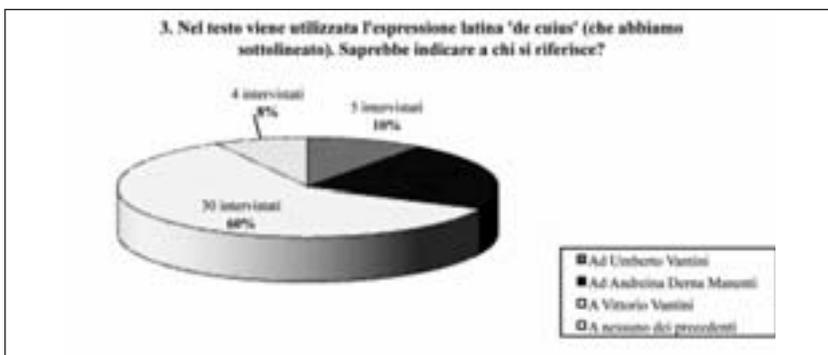


Grafico n. 16 – Risposte alla domanda n. 3 della terza sentenza

Sembra essersi cristallizzato nella lingua comune l'uso del *de cuius*: il 60% lo attribuisce, giustamente, a Vittorio Vantini. Un dato significativo è che il 10% degli intervistati, dimostrando di non cogliere assolutamente il suo significato, lo assegna addirittura ad Umberto Vantini che, peraltro, è ancora in vita al momento del lascito testamentario.

L'ultimo brano proposto riguarda una richiesta di pagamento da parte di un affidatario di incarico professionale nei confronti di un ente pubblico.

***4. Proponiamo infine un'ulteriore sentenza: questa volta però non presentandola ma lasciando al lettore il compito di comprendere di cosa si stia parlando***

Con citazione notificata il 30 ottobre 1995 l'ing. Nicola Barone convenne in giudizio il comune di Mentana davanti al Tribunale di Roma chiedendo che l'ente fosse condannato al pagamento della somma di lire 79.988.455, con interessi e rivalutazione, a titolo di compenso per l'espletamento di un incarico professionale (progettazione di un centro sportivo) a lui affidato con delibera della giunta municipale. In via subordinata chiese la condanna del convenuto al pagamento della stessa somma o di altra da determinare anche in via equitativa, a titolo d'indebito arricchimento.

In ogni caso chiese la condanna al risarcimento dei danni subiti, sempre con interessi e rivalutazione. In contumacia del convenuto il tribunale adìto, con sentenza depositata il 23 ottobre 1997, respinse la domanda, rilevando che, alla stregua della documentazione prodotta, non sussisteva la forma prescritta per i contratti stipulati dagli enti pubblici (la mera delibera di giunta, prodotta dall'attore a sostegno della pretesa azionata, stabiliva che il professionista nulla avrebbe potuto chiedere per la progettazione fino a quando non fosse stato ottenuto il relativo finanziamento).

**Domanda n. 1**



Grafico n. 17 – Risposte alla domanda n. 1 della quarta sentenza

Come per la prima sentenza, abbiamo chiesto agli intervistati di riassumere il passo di sentenza proposto. Si nota subito dal grafico n. 22 che il 44%, quindi quasi la metà del campione, non è stato in grado di riassumere. Se a questo dato percentuale aggiungiamo anche il valore di chi ha riassunto in modo errato, la percentuale sale addirittura al 70%.

Vale la pena riportare alcune motivazioni di coloro i quali non sono stati in grado di produrre un riassunto:

1. No. All'ing. Barone venne affidato l'incarico di progettazione di un centro sportivo e poi non ci capisco più nulla (insegnante)
2. No, ci sono troppe parole con significato giuridico (studentessa)
3. All'ing. Barone era stato affidato un lavoro di edilizia. Forse il lavoro non è stato più fatto e l'ing. Barone chiede i danni per non aver fatto il lavoro e il non aver potuto accettare altri lavori (impiegata).

**Domanda n. 2**

***Il tribunale:***

- a) ha dato ragione all'ing. Nicola Barone
- b) ha dato ragione al Comune
- c) ha disposto che il Comune pagasse l'ing. Barone
- d) ha rinviato la causa

La risposta esatta è la b) ha dato ragione al Comune. Lo si evince dalla seguente espressione presente nel passo: “[...] il tribunale, con sen-

tenza depositata il 23 ottobre 1997, respinse la domanda”. La motivazione al mancato accoglimento della richiesta da parte dell’ingegnere è chiaramente esplicitata: “[...] rilevando che non sussisteva la forma prescritta per i contratti stipulati dagli enti pubblici...”

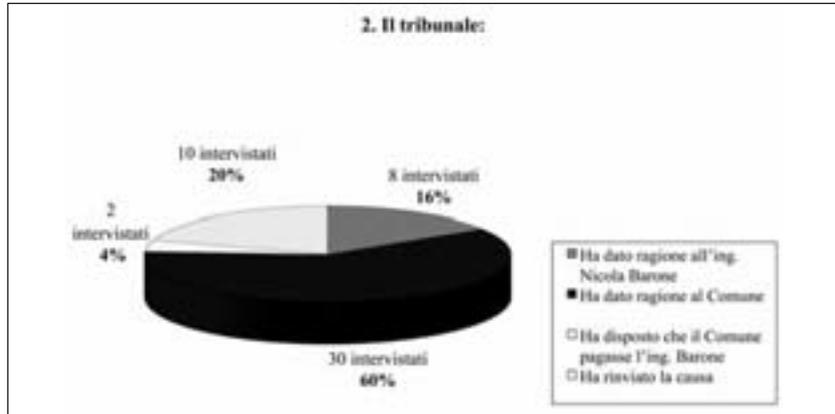


Grafico n. 18 – Risposte alla domanda n. 2 della quarta sentenza

Oltre la metà del campione - il 60% - risponde correttamente a questo quesito. Relativamente alta (20%) risulta essere la percentuale di coloro i quali sostengono che la causa sia stata rinviata; si tratta di un dato che vale la pena prendere in considerazione perché, nel passo sottoposto all’attenzione del campione, non ci sono riferimenti che facciano pensare ad un rinvio. Potrebbe essere stata l’espressione *in contumacia* a confondere una parte degli intervistati.

### Domanda n. 2

L’ing. Barone chiede:

- a) il pagamento di lire 79.988.455
- b) il pagamento di una somma più alta di 79.988.455 lire
- c) un compenso (la cui somma sarebbe stata stabilita dal Tribunale) per il lavoro da lui svolto
- d) non si capisce

La risposta esatta è la b) il pagamento di una somma più alta di 79.988.455 lire. Lo si capisce quando l’ingegnere chiede il pagamento della somma di lire 79.988.455 con interessi e rivalutazioni.

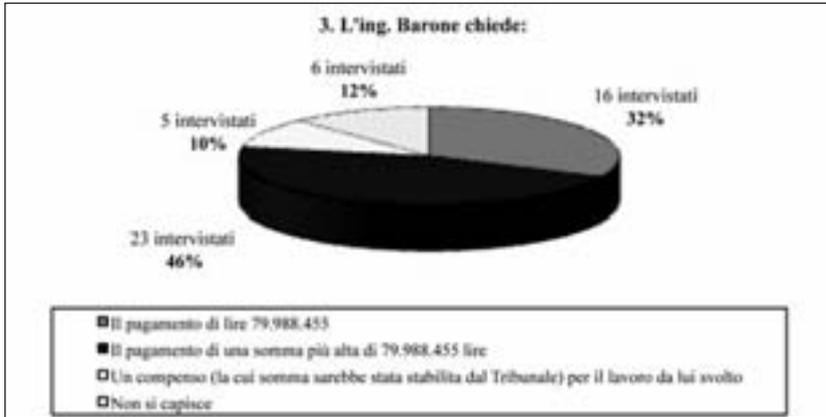


Grafico n. 19 – Risposte alla domanda n. 3 della quarta sentenza

Il 46% del campione risponde in maniera corretta.

### 5.3 Il lessico giuridico dal punto di vista dei non addetti ai lavori

Il questionario si conclude con una parte dedicata al lessico utilizzato per la redazione di questi atti giudiziari. Abbiamo chiesto agli intervistati di fornire il significato e i sinonimi di una serie di termini non solo strettamente specialistiche.

Dalla tabella 4 che segue si può osservare la vasta gamma di sinonimi e significati che il gruppo di intervistati ha indicato per ciascun termine proposto<sup>39</sup>.

<i>Lemmi</i>	<i>Significato corretto</i>	<i>Significati forniti dagli intervistati</i>
1. (conducente) attoreo	Nel passo analizzato, il termine 'conducente' indica semplicemente l'autista, colui che guida un mezzo. Ad esso viene	1. Conducente colpevole, colpevole (2). 2. Chi promuove la causa (2), colui che ricorre al tribunale e cita l'altra

<sup>39</sup> Ho ritenuto utile affiancare ai vari significati un numero tra parentesi tonde che indica quante volte sia stato proposto quello stesso sinonimo o espressione semantica.

	<p>accostato l'aggettivo 'attore' che, nel linguaggio giuridico, indica colui il quale cita in giudizio, intraprende l'azione legale.</p>	<p>parte, colui che ha attivato la procedura legale (2), colui che propone la domanda giudiziale (2), chi intraprende un'azione giudiziaria (2), il conducente che si è rivolto per primo all'avvocato (3), colui che denuncia, conducente che prende l'iniziativa del processo, colui che intenta la causa (2), chi inizia il processo, colui che cita in giudizio.          3. Conducente attore (2), l'attore (3), autista che compie l'azione, chi guida l'auto e di professione fa l'attore, che guida la vettura e cita in giudizio, conducente che propone domanda risarcitoria per danni materiali (2), chi guida un veicolo e intraprende l'azione legale.          4. Chi compie il fatto.          5. Soggetto attivo (2), il protagonista.</p>
<p><b>2. <i>convenuto</i></b></p>	<p>Chi è citato a comparire come parte in un processo, chi è citato in giudizio</p>	<p>1. La controparte (4), l'altra parte avversa o la parte avversa (2), parte civile          2. Colui che è stato citato in giudizio (10), parte che viene chiamata in causa (3), colui che è tenuto a rispondere (3)          3. Una delle parti del processo, chi è chiamato a difendersi (2)</p>

		<p>4. Chiamato dall'attore a presentarsi dinanzi al giudice, soggetto contro il quale l'attore propone una domanda giudiziale (2), colui che resiste alla domanda, chi subisce l'azione</p> <p>5. Colui che inizia la causa</p> <p>6. Chi arriva per primo</p> <p>7. Dello stesso</p> <p>8. Il presente</p>
3. <i>valore probatorio</i>	Che ha valore di prova	<p>1. Valore legale, che ha valore di prova (13), valore provato (5), valore stabilito, valore derivato da perizia, il valore che può avere una prova ai fini del processo (2), qualcosa di ufficialmente provato (2).</p> <p>2. Atto che costituisce una prova effettiva per il processo, il peso della prova nel contesto processuale, tale da provare la responsabilità.</p> <p>3. Ha efficacia a dimostrare che un fatto si è verificato, efficacia riconosciuta ad un atto o ad un fatto per essere utilizzato come prova nell'ambito del giudizio, valore che può essere dimostrato.</p> <p>4. Elementi su cui si fonda la domanda</p> <p>5. Autenticità del documento</p> <p>6. Significato</p>

<p><b>4. sinistro</b></p>	<p>Incidente, tipicamente utilizzato nel linguaggio burocratico e delle assicurazioni</p>	<p>1. incidente (31), incidente stradale (3).                  2. Incidente grave, incidente avvenuto accidentalmente con danni gravi                  3. Collisione tra veicoli (2)                  4. Evento negativo, evento naturalistico che fa scattare l'operatività delle garanzie della polizza</p>
<p><b>5. omettere</b></p>	<p>Tralasciare (per lo più intenzionalmente), trascurare, dimenticare, sorvolare, glissare, lasciar correre.</p>	<p>1. Tralasciare (4)                  2. Non rivelare, non fare (6), non dire (5), non rispettare (2), non mettere, non adempiere                  3. Nascondere (7), celare                  4. Escludere, evitare di indicare qualcosa (3), dimenticare (2)                  5. Dire il falso (2), falsare                  6. Mancare (3), mancato compimento di un'azione doverosa</p>
<p><b>6. prescrizioni</b></p>	<p>Disposizioni, norme, regole, direttive, indicazioni.</p>	<p>1. Regole (4), indicazioni (3), norme (2), direttive, disposizioni, obbligo                  2. Consigli                  3. Scritto prima, prima dello scritto (dal latino), dal latino 'ordinare per iscritto'                  4. Mancato rispetto dei termini per l'esercizio di un'attività giudiziaria, periodo di tempo dopo che è scaduta la causa, termini di scadenza (4), periodo oltre il quale un diritto decade (2)</p>

		<p>5. Estinzione di un diritto non esercitato nei termini di legge (2), estinzione del reato trascorso del tempo, perdita della capacità di esercitare un diritto (3)</p> <p>6. Termine per cui non è più possibile giudicare</p> <p>7. Sanzioni (2)</p>
<b>7. istruttoria</b>	Fase del processo in cui si svolgono tutti gli atti necessari ad istruirlo	<p>1. Legge</p> <p>2. Procedimento (5)</p> <p>3. Fase del processo (7), fase processuale di accertamento (2), fase del processo in cui si acquisiscono prove (2), fase di indagine in un processo (2), fase atta a dimostrare un fatto (pratica), fase del processo che avviene secondo un dibattito.</p> <p>4. Le azioni introduttive di un processo (2), atti preliminari di un processo, complesso di attività colte ad accertare la verità.</p> <p>5. Indagini sul caso, acquisizione di tutte le informazioni, periodo per raccogliere elementi in vista di un processo</p> <p>5. Analisi</p> <p>4. Uno che ti istruisca</p>
<b>8. contumacia</b>	Mancata costituzione di una parte in giudizio	<p>1. Assenza (5), situazione in cui l'imputato non si presenta in tribunale (6), assenza volontaria</p>

		<p>di una parte del processo (se regolarmente citata), assenza ingiustificata di una delle parti in giudizio (2), il condannato non presiede, colui che omette di costituirsi dinanzi al Foro che esamina il procedimento, mancata costituzione in giudizio.</p> <p>2. Condanna per mancata presentazione (2), giudizio in assenza del convenuto.</p> <p>3. Disobbedienza al giudice</p> <p>4. Difesa</p> <p>5. Pena, condanna</p> <p>6. Recidivo</p> <p>7. Rinvio (2), rinviare, astenersi dal giudizio</p>
--	--	--

Tabella n. 4 – Il lessico giuridico: i risultati

Nella tabella 5 invece abbiamo indicato il numero di cittadini che non è stato in grado di dare una spiegazione o un sinonimo alla lista delle voci lessicali.

<i>Lemmi</i>	<i>N° intervistati</i>
1. (conducente) attoreo	14
2. convenuto	14
3. valore probatorio	16
4. sinistro	10
5. omettere	9
6. prescrizioni	17
7. istruttoria	19
8. contumacia	21

Tabella n. 5 - Gli intervistati e le voci lessicali

Era immaginabile che un termine come *contumacia* non venisse recepito da tutti: infatti è quello che ha ottenuto il numero più alto di cittadini che non hanno saputo spiegare il significato. Stessa cosa dicasi per *istruttoria*. Colpisce molto invece il dato relativo all'espressione *valore probatorio* che credevo fosse di significato molto più comune rispetto, ad esempio, ad un termine quale *convenuto*.

Non pochi problemi di comprensione si sono registrati col termine *prescrizioni*: la scelta di inserire tra le voci lessicali questo lemma, volutamente al plurale, è strategica. L'obiettivo era di osservare se ci fosse stata una sovrapposizione semantica con lo stesso termine, utilizzato però al singolare 'prescrizione'. Infatti, in diritto, questa parola ingloba un ulteriore significato: la prescrizione è, in materia civile, l'estinzione di un diritto che non venga esercitato durante il periodo di tempo previsto dalla legge; in materia penale, indica l'estinzione di un reato o di una pena per il trascorrere di un determinato periodo di tempo: si dice 'andare in prescrizione', 'cadere in prescrizione'. L'uso con questo valore semantico è esclusivamente al singolare. I sinonimi di 'prescrizione' sono estinzione, decadenza. Questo rappresenta un ulteriore esempio di ambiguità causato dall'uso non attento della lingua italiana.

## 6. Conclusioni

La prima conclusione da trarre riguarda la *forte influenza del linguaggio giuridico*: paradossalmente, dall'analisi dei dati emersi dai questionari, si evince che nelle domande a risposta aperta gli intervistati si sono sforzati di adeguare il loro scritto al registro delle sentenze, alle volte utilizzando veri e propri termini desueti: è il caso di uno studente (che frequenta la facoltà di giurisprudenza!) il quale, nel riassumere l'ultimo passo di sentenza, scrive che "il tribunale rigetta la domanda per mancanza di forma scritta ad substantiam" o di un impiegato contabile che scrive "l'ing. Barone cita in giudizio il Comune di Mentana per farsi liquidare aliunde una sua prestazione di lavoro". In entrambi i casi, gli intervistati utilizzano un latinismo: si evince dunque il grande prestigio del linguaggio giuridico e burocratico che influenza così tanto il lettore da spingerlo a scrivere o quantomeno a cercare di scrivere nello stesso modo del giudice estensore.

Per comprendere meglio quanti intervistati avessero capito i passi di sentenza proposti, ho ritenuto opportuno suddividere le soglie di com-

prensibilità in quattro classi:<sup>40</sup>

<i>Classi di Punteggio</i>	<i>N° Intervistati</i>	<i>Percentuale intervistati</i>
22-17	10	20%
16-10	24	48%
9-5	11	22%
4-0	5	10%

Tabella n. 6 - Il punteggio ottenuto dagli intervistati

Dall'analisi dei risultati relativi al questionario somministrato è emerso che la metà degli intervistati, il 48%, riesce a rispondere in modo sufficiente ai quesiti posti. Accanto a questo dato però occorre considerare anche il dato relativo ai tempi di reazione.

### 6.1 I tempi di reazione

La misurazione dei tempi di reazione ha rappresentato una variabile fondamentale. Ho annotato il numero di volte che l'intervistato rileggeva la domanda prima di rispondere, se chiedeva spiegazioni o aiuti e, soprattutto, ho misurato quanto tempo impiegava per rispondere al questionario. Partendo dal presupposto in base al quale il questionario poteva essere svolto in 15 minuti, dall'analisi dei dati è emerso che nessuno è riuscito a rispondere nei minuti di tempo previsti. Il tempo di reazione minore si colloca intorno ai 18 minuti con una forte conseguenza: l'intervistato ha risposto in maniera corretta solo a 3 domande su 22, posizionandosi dunque all'interno dell'ultima classe di punteggio, dimostrando in tal modo di aver compreso nulla o quasi.

Di contro, il tempo di reazione più alto è stato di 36 minuti: in questo caso l'intervistato ha risposto in maniera corretta a 6 domande su 22 collocandosi nella classe di punteggio immediatamente superiore a quella del cittadino che aveva realizzato un tempo di reazione minimo. Un laureato, invece, ha totalizzato 14 risposte esatte in 31 minuti, dimostrando di aver compreso molto più dei suoi colleghi che avevano registrato il tempo minimo e massimo di reazione. Anche in questo caso però il fattore tempo è alto.

<sup>40</sup> Analizzando le risposte fornite dai cittadini ai questionari, per ogni risposta esatta ho dato un punteggio pari a 1; per le risposte non date o sbagliate, ho attribuito 0 punti. Il punteggio massimo ottenibile era 22: nessuno ha raggiunto questo valore.

<b>TEMPI DI REAZIONE</b>					
	Sentenza n° 1	Sentenza n° 2	Sentenza n° 3	Sentenza n° 4	Totale Questionario
Minimo	3'	1'	3'	4'	18'
Massimo	10'	7"	11'	15'	36'
In media	6'36"	5'24"	7'06"	9'10"	27'52"

Tabella n. 7 - I tempi di reazione degli intervistati

Pochissimi i casi in cui gli intervistati hanno letto i passi proposti solo una volta: la media è di 4 letture; il 38% del campione ha letto, in alcuni casi, fino ad 8 volte, mentre qualcun'altro ha letto ripetutamente.

Dall'analisi delle risposte al questionario e dai tempi di reazione si evince che:

- I. Meno si legge più si sbaglia; più si dà attenzione al testo, lo si rilegge e più alto è il numero di risposte corrette.
- II. La sentenza che ha riscontrato più difficoltà di comprensione è quella del 2005 della Corte di Cassazione sezioni unite civili; l'atto riguarda una richiesta di pagamento da parte di un affidatario di incarico professionale nei confronti di un ente pubblico. Segue poi la sentenza del Tribunale dei Minorenni di Genova del 1994 a proposito di un procedimento a carico di due adolescenti per i reati penali di minacce ed oltraggio a pubblico ufficiale. Una percentuale più alta di comprensione l'ha raggiunta la sentenza del Tribunale di Verona che risale al 1999 e tratta del ritrovamento di un testamento di eredità. Infine il primo atto giudiziario che abbiamo posto all'attenzione del campione intervistato, la sentenza del 2006 di un Giudice di Pace di Palermo che riguarda un incidente stradale, è stata compresa più delle altre. Più le argomentazioni delle sentenze riguardano esperienze di vita comune, quotidiana (è capitato quasi a tutti un incidente stradale o un testamento di eredità) più è facile la comprensione del testo.
- III. Il sesso, l'età, il titolo di studio e la professione degli intervistati hanno rappresentato variabili di un certo peso per l'analisi dei dati. Non c'è molta disparità tra uomini e donne anche se per il sesso femminile abbiamo registrato una percentuale di capacità di com-

preensione leggermente superiore a quella maschile<sup>41</sup>. Per quanto riguarda invece l'età, la classe per la quale abbiamo registrato più risposte esatte, quindi una maggiore comprensione delle sentenze, è quella dei 50 – 60, la classe di età più matura; segue poi la classe intermedia, ovvero coloro i quali hanno un'età compresa tra i 30 ed i 49 anni ed infine i più giovani, cioè la fetta di intervistati dai 19 ai 29 anni. Nessun intervistato ha totalizzato il totale di risposte corrette: due laureati, rispettivamente un uomo e una donna, hanno ottenuto il punteggio più alto, sbagliando solo due risposte. Il titolo di studio gioca, ancora una volta, un ruolo fondamentale: gli intervistati in possesso di una laurea hanno compreso il 54,6%<sup>42</sup> del questionario, chi possiede un diploma di scuola superiore comprende il 45,3%; è invece scarsa, appena il 25%, la comprensione di chi è in possesso di licenza media.

Nonostante il corpus sia caratterizzato da un numero limitato di sentenze (dieci), traspare un certo stile conservativo, quasi invariato del linguaggio utilizzato, pur essendo trascorso un arco di tempo di diciotto anni tra la sentenza più vecchia (1988) e la più recente (2006). A confermare ciò è la scarsa oscillazione registrata dai valori degli indici Gulpease totalizzati da ciascuna sentenza: il range è abbastanza ristretto.<sup>43</sup> Questo testimonia il fatto che il linguaggio giuridico è stato (ed è) restio alla semplificazione linguistica: ci troviamo di fronte «a questa sua enorme forza che ha radici nei tempi più remoti, quando, nelle civiltà più arcaiche, la figura del sacerdote e quella del giudice si incarnavano nella stessa persona»<sup>44</sup>. L'esperimento mostra che occorre che ci si lasci alle spalle la cosiddetta «scrittura pubblica tradizionale»<sup>45</sup>, quella particolare «arte» che mette(va) in primo piano le esigenze comunicative dell'amministrazione o comunque del «palazzo del potere», in termini comunicativi del-

<sup>41</sup> La percentuale di risposte esatte date dalle donne è pari al 44,73%; per gli uomini invece si registra un 43,84% di risposte esatte.

<sup>42</sup> In realtà il dato non è molto positivo: le persone laureate avrebbero dovuto comprendere molto di più.

<sup>43</sup> La sentenza più leggibile è quella del Tribunale di Verona con un indice Gulpease pari a 44,75, mentre quella meno leggibile è la sentenza della Pretura di Padova che ha totalizzato un indice Gulpease pari a 38,97.

<sup>44</sup> A. FIORITTO, *Il linguaggio delle amministrazioni pubbliche* in G. FIORENTINO (a cura di), *Scrittura e Società*, Roma, Aracne Editrice, 2007, p. 295.

<sup>45</sup> M. A. CORTELAZZO, F. PELLEGRINO, op. cit., p. 4.

l'emittente, lasciando al destinatario, dunque al cittadino, all'utente, al cliente, il "triste" compito di interpretare uno stile che, troppo spesso, è sostenuto e lontano dalla lingua comune. Scrivere in maniera più semplice, cercando quantomeno di limitare formule solenni e stereotipi, permetterebbe innanzitutto a chi scrive, dunque al giurista, all'amministrativista, al dipendente pubblico, di avere maggior chiarezza sui contenuti da trasmettere.

Il linguaggio giuridico prevede, come gli altri usi speciali della lingua, una variazione diafasica che si articola almeno su tre livelli: quello della comunicazione scientifica tra addetti ai lavori, quello della formazione scientifica e quello della divulgazione. La scelta di un registro o di un altro non risponde ad esigenze del contesto linguistico, non è un fatto strutturale della lingua specialistica ma risponde ad esigenze del contesto extralinguistico; dipende in primo luogo dalla situazione, in particolare da tra fattori: il destinatario, l'argomento, lo scopo.

Che cosa significa quindi semplificare? Non significa per forza rendere il messaggio più semplice: *significa adeguare il messaggio alle competenze del destinatario minimizzando le ambiguità*. Il giusto connubio tra semplificazione e chiarezza dà come risultato una forte efficacia comunicativa e la possibilità di essere compresi da tutti (o quasi).

## Bibliografia

- AA.VV., 2000, *Scrittura e diritto*, Milano, Giuffrè.
- M. AINIS, 1997, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Laterza.
- A. AKMAJIAN, R.A. DEMERS, A.K. FARMER, R.M. HARNISH, 1990, *Linguistics: An introduction to language and communication*, MIT Press, Cambridge (MA), trad. it. a cura di R. SORNICOLA, 1992, *Linguistica. Introduzione al linguaggio e alla comunicazione*, Bologna, Il Mulino.
- F. AMICI, *Linguaggio e comunicazione nella professione forense*, in A. MARIANI MARINI (a cura di), 2003a, *La lingua, la legge, la professione forense*, pp. 143-163.
- G. BARBAGALLO, M. MISSORI, *Il linguaggio delle sentenze*, in A. MAZZACANE (a cura di), 1999, *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, n.2, pp. 169-185.
- F. BASSANINI, 1997, *Prefazione in Manuale di stile* a cura di A. FIORITTO, Bologna, Il Mulino.
- G. L. BECCARIA (a cura di), 1973, *I linguaggi settoriali*, Milano, Bompiani.
- R. A. BEAUGRANDE, W. U. DRESSLER, 1984, *Introduzione alla linguistica testuale*, tr. it. Bologna, Il Mulino.
- P. BELLUCCI, 2002, *A onor del vero*, Torino, UTET.
- I. BONOMI A. MASINI S. MORGANA M. PIOTTI, 2003, *Elementi di linguistica italiana*, Roma, Carocci.
- E. BORGONOVÌ, *Rilanciare la semplificazione amministrativa* in "Azienda Pubblica" n. 1/2003, Milano, Maggioli Editori.
- I. CALVINO, 1984, *Lezioni americane*, Milano, Oscar Mondadori.
- M. A. CORTELAZZO, F. PELLEGRINO (a cura di), 2003, *Guida alla scrittura istituzionale*, Roma-Bari, Laterza.
- D. CORNO, 1999, *Scrivere e comunicare. Teoria e pratica per apprendere a scrivere e a migliorare il proprio stile*, Torino, Paravia.
- S. COVINO (a cura di), 2001, *La scrittura professionale. Ricerca, prassi, insegnamento*, Firenze, Olschki.
- T. DE MAURO, 1997, *Guida all'uso delle parole*, Roma, Editori Riuniti.
- G. FIORENTINO, 2007, *Web usability e semplificazione linguistica nella scrittura amministrativa*, in AA.VV., *Rete Pubblica*, a cura di F. Venier, Perugia, Guerra Edizioni.
- G. FIORENTINO, 2008. Action nouns and the nominal infinitive in Italian, *Romanische Forschungen* 120: 3-28.
- G. FIORENTINO, *Semplicità e chiarezza linguistica*, in questo volume.
- A. FIORITTO (a cura di), 1997, *Manuale di stile. Strumenti per semplificare il linguaggio delle amministrazioni pubbliche*, Dipartimento della Funzione Pubblica, Bologna, Il Mulino.

- A. FIORITTO, 2007, *Il linguaggio delle amministrazioni pubbliche* in G. FIORENTINO (a cura di), *Scrittura e società*, Roma, Aracne Editrice.
- F. FRANCESCHINI, S. GIGLI (a cura di), 2003, *Manuale di scrittura amministrativa*, Agenzia delle Entrate-Università di Pisa, Roma.
- GRADIT *Grande Dizionario Italiano dell'Uso*, ideato e diretto da T. DE MAURO, UTET, Torino, 2007.
- G. GUARINO, 1994, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, Giuffrè.
- A. LAUDANNA & M. VOGHERA (a cura di), 2006, *Il linguaggio. Strutture linguistiche e processi cognitivi*, Roma-Bari, GLF Laterza.
- A. MAGGIO, 2002, *La semplificazione del linguaggio amministrativo nella comunicazione attraverso il canale telematico*, "Rivista amministrativa della Repubblica Italiana" fascicolo 5-6, pp. 499-507.
- N. MASTIDORO, 2002, *Il sistema Èulogos per la valutazione automatica della leggibilità* in P. LUCISANO (a cura di), *Misurare le parole*, Roma, Kepos.
- D. MELINKOFF, 1963, *The Language of the Law*, Boston, Little Brown & Co.
- B. MORTARA GARAVELLI, 2001, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*, Torino, Einaudi.
- F. ORLETTI (a cura di), 2004, *Scrittura e nuovi media. Dalle conversazioni in rete alla Web usability*, Roma, Carocci.
- I. S. PERNA, 2007, *Semplificazione del linguaggio amministrativo e comunicazione in rete*, Tesi di laurea, Università degli Studi del Molise.
- M. E. PIEMONTESE, 1996, *Capire e farsi capire. Teorie e tecniche della scrittura controllata*, Napoli, Tecnodid.
- T. RASO, 2005, *La scrittura burocratica*, Roma, Carocci.
- G. ROVERE, 1999, *Gradi di lessicalizzazione nel linguaggio giuridico* in "Studi Italiani di Linguistica Teorica e Applicata", 28, 2, pp. 395-412.
- G. ROVERE, 2000, *Aspetti grammaticali in testi giuridici*, in D. VERONESI (a cura di), pp. 261- 271.
- G. ROVERE, *L'efficienza comunicativa in ambito giuridico*, in questo volume.
- L. SERIANNI, 1989, *Grammatica italiana. Italiano comune e lingua letteraria. Suoni, forme, costrutti*, Torino, UTET.
- G. VICO, *Institutiones Oratoriae*, tr. it. a cura di G. CRIFÓ, 1989, Napoli.
- M. VOGHERA, 1992, *Sintassi e intonazione nell'italiano parlato*, Bologna, Il Mulino.



ANDREA RALLO

## Linguaggio tecnico e atti amministrativi

Nel 1969 Herbert Marcuse, nel suo notissimo "Saggio sulla Liberazione" marchiava il linguaggio tecnico-politico come "la corazza delle istituzioni"<sup>1</sup>.

Nel 2005, il prof. Natalino Irti, in una *lectio magistralis* tenuta alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Istituto Suor Orsola Benincasa di Napoli su "Nichilismo e concetti giuridici"<sup>2</sup>, affermava che "ci sono tante logiche quanti diritti: ossia nozioni e concetti, utilizzabili bensì per l'intelligenza di una norma o di un gruppo di norme, ma, al pari di queste, mutevoli, relativi, precari".

Il problema del linguaggio delle istituzioni pubbliche, ed in particolar modo delle autorità amministrative dunque, può però essere riguardato, oltretutto sotto l'intuitivo profilo lessicale e semantico, o per l'evidente aspetto politico e sociologico<sup>3</sup>, anche secondo un più pregnante profilo giuridico, per così dire, attuativo dei diritti dei cittadini: in quanto espressione di concettualità più o meno idonee a far comprendere e conoscere il portato della decisione di una pubblica autorità.

La lessicalità tecnica del diritto costituisce un primo problema per la comprensione delle decisioni amministrative: di ciò tuttavia, oltre al rammarico, non possiamo che prendere atto, trattandosi di un fenomeno comune a tutti i linguaggi specialistici (medico, ingegneristico, fisico-matematico, ecc.), che nell'esperienza quotidiana concorrono alla "sacerdotalità" delle professioni e necessitano persino di un duro apprendistato da parte degli adepti.

Tanto più quello giuridico-istituzionale, che trae ovviamente dalla tradizione romanistica (quando non anche da quella greca) un vocabolario iniziatico, riversato a piene mani non solo nei testi degli atti am-

<sup>1</sup> H. Marcuse: *Saggio sulla liberazione*, Einaudi. 1969, p. 88. La citazione esatta è "la linguistica politica è la corazza dell'establishment".

<sup>2</sup> N. Irti: *Nichilismo e concetti giuridici*", in volume da Editoriale Scientifica, Napoli, 2005 p. 19

<sup>3</sup> Cfr. per tutte: AA.VV.: *I linguaggi delle Istituzioni* a cura di A. Mazzacane, CUEN-Ist. Suor Orsola Benincasa, Napoli, 1998

ministrativi, ma in quelli legislativi e dell'autorità giudiziaria.

Di questo specifico aspetto si occupano i numerosi (e non sempre vani) tentativi di cd. "semplificazione" del linguaggio burocratico: ma si tratta pur sempre di un aspetto poco giuridico e molto lessicale.

Negli anni 2002-2005 si è infatti assistito ad uno sforzo notevole da parte del Dipartimento della Funzione Pubblica proprio con l'obiettivo di giungere ad una "semplificazione del linguaggio burocratico", in vista del conseguimento di una migliore comunicazione – si potrebbe dire, interazione – tra cittadino e pubblica amministrazione<sup>4</sup>.

Le Direttive Ministeriali dal 2002 al 2007<sup>5</sup> si occupano quasi esclusivamente di questo aspetto, ripetendo di anno in anno i medesimi titoli, che oscillano tra "semplificazione del linguaggio amministrativo" e "amministrazione di qualità", convincendo così il lettore che uno studio linguistico sulle stesse Direttive porterebbe forse agli stessi risultati di "complessità" tecnico-linguistica, cui si perviene nell'analisi generale degli atti amministrativi, qual'esse – in effetti – a pieno titolo sono.

Se prendiamo ad esempio un "particolare" della Direttiva del 24 ottobre 2005 del Ministro Baccini, si legge<sup>6</sup> che:

*Per il lessico è necessario:*

- scegliere le parole del linguaggio comune;
- preferire le parole brevi;
- limitare il ricorso alle sigle;
- ridurre i termini tecnico-specialistici;
- rinunciare a perifrasi non necessarie;
- evitare le parole straniere;
- rinunciare ad arcaismi, neologismi, latinismi;
- ricorrere quando è necessario a note esplicative

<sup>4</sup> Tutte le Direttive ed i progetti sono consultabili dal sito internet: [www.innovazionepa.gov.it](http://www.innovazionepa.gov.it) ed in particolare dalle pagine del Dipartimento Funzione Pubblica

<sup>5</sup> Pur senza dimenticare che un primo passo fu compiuto nel 1993 (Ministro Casse) con l'approvazione del cd. "Codice di stile delle comunicazioni scritte ad uso delle amministrazioni pubbliche", cui fece seguito il cd. Manuale; mentre da ultima va segnalata la Direttiva 19.12.2006 sulla cd. "Pubblica Amministrazione di qualità", per il cui commento si v. G. Sgueo: *La direttiva Ministeriale per una pubblica amministrazione di qualità: vecchi problemi e nuove prospettive di riforma*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2007, pp. 467 e ss.

<sup>6</sup> Cfr. in [www.innovazionepa.gov.it/dipartimento/documentazione/circolari\\_direttive/documentazione\\_archivio\\_2005.htm](http://www.innovazionepa.gov.it/dipartimento/documentazione/circolari_direttive/documentazione_archivio_2005.htm)

mentre per la sintassi si richiede di:

- preferire frasi brevi formate da meno di 15 parole;
- escludere frasi con più di 40 parole;
- privilegiare la coordinazione rispetto alla subordinazione;
- servirsi soprattutto del modo indicativo;
- usare se possibile la forma attiva;
- limitare l'uso della costruzione impersonale

Un esempio di errore nella comunicazione, tratto dalla precedente Direttiva del 6.2.2002 del Ministro Frattini<sup>7</sup> è il seguente:

Comunicazione corretta:

*Il Comando comunica che il materiale pubblicitario descritto può essere temporaneamente installato.*

*L'installazione deve rispettare le condizioni seguenti:*

- a.
- b.
- c.

Comunicazione sbagliata:

*Si comunica che NULLA OSTA per questo Comando alla sottodescritta INSTALLAZIONE PRECARIA di materiale pubblicitario, alle condizioni retroindicate.*

Come si vede, si tratta di questioni terminologiche e lessicali, utili certo, ma nulla di più.

Più interessante, ai fini di un approccio più sostanziale è una premessa della Direttiva 2005, che si occupa del più interessante profilo relativo alla presa in considerazione dei destinatari: e che pertanto, pur svi-

<sup>7</sup> Cfr. in [www.innovazionepa.gov.it/dipartimento/docs\\_pdf/diretcomunicaz.pdf](http://www.innovazionepa.gov.it/dipartimento/docs_pdf/diretcomunicaz.pdf)

luppando un concetto essenzialmente sociale, introduce nondimeno una più pregnante riflessione anche di ordine giuridico formale:

*Chi comunica traduce la complessità della funzione amministrativa. Un testo non viene elaborato in astratto. Va pensato in relazione ai suoi destinatari. Addetti ai lavori, singoli cittadini, un gruppo di essi, il loro universo.*

*Quando ci rivolgiamo a tutti, dobbiamo pensare al destinatario meno istruito. Leggibile e comprensibile è appunto un testo assimilato presto e senza difficoltà.*

*In sostanza, leggibilità e comprensibilità sono due facce della stessa medaglia. L'una e l'altra rispondono a precisi criteri. Il loro rispetto riduce gli ostacoli a una piena fruibilità del testo.*

Questa notazione sui destinatari autorizza ad addentrarci in una valutazione del linguaggio burocratico, nel senso della valenza del lessico nella funzione regolatrice dell' amministrazione in uno stato pluriclasse<sup>8</sup>.

La questione che si va ad affrontare necessita ovviamente di non poche semplificazioni, perché basterebbe interrogarsi anche solo sul diverso significato del termine "funzione amministrativa"<sup>9</sup> o di regolazione<sup>10</sup> per rendere la concettualizzazione di questi termini così variabile da non consentire alcun discorso unitario.

Occorre inoltre tener conto di un certo margine di contestualizzazione del discorso: è infatti evidente che nel cd. "spazio giuridico globale"<sup>11</sup> la richiesta di comprensibilità lessicale di un atto regolatorio del WTO

<sup>8</sup> Stato pluriclasse inteso nella nota accezione di M.S. Giannini: *Il pubblico potere*, Bologna 1986, pp. 69 e ss., come entità che persegue fini pubblici e gestisce servizi

<sup>9</sup> Per la dogmatica "classica" il termine "funzione" assume una pluralità di significati, ma in generale ed in senso descrittivo, sta ad indicare l'insieme di compiti di un'istituzione pubblica ed in particolare dello Stato: cfr., nella sterminata bibliografia sull'argomento: M.S. Giannini: *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano 2000, p. 581 e ss.; V. Cerulli Irelli: *Lineamenti di diritto amministrativo*, Torino 2008, pp. 12 e ss.; S. Cassese: *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, Garzanti, 1995, pp. 116 e ss

<sup>10</sup> S. Cassese: *La crisi dello Stato*, Bari, 2002, pp. 3 e ss. "crisi dello stato e global governance", passim; *Universalità del diritto*, Lectio Magistralis Ist. S. Orsola Napoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; *Oltre lo Stato*, id, 2006; G. Zagrebelsky: *Corti costituzionali e diritti universali*, RTDP, 2006, p. 297 e ss.

<sup>11</sup> S. Cassese: *Universalità del diritto*, Lectio Magistralis Ist. S. Orsola Napoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005; *Oltre lo Stato*, id, 2006; G. Zagrebelsky: *Corti costituzionali e diritti universali*, RTDP, 2006, p. 297 e ss.; E. D'Alterio – C. Mari: *La costruzione giurisprudenziale dell'ordine giuridico globale*, in RTDP, 2007, pp. 774 e ss.

non è plausibile venga estesa sino a ricomprendere il “meno istruito dei cittadini”, come invece deve pretendersi per un semplice Piano per il Commercio al dettaglio di un piccolo comune.

È necessario quindi impostare la questione lessicale ricercando un minimo comune denominatore, partendo da una più moderna accezione di funzione pubblica<sup>12</sup> e dal rilievo dei suoi destinatari, quale elemento essenziale della stessa e della sua stretta connessione con il fine della funzione (ovvero del singolo compito o servizio pubblico), attraverso l'individuazione di quanti e quali destinatari saranno coinvolti nel concreto agire dell'amministrazione<sup>13</sup>.

Ora, mentre i sistemi giuridici hanno da tempo imparato a fare i conti con il “numero” dei destinatari ed a calibrare sia il lessico, sia la stessa portata normativa delle disposizioni contenute in un determinato atto giuridico (legge, regolamenti, atti generali, provvedimenti individuali, ecc.), manca invece una specifica attenzione alla “qualità” dei soggetti nella cui sfera giuridica ed economica gli atti andranno ad incidere, presumibilmente per un'inesatta remora ad utilizzare categorie che richiama discriminazioni o violazioni del principio di uguaglianza.

Pure, nel parlare di linguaggio e di amministrazioni pubbliche, è proprio il profilo del destinatario a rilevare più di ogni altro ed a porsi come nucleo centrale della problematica; ovvero – giusto per tecnicizzare – come il fine della funzione di semplificazione del linguaggio burocratico: se infatti la centralità della semplificazione dovesse restare confinata – come pare sinora si sia fatto – al solo aspetto linguistico, si corre il “rischio ... di sostituire gli stereotipi del linguaggio burocratico con altri stereotipi”<sup>14</sup> e dunque di continuare a rendere inconoscibili i termini esatti del comando dell'autorità.

<sup>12</sup> S. Cassese: *Le basi ...* cit. p. 126

<sup>13</sup> Né va dimenticato che esiste anche una specifica funzione pubblica di comunicazione ed informazione di cui alla L. 7 giugno 2000 n. 150, il cui portato non è solo limitato alle Relazioni con il pubblico, ma introduce uno scopo sociale assunto dall'ordinamento per la conoscibilità delle azioni amministrative e dei servizi pubblici, in applicazione dei principi di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa (art. 1). Sul punto si v. i saggi contenuti nel volume di AA.VV., a cura di G. ARENA: *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli, Rimini, 2004; ma anche G. GARDINI: *Le regole dell'informazione*, Bruno Mondadori, 2005

<sup>14</sup> Così S. Sepe: *La riforma del linguaggio burocratico*, in *I linguaggi delle istituzioni*, cit. p. 203. In questo interessante saggio, l'A. parla espressamente del linguaggio burocratico anche come diritto negato ai cittadini

Con specifico riguardo agli atti amministrativi sorgono poi altri problemi, in genere poco sottolineati.

Spesso infatti si tende a parlare di atto amministrativo come categoria unitaria, il che è l'esatto contrario di quanto non sia (in dottrina, ma) nella quotidiana realtà.

Invece il linguaggio burocratico e la sua scarsa comunicatività si riversa a piene mani non tanto e non solo nel singolo provvedimento (difficile non cogliere il senso di un'Ordinanza di demolizione per opere abusive o di una Sanzione amministrativa per violazione del codice della strada<sup>15</sup>), quanto negli atti a contenuto generale (regolamenti, bandi di concorso, avvisi pubblici per sovvenzioni o esenzioni; ecc.) ed ancor più nei cd. modelli predisposti dalle singole amministrazioni per consentire agli interessati l'accesso alla funzione pubblica (ad. es. istanza per l'ottenimento di un Permesso di Costruire); l'accesso a determinati benefici (ad es. accesso ad un finanziamento ex l. 488) o anche solo per l'adempimento di un dovere coattivo (ad es. per la Dichiarazione dei redditi). Tant'è che è invalso l'uso, ormai di fatto indispensabile, di far compilare questi modelli a professionisti della materia, essendo divenuta la stessa modulistica e la sua interpretazione una sorta di autonoma "materia di studio"<sup>16</sup>, con proprie specifiche problematiche ed ampia giurisprudenza sull'argomento<sup>17</sup>.

In questi settori, dunque quelli della modulistica e dell'accesso alle funzioni pubbliche di servizio, alle problematiche connesse con il "linguaggio", si aggiungono anche i più assurdi adempimenti posti a carico del cittadino, in un circolo vorticoso le cui ragioni sono da ricercare:

<sup>15</sup> Benché anche qui si pongano non pochi problemi esegetici e di conoscibilità, attesa la tecnica tutta burocratica della (pur ammessa dall'art. 3 L. 241/90) cd. Motivazione per relationem, che in pratica si traduce in un rinvio ad un atto (o verbale) di accertamento tecnico svolto da altri uffici o organi (Uffici tecnici, vigili urbani, autorità sanitarie o di pubblica sicurezza, ecc), mai "interpretato" dal funzionario agente e spesso neppure allegato al provvedimento

<sup>16</sup> Lo stesso mondo della ricerca non ne è affatto esente: basti pensare all'astrusità dei cd. Modelli PRIN; o alla complessità dei modelli per l'esenzione dalle tasse universitarie, che richiede una consulenza specialistica proprio da chi si suppone essere in tale disagio economico da non poter sostenere neppure i costi dell'istruzione

<sup>17</sup> In alcuni casi, si è ritenuto che le indicazioni contenute nella modulistica predisposta dall'amministrazione prevalessero (in applicazione tuttavia del principio dell'affidamento e della *lex specialis* regolatrice di un concorso) sulle forme imposte dalla legge, ad esempio in tema di dichiarazioni sostitutive di atti di notorietà: cfr. C. di S., V, 29 marzo 2006 n. 1589; 14.4.2008 n. 1665, in sito internet [www.lexitalia.it](http://www.lexitalia.it)

non solo nelle deficienze di carattere lessicale, ma soprattutto nella spasmodica ricerca ed apposizione di ostacoli pratici e documentali, tali da far (spesso correttamente) sospettare che l'amministrazione preposta predisponga moduli e regolamenti, allo scopo di "allontanare" dalla funzione il cittadino, piuttosto che incoraggiare gli aventi diritto ad usufruirne; e comunque per "proteggersi" da ogni possibile sospetto di "abuso" o di "errore", richiedendo dichiarazioni o attestazioni formali che coprano il più ampio spettro possibile di "fatti"<sup>18</sup>, per quanto irrilevanti rispetto al compito specifico che si richiede<sup>19</sup>.

Ma queste sono osservazioni note, poco più che luoghi comuni: e comuni peraltro a quasi tutti i paesi, poiché la pervasività della burocrazia e la piaga della sua frequente ottusità hanno confini tanto estesi da assurgere anch'esse a sistema globale, cui non si sottraggono neppure le Organizzazioni Internazionali e persino le medie e grandi *corporate private*.

Neppure può dirsi che in Italia si sia fatto poco per giungere ad un'accettabile semplificazione: a cominciare dalle note Leggi Bassanini, per finire alla stessa Legge 241/90 sul procedimento amministrativo che, nonostante le gravi mutilazioni al progetto originario proposto dalla Commissione Nigro subite in sede di Parere dall'Adunanza Generale del Consiglio di Stato<sup>20</sup> e poi in sede parlamentare, costituiva – almeno sino alla "controriforma" anticipata dalla Magistratura Amministrativa prima e successivamente codifica nella legge di restaurazione n. 15/05<sup>21</sup> – un primo

<sup>18</sup> Con ovvia, ma poco rilevata, violazione del principio di non aggravamento di cui all'art. 1 L. 241/90, che nell'interpretazione giurisprudenziale si articola nel divieto di inserire adempimenti superflui o che non rispondano ad esigenze proprie della fattispecie decisoria cui è collegato. Cfr TAR Lazio, III, 3.7.2007 n. 5973, in Foro Amm. TAR, 2007, p. 2495.

<sup>19</sup> Sul piano costituzionale ben può dirsi che la burocrazia in Italia abbia dimenticato l'art. 98, I comma, della Carta Costituzione (*I pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione*). Manca tuttavia un'esplicita norma sulla funzione di "consulenza" dei funzionari amministrativi responsabili dei procedimenti (non essendo peraltro ancora significativa quella svolta dagli Uffici Relazioni col Pubblico), come invece imposta dall'art. 18 del Codice di Buona Condotta Amministrativa europeo di cui si dirà tra breve.

<sup>20</sup> A.G. : Parere 19 febbraio 1987 n. 7/87 in Foro It., 1988, III, 22

<sup>21</sup> Di legge di "codificazione" degli orientamenti giurisprudenziali parla B. G. Mattarella nel commento alla L. 15/05 (*Il provvedimento amministrativo*), in Giorn. Dir. Amm. 2005 pp. 469 e ss. Sul tema della Riforma del procedimento amministrativo si v. AA. VV. a cura di F. Liguori: *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo*, Bologna 2007; AA. VV., a cura di N. Paolantonio, A. Police, A. Zito: *La pubblica Amministrazione e la sua Azione*, Torino,

punto di partenza verso il raggiungimento di una “fair procedure” e dunque verso il raggiungimento di quella correttezza nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, che costituisce l’essenza stessa delle leggi generali sul procedimento amministrativo.

L’affermazione dei principi di trasparenza e di pubblicità, del divieto di aggravare inutilmente il procedimento, di conclusione con atti espliciti dei procedimenti amministrativi, l’obbligo di motivazione, l’indicazione delle autorità cui poter presentare ricorso avverso le determinazioni contenute nel provvedimento, l’onere per il responsabile del procedimento di accertare d’ufficio i fatti rilevanti, di invitare alla correzione ed all’integrazione delle istanze il cittadino che abbia omissso o errato in qualche punto, l’obbligo di comunicare l’avvio del procedimento nonché di consentire la partecipazione procedimentale ai destinatari, lo stesso diritto di accesso ai documenti amministrativi, sono tutti elementi<sup>22</sup> che concorrono a definire un modello di amministrazione nel quale gli oneri di *clare loqui* sono intimamente presenti e connessi con la funzione pubblica e con il buon andamento della stessa, imposti dall’art. 97 della Costituzione.

Ciò che invece è sostanzialmente mancata, è stata la “risposta” del sistema ed in particolare della giurisprudenza, prima ancora della controriforma del 2005.

Valga per tutte l’esperienza della norma di cui al quarto comma dell’art. 3 – obbligo per le amministrazioni di indicare l’autorità ed i termini entro cui fare ricorso – che è stata del tutto svuotata di contenuti precettivi, essendo stata ridotta dalla giurisprudenza pretoria del Consiglio di Stato ad una mera irregolarità, priva persino del valore giustificativo generale per la remissione in termini ai fini della proposizione del ricorso giurisdizionale<sup>23</sup>.

2005; AA. VV. a cura di V. CERULLI IRELLI: *La disciplina generale dell’azione amministrativa*, Napoli, 2006. Ci si riferisce naturalmente in particolare all’introduzione dell’art. 21 octies in tema di irrilevanza dei vizi ed. formali.

<sup>22</sup> Per una sintesi degli orientamenti giurisprudenziali si v. S. Fienga – G. Fonderico: *La giurisprudenza sul procedimento amministrativo dopo le leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, pp. 1220 e ss.

<sup>23</sup> Cfr per tutte A.P. 14.2.2001 n. 2, in *Foro It.*, 2001, III, pp. 221 e ss.; IV, 19.7.2004 n. 5182 in *Foro Amm.* CDS, 2004, p. 2124; VI 16.5.2006 n. 2763, *ivi*, 2006, p. 2763. Con qualche “apertura” maggiore verso una possibile scusabilità dell’errore Cass. II, 9.12.2005 n. 27283 in *Mass. Giur. It.* Per entrambi i supremi Giudici tuttavia l’illegittimità sarebbe comunque esclusa, trattandosi di mera irregolarità! Su questi temi si v. A. ROMANO TASSONE: *Contributo sul tema dell’irregolarità degli atti amministrativi*, Torino, 1993

Qui evidentemente il sistema italiano sconta anche la stretta contiguità tra funzione giurisdizionale e funzione (latamente) consultiva del Consiglio di Stato ed in particolare il frequente coinvolgimento diretto di Consiglieri negli uffici di gabinetto dei ministeri e negli uffici legislativi, secondo uno schema che – per quanto discendente dalla tradizione belga (e francese) e che pure ha dato prova di una qualche indipendenza<sup>24</sup> – tuttavia rende il Giudice amministrativo ancora più “esperto” del linguaggio tecnico-burocratico e quindi meno incline a porsi problematiche di comprensibilità lessicale.

Occorre tuttavia provare ad affrontare un punto decisivo: può la burocrazia, ed in particolare il suo “linguaggio” – oltre che causa di malgoverno e di decadenza del sistema paese nei *rating* internazionali<sup>25</sup> – costituire anche un elemento di legittimità dell’azione amministrativa?

Si può cioè provare a passare da un livello di valutazione “meta-giuridica” ad un livello di valutazione giuridico-formale del grado di comprensibilità degli atti amministrativi (in senso lato: moduli, formulari, modelli, pareri, verbali, accertamenti tecnici, ecc.)? Ed esiste un punto nel quale la mancanza di una sufficiente comprensibilità può portare ad un vizio dell’atto tale da inficiarne la legittimità ed a richiederne l’annullamento; ovvero a costituire una fonte di responsabilità patrimoniale per l’amministrazione?

Naturalmente la questione necessita di essere affrontata anch’essa sul piano giuridico-formale, poiché se la si vedesse solo in punto di fatto basterebbe a farne escludere la rilevanza pratica – salvo il caso di episodi clamorosi – la circostanza che della legittimità si occupano Corti di giustizia a loro volta composte da tecnici della materia, spesso esperti nel-

<sup>24</sup> Per una “difesa” dell’indipendenza del Consiglio di Stato quale giudice della legittimità, nonostante la sua funzione “consultiva”, si v. le Relazioni del Presidente del Consiglio di Stato A. De Roberto per l’inaugurazione degli anni giudiziari 2004 (in part. in Nota n. 4) e 2006, consultabili in [www.giustizia-amministrativa.it/documentazione](http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione). La questione è peraltro ben nota ed affrontata anche da autorevole dottrina, sia pur con dubbi leggibili tra le righe: M. NIGRO: *Giustizia amministrativa*, ult. ed. riv. Bologna 2000, p. 277

<sup>25</sup> Il celebre Rapporto annuale *Doing Business* della World Bank e della International Finance Corporation pone per il 2007 l’Italia all’82 posto nel rating dei paesi “più concorrenziali” quanto ai rapporti tra pubblici poteri ed imprese. Per qualche approfondimento, si segnala G. Fonderico: *Doing Business 2007 e i controlli globali sulle regolazioni nazionali*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2007 pp. 893 e ss; AA. VV. a cura di A. Zoppini: *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004

la tecnica di redazione degli atti normativi, che dunque costituiscono una platea ben diversa da quella del destinatario comune degli stessi atti.

Esistono dunque norme a tutela del cittadino ed è dunque giuridicamente protetta la sua aspettativa ad un *clare loqui* dell'amministrazione pubblica?

Per quanto attiene all'ordinamento giuridico italiano, viene in primo luogo in esame l'obbligo di motivazione e quello di concludere il procedimento con un provvedimento esplicito.

Se infatti, sotto il profilo dottrinale, con l'affermarsi della cd. Funzione democratica della motivazione si è acquisito che il portato della stessa andrebbe valutato in relazione agli interessi della collettività e non (solo) dei meccanismi di controllo e di giurisdizione<sup>26</sup>, è altrettanto vero che poco o nulla si è detto in ordine al contenuto più o meno esaustivo della stessa e, men che meno, degli obblighi di chiarezza gravanti sui pubblici poteri.

I pochi episodi giurisprudenziali utili<sup>27</sup> sembrano invece poter aprire un vasto campo di indagine e di intervento "democratico" per una più ampia comprensione della decisione amministrativa: nel caso citato infatti, pur con il richiamo allo Statuto del contribuente di cui alla L. 212/00, si sottolinea l'operatività dei principi in tema di obbligo a che l'attività amministrativa sia resa "conforme ai criteri di chiarezza ed adeguatezza, in ossequio all'esigenza di non addossare al contribuente obblighi troppo difficili da rispettare"; ma si afferma anche il dovere per l'amministrazione di "assicurare l'effettiva conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati, la cui motivazione deve essere improntata a chiarezza e sufficienza secondo quanto prescritto dall'art. 3 della L. 241/90".

Come si vede, se pure la stragrande maggioranza delle Decisioni del Giudice amministrativo si limita a ripetere stancamente lo stereotipo secondo cui la motivazione deve "dar conto dell'iter logico giuridico seguito dall'amministrazione", nondimeno sussistono ampi margini per un più rigoroso sindacato sul contenuto intrinseco della motivazione stessa e sul suo elemento di chiarezza, quale presupposto per la legittimità sostanziale e non meramente apparente dell'apparato motivazionale.

<sup>26</sup> Cfr. A. Romano Tassone: *Sulla cd. "funzione democratica" della motivazione degli atti dei pubblici poteri*, in Studi in onore di Feliciano Benvenuti, Mucchi Editore, 1996, IV, pp. 1507 e ss. Da ultimo si segnala una riflessione di S. Baccarini: *Motivazione ed effettività della tutela*, in Foro Amm., TAR, 2007, pp. 3311 e ss

<sup>27</sup> Ad es. C. di S., V, 22.4.2004 n. 2293, in sito internet [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

Ben più rilevante al proposito sono le norme contenute nel cd. Codice Europeo di Buona Condotta Amministrativa<sup>28</sup> approvato dal Parlamento Europeo il 6.9.2001. Questo complesso *corpus* normativo, lungi dal costituire una sorta di “carta di servizi” o di codice deontologico o comportamentale, si pone quale norma giuridica formale, in quanto applicativa dell’art. 41 della Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea (art. II, 103 della Costituzione Europea<sup>29</sup>) in tema di “Diritto ad una Buona Amministrazione”, divenuto peraltro il testo normativo di riferimento per il Mediatore Europeo<sup>30</sup>, per l’individuazione e la sanzionabilità dei casi di cd. “*maladministration*”.

È poi interessante notare la “tecnica” del Codice, che si rivolge direttamente ai “funzionari” e non alle Istituzioni: e nondimeno realizza uno schema di legge generale sul procedimento amministrativo, in modo non dissimile dallo schema (originario) della L. 241/90: questa “tecnica” consente infatti di calibrare la risposta del singolo funzionario in relazione alla “qualità” del destinatario.

Dalla lettura di questo testo emerge con prepotenza l’obbligo di chiarezza e di adeguatezza della motivazione: l’art. 18, rubricato *Obbligo di indicare i motivi delle decisioni*, impone che vengano indicati “i motivi sui quali si basa, specificando chiaramente i fatti pertinenti e la base giuridica della decisione. Il funzionario evita di adottare decisioni basate su motivi sommari o vaghi”

Anche l’art. 22, rubricato *Richieste di informazioni* specifica che il funzionario ha l’obbligo di far “in modo che le informazioni comunicate siano chiare e comprensibili”.

<sup>28</sup> Consultabile in [www.ombudsman.eu.int](http://www.ombudsman.eu.int)

<sup>29</sup> La sorte della Carta di Nizza sui diritti fondamentali di cittadinanza è tuttora incredibilmente incerta: tramontata infatti l’esperienza della Costituzione Europea, essa è stata – con poche modifiche – trasfusa nel Trattato di Lisbona del dicembre 2007, con la significativa attribuzione (contenuta nel novellato art. 6 del Trattato stesso) di un suo valore giuridico eguale a quello dei Trattati Europei. Senonchè ad oggi la ratifica del Trattato di Lisbona sembra non essere più così certa come si riteneva in passato, anche per l’esito negativo di alcuni referendum ed in particolar modo per l’esito negativo di questo in Irlanda

<sup>30</sup> Quanto all’applicazione dei principi comunitari in tema di attività amministrativa cfr. D. U. Galetta: *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte di essenziali garanzie procedurali della pubblica amministrazione*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2005, pp. 819 e ss.. Si v. anche della medesima A. *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, ivi, 2006, pp. 265 e ss.; A. Sandulli: *La scienza italiana del diritto pubblico e l’integrazione europea*, ivi, 2005 pp. 859 e ss. ed il lavoro di G. Greco: *La convenzione europea dei diritti dell’uomo ed il diritto amministrativo in Italia*, ivi, 2000, pp. 25 e ss.

Sicchè l'onere di chiarezza e di comprensibilità viene sul piano europeo tradotto in precise norme di diritto positivo<sup>31</sup>, ed in particolare quale applicazione del diritto fondamentale ad una Buona Amministrazione, con la sanzione della qualificazione di violazione (ma non di annullamento) laddove ciò non accada.

Questa notazione, unita alle altre già presenti nella stessa legge sul procedimento amministrativo (per quanto dequotate), ci porta a poter sostenere che il linguaggio burocratico, oltre a poter sfociare in un concetto lato di "*maladministration*", può porsi esso stesso in termini di violazione del principio del *clare loqui* imposto dall'Ordinamento europeo (ma – sul piano dell'interpretazione sistematica – anche in quello italiano), sotto il profilo della violazione degli oneri di chiarezza e sufficienza della motivazione, potendo portare anche all'annullamento di un provvedimento che risultasse particolarmente incomprensibile con riferimento al destinatario dello stesso, in applicazione congiunta dei principi costituzionali di non discriminazione e solidarietà.

Quanto infine agli atti amministrativi generali, ai regolamenti, agli stessi formulari ed alla "modellistica", pur non potendosi escludere un intervento giurisprudenziale nel caso di loro "oggettiva" incomprensibilità, la questione resta affidata quasi esclusivamente, oltre che alla "stanca" AIR (Analisi di Impatto della Regolamentazione)<sup>32</sup>, al senso di responsabilità della funzione dei singoli amministratori e dirigenti, ed alla loro sensibilità democratica, peraltro imposta da quel troppo spesso negletto principio costituzionale di cui all'art. 98, secondo cui ogni pubblico dipendente è "*al servizio esclusivo della Nazione*".

Ed infatti, pur non potendosi escludere la possibilità di contestare gli atti generali (e la stessa modulistica) dinanzi ad Autorità di control-

<sup>31</sup> Sia pur riconducibili alla cd. "*soft law*" e cioè a quelle norme che non possono condurre ad un annullamento dell'atto amministrativo ex art. 230 Tr., ma che nondimeno esistono e possono trovare applicazione all'interno dei rapporti tra le Istituzioni dell'Unione

<sup>32</sup> Cfr. R. Rolli e I. Sigismondi: *Valutazione dell'Impatto della regolamentazione, teoria dell'interpretazione: alcune considerazioni*, in Rivista Internet Giustamm.it, 2008; E. Morfuni: *L'introduzione dell'AIR in Italia: la prima fase di sperimentazione*, in Giorn. Dir. Amm., 2002, pp. 729 e ss.. In precedenza N. Lupo: *La nuova Direttiva sull'AIR: passi avanti o passi indietro?*, ivi, 2002, pp. 12 e ss.; per l'inquadramento dogmatico, cfr. S. Cassese: *Introduzione allo studio della normazione*, in RTDP, 1992, pp. 307 e ss. Per un commento al Piano Governativo del 15 giugno 2007, si v. *Il Piano di Azione per la semplificazione e la qualità della regolazione ed il parere del Consiglio di Stato*, con commento di G. Sciuillo, in Giorn. Dir. Amm., 2007, p. 1227 e ss.

lo interne alle amministrazioni (in particolare, al Difensore Civico per quelle regionali e locali) sperando in un loro intervento, il soggetto attivo dell'applicazione delle regole di chiarezza (in funzione della comprensibilità per i destinatari) resta pur sempre il singolo funzionario, tenuto – proprio in ragione dell'art. 98 Cost. – ad applicare e realizzare i principi cardine dell'Ordinamento Costituzionale, con particolare riferimento a quelli di non discriminazione e di solidarietà (artt. 2 e 3 Cost.), nei riguardi della "persona" dei destinatari.

In questo senso, lo strumento per una più attenta e costituzionalmente orientata funzione solidaristica del linguaggio burocratico, è certamente quello dell'esercizio della discrezionalità, applicata tuttavia non già all'esercizio del potere, bensì a quello dell'uso del linguaggio, essendo anche questo, come si è visto, ampiamente collocabile all'interno della funzione pubblica e dunque della cura concreta degli interessi della collettività.



GIOVANNI ROVERE

## L'efficienza comunicativa in ambito giuridico

SOMMARIO: 1. La comprensibilità generale dei testi legislativi. Ideali illuministici e neoilluministici. - 2. La lingua giuridica in una prospettiva sociolinguistica. - 3. La critica linguistica. - 4. Conclusioni.

«Il primo giorno del settimo mese, il sacerdote Esdra portò la legge davanti all'assemblea degli uomini, delle donne e di quanti erano in grado di intendere. Lesse il libro sulla piazza davanti alla porta delle Acque, dallo spuntar della luce fino a mezzogiorno. [...] Tutto il popolo andò a mangiare, a bere, a mandare porzioni ai poveri e a far festa, perché avevano compreso le parole che erano state loro proclamate.» (*Il Libro di Neemia*, 8, 2-12)

### 1. La comprensibilità generale dei testi legislativi. Ideali illuministici e neoilluministici

«Nessuna legge del paese può essere redatta in un numero di parole superiore a quello delle lettere dell'alfabeto, le quali ammontano a ventidue soltanto. In realtà, poche raggiungono questo massimo. Le leggi sono formulate nei termini più chiari e semplici, e la gente non è sufficientemente scaltra per individuare più di una interpretazione: scrivere un commento alle leggi è un delitto capitale.»<sup>1</sup> Che nel brano citato la satira swiftiana sia diretta contro la prolissità e i cavilli dei testi giuridici contemporanei o forse anche contro l'ottimismo delle aspirazioni a un ordinamento giuridico semplice, certo è che vi si trovano rappresentati gli elementi centrali di un'utopia ricorrente, la legislazione facile e accessibile a tutti. Il brano

<sup>1</sup> «No Law of that Country must exceed in Words the Number of Letters in their Alphabet, which consists only of two and twenty. But, indeed, few of them extend even to that Length. They are expressed in the most plain and simple Terms, wherein those People are not mercurial enough to discover above one Interpretation: And to write a Comment upon any Law is a capital Crime.» J. SWIFT, *Gulliver's Travels*, Part II, Chapter VII (1726).

si ricollega, infatti, al noto passo di *Utopia* in cui Tommaso Moro vagheggia un ordinamento giuridico caratterizzato da un numero esiguo di leggi chiare e comprensibili, per cui ogni cittadino ha la possibilità di sostenere la propria causa in tribunale senza la mediazione di avvocati.<sup>2</sup> I concetti citati, in particolare le istanze di brevità, chiarezza e comprensibilità, si ritrovano con particolare frequenza nei programmi illuministici volti a sollecitare una nuova codificazione delle leggi, motivando tale esigenza con la necessità di limitare il potere interpretativo dei giudici e di istruire il cittadino in modo da renderlo indipendente da mediatori giuridici. Riportiamo alcuni rapidi esempi: «Des lois précises ne donnent point lieu à la chicane, elles doivent s'entendre selon le sens de la lettre; lorsque elles sont vagues ou obscures, elles obligent de recourir à l'intention du législateur, et au lieu de juger les faits, on s'occupe à les définir» (FEDERICO II DI PRUSSIA, *Dissertation sur les raisons d'établir ou d'abroger les lois* (1749), «Œuvres de Frédéric II, roi de Prusse», Berlino 1848, t. IX, p. 29), «Quo brevior novus Codex futurus sit, eo excellentior» (K.F. HOMMEL, *Principis Cura Legis*, Lipsia 1765, p. 30), «Il doit y avoir pour tout le royaume une seule & même législation ... simple ... claire ... courte» (A. ROUILLÉ D'ORFEUIL, *L'Alambic des Lois*, Parigi 1773, p. 450), «Die Gesetze sollen deutlich und kurz, wie die 10 Gebothe Gottes geschrieben seyn» [Le leggi devono essere chiare e brevi come i dieci comandamenti] (K.A. VON MARTINI, *Allgemeines Recht der Staaten*, Vienna 1788, § 79, 35).<sup>3</sup> Il confronto con gli esiti concreti di tali sforzi, in primo luogo con la legislazione territo-

<sup>2</sup> «Leges habent perquam paucas. sufficiunt enim sic institutis paucissimae. Quin hoc in primis apud alios improbant populos, quod legum interpretumque uolumina, non infinita sufficiunt. Ipsi uero censent iniquissimum; ullos homines his obligari legibus; quae aut numerosiores sint, quam ut perlegi queant; aut obscuriores quam ut a quouis possint intelligi; porro causidicos; qui causas tractent callide; ac leges uafre disputent; prorsus omnes excludunt. censent enim ex usu esse; ut suam quisque causam agat; eademque referat iudici; quae narraturus patrono fuerat. Sic & minus ambagum fore & facilius elici ueritatem. dum eo dicente; quem nullus patronus fucum docuit; iudex solerter expendit singula; & contra uersutorum calumnias simplicioribus ingenijs opitulatur. haec apud alias gentes; in tanto perplexissimarum aceruo legum difficile est obseruari. Caeterum apud eos unusquisque est legis peritus. Nam & sunt (ut dixi) paucissimae; & interpretationum praeterea ut quaeque est maxime crassa; ita maxime aequam censent.» TH. MORE, *Utopia*, cap. 26 (1516).

<sup>3</sup> D'obbligo il rimando a enunciati paragonabili in Hobbes, Bentham, Montesquieu, Beccaria, Alessandro Verri, cfr. CATTANEO 1962 e 1993, SCHOTT 1984, MATARRESE 1993, SCARPELLI 1995. Per la comprensibilità generale come «precetto della dottrina illuministica», si veda anche LAZZARO 1981, 140.

riale prussiana<sup>4</sup>, portata a termine nel 1791 e pubblicata nel 1794, induce a riconoscere l'astrattezza dei postulati iniziali. Quest'ultima si individua in modo emblematico nella polisemia di *perspicuo* («primum leges sint perspicuae», K.F. HOMMEL, cit., p. 27) che ammette un'interpretazione sia in termini di «comprensibilità» sia di «evidenza concettuale», nonché nella genericità della categoria «cittadino». Nei testi di legge prussiani, considerati un modello di chiarezza (HELLER 1992, 445), è ravvisabile, per esempio, la tendenza a limitare la complessità sintattica degli enunciati. HATTENHAUER (1987, 56) parla di una vera e propria regola secondo la quale gli enunciati presenterebbero al massimo una subordinata.<sup>5</sup> Tuttavia, come effetto di tale tendenza e per la ricca casistica orientata a circoscrivere lo spazio interpretativo delle leggi, queste finiscono per comprendere 19.000 paragrafi (LORENZ 1991, 301). Ne consegue che nel preambolo i cittadini non compaiono più come destinatari precipui delle leggi, dirette ora invece ai soli giuristi (cfr. SCHOTT 1984, HATTENHAUER 1987). Come soluzione al problema della mancata comprensibilità generale, Carl Gottlieb SVAREZ, il redattore principale, affianca alla legislazione per i giuristi una versione ridotta e riformulata, destinata al popolo con finalità di mediazione e di istruzione generale [*Unterricht für das Volk über die Gesetze*, Berlin, 1793]. Con «Volk» Svarez non intende l'uomo della strada [«der gemeine Mann»], esplicitamente escluso in partenza dalla comprensione delle leggi, ma il ceto medio emergente (cfr. SCHWENNICKE 1993, 195). L'opera per il suo carattere riassuntivo risultò lacunosa in rapporto a norme essenziali e in una serie di passi fu fonte di malintesi sul diritto vigente (LORENZ 1991, 297).

Nella codificazione absburgica (su cui cfr. BRAUNEDER 1991), a partire dal *Codex Theresianus* (1756), la contraddizione tra l'obbligo per i cittadini di conoscere le norme legislative e l'insufficiente formazione di una gran parte di loro, è affrontata imponendo alle autorità e ai magistrati di rendere note le leggi, per esempio oralmente alle riunioni comunali e in dibattiti su casi di attualità, e considerandole, almeno nei commenti, vincolanti solo per coloro cui la conoscenza e l'osservanza sono davvero possibili. Si scarta invece esplicitamente l'idea di redigere le leggi in uno stile che anche alle classi più basse, prive di preconoscenze

<sup>4</sup> Si veda l'accenno in DE MAURO 1983, 425.

<sup>5</sup> Cfr. però KIEFNER 1995.

giuridiche, risulti comprensibile<sup>6</sup>, dando la precedenza alla formazione anche linguistica dei cittadini.

L'utopia del testo di legge comprensibile per tutti, trasformata in *topos*, persiste fino ai giorni nostri. Un esempio giornalistico fra tanti: «È finalmente tramontata, anche in Italia, l'epoca delle grida di manzoniana memoria? Avremo, cioè, una legislazione chiara e comprensibile a tutti? Sembra di sì leggendo i provvedimenti recentemente riportati sulla Gazzetta Ufficiale a proposito della stesura, promulgazione e pubblicazione degli atti normativi». Con queste parole inizia un articolo del «Sole-24 Ore» (3 giugno 1986, all'interno della rubrica «Norme e tributi») che si riferisce in particolare alla circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulla «Formulazione tecnica dei testi legislativi» del 24 febbraio 1986.<sup>7</sup> Raccomandazioni come «I medesimi concetti ed istituti devono essere individuati con denominazioni identiche sia nel titolo sia nei vari articoli e negli allegati», in realtà, vanno ricondotte alle uniche finalità indicate in maniera esplicita nella circolare, cioè la precisione e l'agevolata reperibilità elettronica. Funzionale a un obiettivo di comprensibilità risulterebbe semmai l'invito a evitare le abbreviazioni e i termini stranieri sostituibili con sinonimi di uso corrente.

Che i cittadini siano i destinatari diretti dei testi normativi ma anche dei testi applicativi come le sentenze, è nell'articolo giornalistico citato un dato di fatto. Gli argomenti a favore di una tale concezione fanno leva principalmente sul controllo pubblico dei poteri legislativo e giurisdizionale in quanto requisito essenziale per il funzionamento dell'ordinamento democratico. A tale proposito va innanzitutto evidenziato che il concetto di cittadino è sul piano sociolinguistico non marcato, e che quindi, nel caso concreto, è necessario rilevare preliminarmente il grado di competenze linguistiche e culturali dei destinatari non specialisti (si veda ad es. VEDOVELLI 1999). Affrontando la questione delle condizioni sociolinguistiche dei cittadini per i quali i testi normativi hanno rilievo giuridico, DE MAURO (2002, 158) ricorre al criterio del titolo di studio quale indicatore delle disuguaglianze rilevabili all'interno della comunità linguistica. Difatti, le ricerche sperimentali documentano, come appare ovvio atten-

<sup>6</sup> Così F.v. ZEILLER, *Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*. Vol. I (1811), p. 35, cit. in BRAUNEDER 1991, 113.

<sup>7</sup> Gazzetta Ufficiale n. 123, 29.5.1986.

dersi, che il livello di formazione condiziona fortemente la comprensione di testi normativi (v. ad es. BENSON 1985, GUNNARSON 1989, cfr. su questo fattore anche SCHENDERA 2000, 120). Si aggiungono però due aspetti. In primo luogo il fenomeno dell'analfabetismo di ritorno, inteso nel senso ampio di perdita, anche parziale, delle capacità di elaborare informazioni basilari in testi rilevanti per la vita sociale. In secondo luogo, in termini più specifici, «i casi di ignoranza dei cittadini, pur provvisti di titolo di studio non elementare, circa il modo di realizzare giuridicamente propri fondamentali interessi e aspirazioni» (C. LA FARINA, *L'analfabetismo giuridico del popolo italiano*, citato in ROSELLI 1986, 30).

Più indicativi e circostanziati delle statistiche scolastiche appaiono i dati offerti dalle ricerche cicliche promosse dall'OCSE, le indagini PISA del 2000, 2003 e 2006, volte a misurare le competenze in lettura, matematica e scienze di allievi quindicenni nei paesi membri e in altri paesi consociati. Il concetto guida a cui l'impostazione metodologica nelle indagini si orienta, è quello del cittadino capace di attingere alle fonti d'informazione fondamentali per poter esercitare i propri diritti e svolgere un ruolo attivo nella società (cfr. OCSE 2007, 82). Di conseguenza, l'attenzione non è diretta alla padronanza di contenuti curriculari bensì a un insieme di conoscenze, competenze e strategie, nel caso della lettura alla capacità di interpretare testi espositivi e argomentativi e di riflettere su di essi. I risultati generali delle indagini dimostrano innanzitutto la debolezza di sistemi formativi improntati principalmente alla mediazione di conoscenze, a scapito dello sviluppo di competenze adeguate alla risoluzione di problemi della vita reale. Gli esiti riguardanti gli allievi italiani mettono in evidenza che solo il 5% è in grado di portare a termine processi di lettura complessa, mentre il 26% presenta una competenza del tutto insufficiente per integrare le parti di un testo al fine di comprenderne il significato generale ed elaborare un'interpretazione. Sull'arco delle tre indagini, dal 2000 al 2006, il distacco, statisticamente significativo, del valore medio nazionale rispetto alla media OCSE si è accresciuto (cfr. OECD 2007, tavv. 6.1a e 6.3a). A risultati comparabili giunge un'altra ricerca OCSE, di dimensioni più ridotte, incentrata sulle fasce di età successive, dai 16 ai 65 anni, e indirizzata a misurare le competenze necessarie per l'accesso al mercato del lavoro e per l'esercizio dei diritti di cittadinanza (cfr. GALLINA 2006). Con tutte le riserve metodologiche che si possono avanzare sul grado di attendibilità di dati statistici relativi ai titoli scolastici da un lato, e a entità composite come la competenza in lettura dall'altro, pare

fondato dubitare che la generalità dei cittadini, malgrado l'aumento della scolarità e dell'uso attivo della lingua nazionale, abbia potuto acquisire il livello di competenze necessario per identificare e valutare le informazioni contenute in testi a uso pubblico come i documenti ufficiali. Tale capacità costituisce però, per l'appunto, un prerequisito per la partecipazione attiva e consapevole alla vita politica e sociale. Che anche in altri paesi europei si riscontrino risultati affini, può forse, in un'ottica nazionale, considerarsi consolante, ma nulla toglie al fatto che l'affermazione del diritto del cittadino al controllo del potere legislativo e giurisdizionale rischi di apparire alla luce di tali condizioni di fondo come espressione di democratismo formale.

La comprensibilità è un concetto relazionale in cui il secondo elemento, rappresentato dai fruitori del testo, costituisce una variabile.<sup>8</sup> Ciò significa che ogni qual volta si affronti il tema della comprensibilità di un testo o di un insieme di testi, va chiarito quale livello di competenza del destinatario funga da termine di riferimento: «Se si coltivasse l'illusione di rendere accessibile tutto a tutti non si farebbe che seminare confusione e incertezza interpretativa, matrici di ingiustizia generalizzata» (MORTARA GARAVELLI 2001, 154).

## 2. La lingua giuridica in una prospettiva sociolinguistica

Per un inquadramento sociolinguistico della lingua giuridica pare opportuno prendere le mosse dall'impostazione di BERRUTO (1995, 147ss.) che sotto il termine *varietà diafasica* compendia due tipi di varietà, le lingue speciali (o sottocodici) da un lato e i registri dall'altro. Costitutiva per le lingue speciali è la correlazione con la sfera di attività e l'ambito di discorso, mentre i registri si definiscono in base al grado di formalità della situazione e ai rapporti istituiti tra gli interlocutori. La tesi che, sulla scia di BELVEDERE (1994, 404), s'intende sostenere è che la lingua giuridica così come si manifesta in testi tecnici, si colloca tra le lingue speciali in senso stretto. La com-

<sup>8</sup> Cfr. anche il modello sociolinguistico in PFEIFFER *et al.* 1987. In studi empirici sulla comprensibilità il rapporto può venire, naturalmente, rovesciato: il campione di lettori selezionato rappresenta la costante, mentre il testo varia nei tratti sottoposti a indagine, oppure il confronto riguarda più gruppi e più testi, cfr. già CHARROW/CHARROW 1979. Sulle scelte metodologiche in questo ambito di ricerca si vedano le osservazioni critiche in SCHENDERA 2000.

piessità dei contenuti giuridici e l'obiettivo dell'«esattezza formale e concettuale» che «comporta inevitabilmente il congelamento nello specialismo, non come espediente ma come conseguenza della ricerca di univocità» (MORTARA GARAVELLI 1999, 158) hanno per conseguenza che i destinatari dei testi giuridici, di fatto, non possano essere che gli esperti.<sup>9</sup> Detto diversamente, tali testi non sono accessibili a semplici atti di comprensione da parte di lettori profani; la loro interpretazione presuppone l'accesso a una rete di relazioni intertestuali e a un quadro di conoscenze disciplinari.

Quanto ai registri, la letteratura relativa al linguaggio giuridico rivolge una particolare attenzione agli arcaismi stilistici. Essi, ritenuti un tratto caratteristico di molti testi giuridici, vengono interpretati da alcuni studiosi (cfr. in particolare CORTELAZZO 1997, 48) come elementi sociolettali, appartenenti cioè a una varietà diastratica, e quindi come espressione di un uso sociale e non situazionale. Alla luce della tesi qui adottata ciò significherebbe che in testi destinati a specialisti le marche di registro arcaico più che accentuare il distacco dai non specialisti, fungono come segnale di integrazione nel gruppo, come contrassegno di una condivisa identità professionale, a prescindere cioè dalla molteplicità dei ruoli assunti dai giuristi (su cui cfr. in maniera estesa FERRARI 2004).

Nelle interazioni in cui il profano è interlocutore diretto, ad esempio nella comunicazione forense (cfr. BELLUCCI 2005), la comprensibilità degli enunciati costituisce una componente basilare dell'efficacia comunicativa.<sup>10</sup> Anche in queste situazioni, tuttavia, la certezza giuridica con tutte le sue implicazioni di garanzia e giustizia per il cittadino, rappresenta una condizione prioritaria.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> La contrapposizione operata tra «giuristi» e «profani» non costituisce ovviamente una distinzione categoriale netta, né implica, altrettanto ovviamente, che le due entità rappresentino insieme omogenei in relazione alle tematiche toccate in questo contributo, specie quanto alle competenze tecniche dei primi e alle conoscenze giuridiche dei secondi.

<sup>10</sup> Si considera efficace la comunicazione quando, detto sommariamente, gli interlocutori raggiungono gli scopi che si erano proposti, a prescindere dall'impegno necessario per ottenere tale risultato. Quanto all'ultimo criterio cfr. le osservazioni al par. 4.

<sup>11</sup> Si veda a proposito, al di fuori dell'ambito giuridico, il tipo di testo dei foglietti illustrativi acclusi ai medicinali. La rilevanza della loro comprensibilità per il paziente profano è fuori discussione, cfr. in particolare le normative comunitarie e nazionali, spesso ignorate dalla critica linguistica dei foglietti illustrativi. Quando però la dimensione medica si incrocia con quella giuridica, subentrano, in connessione con il primo, anche altri criteri, fra cui la preoccupazione delle ditte farmaceutiche di evitare azioni di risarcimento (cfr. ROVERE 2001).

### 3. La critica linguistica

La linguistica moderna, a differenza della grammatica tradizionale intesa come disciplina prescrittiva, ha notoriamente obiettivi descrittivi e interpretativi. A questa contrapposizione si ricollegano la concezione di norma come modello di lingua costruito su giudizi di valore e ricorrendo a criteri storici, logici ed estetici, e la concezione di norma definita come regolarità dell'uso, rilevabile su basi statistiche. Per quanto le due concezioni siano nettamente antitetiche, si può osservare che talora anche opere di consultazione moderne conservano tracce di prescrittività esplicita. Valore normativo può venire attribuito inoltre ad indicazioni lessicografiche o grammaticali elaborate su basi descrittive, se l'utente ricorre alle opere di consultazione in un'ottica prescrittiva.

**3.1. Il Vocabolario della lingua italiana**, diretto da A. DURO e pubblicato dall'Istituto della Enciclopedia Italiana, nell'articolo relativo al lemma verbale *comminare*, dà le seguenti indicazioni: «Nel linguaggio giuridico, minacciare una data pena ai trasgressori di una legge: *per tali reati il codice commina pene gravissime*. Erroneo l'uso del verbo nel significato di infliggere (una pena)» (*Volit*, s.v.). Il vocabolario riprende qui la tradizionale posizione puristica che condanna l'evoluzione semantica adducendo il criterio storico dell'etimologia. Nel *Dizionario della Lingua Italiana* di SABATINI/COLETTI si legge a proposito dello stesso verbo *comminare*: «dir. Stabilire per legge la sanzione o la pena da infliggere per ogni tipo di reato. Sinonimi: decretare, prevedere: *comminare pene severe per reati gravi*» (*SC*, s.v.). L'utente che consulti l'articolo con attese normative, non trovando l'accezione di «infliggere una pena» può essere indotto ad interpretare l'omissione come una conferma indiretta dell'affermazione puristica. Le possibilità offerte dalla linguistica dei *corpora* permettono ora di controllare sul piano dell'uso la validità di quanto asserito nel *Volit*. Cercando in prima battuta occorrenze in cui nel ruolo semantico dell'agente non compaia il legislatore ma un soggetto legittimato a infliggere sanzioni, già a un rapido sondaggio si individuano numerose attestazioni.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> I *corpora* sono quelli utilizzati in ROVERE 2005, a cui si rimanda per la loro descrizione.

- (1) La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può **comminargli** il pagamento di una somma forfettaria o di una penalità. (4 Codici \ cc-tice)
- (2) Le decisioni straniere che **comminano** una penalità sono esecutive nello Stato richiesto solo se la misura di quest'ultima è stata definitivamente fissata dai giudici dello Stato di origine. (4 Codici \ cpc-cc)
- (3) Ove in sede giudiziaria si accerti l'utilizzazione di fonogrammi che, ai sensi dell'art. 74, arrecano pregiudizio al produttore fonografico, oltre alla interdizione definitiva dal loro utilizzo, può essere **comminata** una sanzione amministrativa da un minimo di euro 260,00 ad un massimo di euro 5.200,00. (4 Codici \ cpc-pda)
- (4) All'obiettore che si renda responsabile di comportamenti repressibili o incompatibili con la natura e la funzionalità del servizio possono essere **comminate** le seguenti sanzioni [...]. (4 Codici \ cp-cpp-oco)
- (5) L'ergastolo è definito «discrezionale» quando, essendo stato **comminato**, non solo per la gravità del reato commesso, ma anche e soprattutto per le condizioni psichiche del reo, considerato pericoloso per la comunità, è soggetto a revisione, e può essere ridimensionato, qualora le condizioni psichiche del colpevole presentino miglioramenti. (Foro tes 1991)
- (6) La corte innanzitutto ha valutato se la sanzione inflitta dall'ordinanza in questione costituisca o meno una «pena» ai sensi dell'art. 7; a tal fine, è necessario, in primo luogo, stabilire se la sanzione sia stata inflitta a seguito di una condanna per un reato e, in secondo luogo, possono essere presi in considerazione elementi diversi, come, ad esempio, la natura del provvedimento che ha **comminato** la sanzione, lo scopo perseguito, la sua qualificazione giuridica secondo il diritto interno e la gravità della stessa sanzione. (Foro tes 1996)

- (7) Il Consiglio dell'ordine degli architetti di Padova, all'esito di un procedimento disciplinare, **comminava** la sanzione della censura all'architetto [...]. (Foro sen Cost 1993)
- (8) La corte d'appello di Bari, con sentenza del 26.11.1996, **comminava** al [...] la sanzione della sospensione per un anno e rigettava l'appello incidentale. (Foro sen Cass 1998)
- (9) Con ricorso, depositato il 6.9.1996, la S.r.l. Steel Seramenti proponeva opposizione, ai sensi dell'art. 22 della legge n. 689/1981, avverso l'ordinanza-ingiunzione n. 74 del 4.7.1996, con la quale l'Ispettorato Provinciale del Lavoro di Firenze aveva **comminato** a [omissis] una sanzione amministrativa per violazione degli artt. 11, 13 e 18 della legge n. 264/1949 (e successive modificazioni). (Foro sen Cass 2001)
- (10) Il prefetto di Cosenza gli aveva **comminato** la sanzione amministrativa del pagamento della somma di L. 200.000, per avere eseguito abusivamente opere (una recinzione) sulla pubblica strada senza autorizzazione. (Foro sen Cass 2000)
- (11) Il Pretore di Nuoro ha respinto l'opposizione di [...] al provvedimento del comune di Orosei che gli ha **comminato** la sanzione pecuniaria di L. 200.000, per violazione dell'ordinanza sindacale che aveva vietato la sosta degli autocaravan in località «Sa Curcurica». (Foro sen Cass 2001)
- (12) La Telecom Italia S.p.a. (di cui egli era dipendente) gli aveva **comminato** due sanzioni disciplinari per essersi egli più volte allontanato dalla sua abitazione senza preventiva comunicazione. (Foro sen Cass 2002)

Emerge con chiarezza che *comminare* nell'accezione di «infliggere una sanzione» è ben attestato nell'uso in testi normativi (1)-(4), interpretativi (5)-(6) e applicativi (7)-(12). A giusto titolo, quindi, tale accezione è riportata nel *Grande Dizionario Italiano dell'Uso* («dir. Minacciare una sanzione da in-

fliggere ai trasgressori di una legge; infliggere una pena», GDU, s.v.).

Quanto al grado di tecnicità di *comminare*, bisogna chiedersi quale valore vada accordato alla marca d'uso *diritto* nei dizionari citati, nel momento che essi, per la prima accezione, forniscono sinonimi come *prevedere* (SC), *prescrivere* e *stabilire* (GDU). La domanda è di interesse teorico ma, nell'ottica lessicografica e degli esercizi di riscrittura, anche pratico. Una risposta attendibile esigerebbe preliminarmente un confronto tra le occorrenze, negli stessi *corpora* giuridici, di *comminare* nel senso riportato dai dizionari, e le occorrenze dei verbi considerati sinonimici. In questa sede dobbiamo limitarci a una rapida esemplificazione.

- (13) Nella vicenda della destituzione di diritto dei pubblici dipendenti in seguito a loro condanna penale, il momento decisivo è costituito dalla sentenza 14 ottobre 1988, n. 971[...], con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 85 d.p.r. 3/57 che la **disponeva** per gli impiegati civili dello Stato, e di altre norme che la **comminavano** per i dipendenti di altri settori. (Foro not 1992)
- (14) Le pene **comminate** dalle leggi speciali relative ai divieti di importazione e di esportazione si applicano senza pregiudizio di quelle **stabilite** dal presente testo unico, quando il fatto sia anche punibile ai termini di esso. (4 Codici \ cp-cpp-dog)
- (15) La corte innanzitutto ha valutato se la sanzione **inflitta** dall'ordinanza in questione costituisca o meno una «pena» ai sensi dell'art. 7; a tal fine, è necessario, in primo luogo, stabilire se la sanzione sia stata **inflitta** a seguito di una condanna per un reato e, in secondo luogo, possono essere presi in considerazione elementi diversi, come, ad esempio, la natura del provvedimento che ha **comminato** la sanzione [...]. (Foro tes 1996)

Notiamo in (13) e (14) l'uso di *disporre* e *stabilire* nonché in (15) di *infliggere* in contesti in cui sembrano alternarsi a *comminare* in funzione di variazione stilistica. Si rileva inoltre che nell'accezione di «infliggere»

il quadro argomentale di *comminare* risulta più ricco di quello manifestato dall'accezione di «stabilire», in conseguenza soprattutto dell'uso in contesti di fattispecie specifica: il complemento indiretto – a differenza di quanto si osserva nel quadro valenziale di *comminare* «stabilire», cfr. (4) – può aggiungersi al complemento preposizionale come in (9) e (11). Per necessità di specificazione in (10) e (12) al complemento preposizionale si sostituisce un'infinitiva. In uno studio comparativo occorrerebbe quindi verificare se anche i sinonimi presentino questa articolazione valenziale. Andrebbe inoltre delineato il profilo combinatorio dei verbi, specie per quanto riguarda le collocazioni. *Comminare* si combina tipicamente con *nullità* ma solo sporadicamente con *ammenda*, che è più frequente invece dopo *infliggere*. In attesa di ricerche dettagliate si potrebbe ipotizzare che *comminare* sia un verbo tecnico nel senso che, usato tipicamente in contesti giuridici, ingloba nella propria semantica tratti che altri verbi attualizzano solo in dipendenza da nomi tecnici presenti nel quadro argomentale. Per tale sostituibilità contestuale con verbi generici, tuttavia, il suo grado di tecnicità appare relativamente basso. Si tratterebbe in tal caso di un tecnicismo collaterale.

3.2. Per «tecnicismi collaterali» Serianni intende «particolari espressioni stereotipiche, non necessarie, a rigore, alle esigenze della denotatività tecnica, ma preferite per la loro connotazione tecnica: [...] un magistrato, per l'uomo della strada *interroga* dei testi mentre, nel linguaggio giudiziario *procede alla loro escussione*» (SERIANNI 1989, 103). Dal punto di vista della critica linguistica tradizionale che richiede la sostituzione di locuzioni verbo+nome con verbi semplici (non *attuare/effettuare/... la cancellazione* ma *cancellare*), per lo più senza prestare attenzione al contesto comunicativo e linguistico, si osserva che Serianni sembra postulare un'equivalenza semantica tra le due espressioni. In realtà, almeno una differenza, di natura azionale, risulta palese. Mentre *interrogare* si combina con avverbiali durativi, *procedere a escussione* è in genere non durativo per l'azione incoativa manifestata dal verbo con riferimento all'iter formale del processo. Sul piano semantico il confronto riguarderebbe quindi *interrogare* ed *escutere* da un lato, *procedere a interrogatorio* e *procedere a escussione* dall'altro. Senza approfondire il duplice esame, notiamo che, in ambito processuale, *procedere a interrogatorio* è usato in genere in relazione all'imputato e alle parti, *procedere a escussione* tipicamente in relazione ai testimoni (16)-(18). Inoltre, *escussione* si combina anche con ter-

mini tecnici più specifici rispetto a *interrogatorio libero* e *~ formale* (20), mentre *interrogare* assume valore iperonimico rispetto a *escutere* (cfr. (23) e (24)).

- (16) Il p.m. procedeva, altresì, all'**interrogatorio** dell'imputato. (Foro sen Trib 1995)
- (17) Dopo aver proceduto all'**interrogatorio** formale delle parti ed acquisito il rapporto dei vigili urbani, il conciliatore, con sentenza 22 giugno 1990, rigettava la domanda del Rosa, condannandolo al risarcimento dei danni in favore del convenuto. (Foro sen Cass 1994)
- (18) Stante la precisione e concordanza di tali testimonianze attestanti l'incuria e l'abbandono del fondo che si asseriva posseduto, il Tribunale riteneva inutile **procedere** a nuova **escussione** dei testi ed influente desumere da alcune foto quelli che erano soltanto i segni di una pregressa utilizzazione del terreno poi abbandonato a sé stesso. (Foro sen Cass 2000)
- (19) Dalle **escussioni testimoniali** è emerso: [...]. (Foro sen Trib 1991)
- (20) Mentre era stata rinnovata la richiesta di **escussione della prova testimoniale**, analoga richiesta non era stata formulata in relazione all'**interrogatorio formale**. (Foro sen Cass 1994)
- (21) Il giudice disciplinare era tenuto ad **escutere** direttamente i testi, potendo egli, come detto, legittimamente maturare il proprio convincimento anche sulla sola base delle acquisizioni probatorie intervenute nel processo penale, se ritenute, come nella specie, sufficienti e decisive. (Foro sen Cass 1998)
- (22) Espletato l'interrogatorio del prevenuto, **sono stati escussi** i testi. (Foro sen Pret 1990)
- (23) Fallita la conciliazione, il giudice dà corso all'istruttoria, **interrogando** le parti ed **escutando** i testi. (Foro sen Trib 2000)

- (24) Tale norma viene interpretata nel senso che il giudice non può **interrogare** congiuntamente i testimoni e che questi ultimi non possono assistere alle deposizioni degli altri; che la ratio della regola consiste invero nell'impedire che il testimone da **escutere** successivamente possa restare influenzato o suggestionato dalle risposte date dagli altri testimoni o possa anche solo attingere alle stesse per integrare la propria memoria dei fatti. (Foro sen Trib 1989)

Va in questo contesto osservato che la spinta alla nominalizzazione viene incontro a varie esigenze della comunicazione tecnica. In primo luogo è funzionale allo sviluppo di una terminologia economica, in cui il nome, facilmente soggetto ad ampliamenti attributivi o ad altre modalità morfosintattiche di specificazione sottocategorizzante, costituisce la base.<sup>13</sup> A differenza del verbo che dà dell'azione una visione globale e temporalmente indeterminata, il nome viene incontro all'esigenza di concettualizzazione specialistica in quanto traspone azioni e processi della vita quotidiana sul piano dei fatti giuridici in una prospettiva risultativa. La costruzione analitica offre il vantaggio di una suddivisione delle funzioni semantiche e sintattiche: il nome si riferisce al concetto tecnico, il verbo marca i tratti grammaticali di persona, tempo, aspetto e modo. La gamma paradigmatica dei verbi che possono combinarsi con il nome introduce la possibilità di differenziazioni dal punto di vista azionale. Sul piano della progressione tematica, infine, la topicalizzazione del nome permette la ripresa del rema (cfr. ROVERE 2005, 36). Quando, invece, i tratti semantici specifici non sono attualizzati perché non corrispondono a esigenze della comunicazione tecnica, nei testi pubblici destinati al cittadino la costruzione assume funzioni pragmatiche che vanno dalla marca stilistica di formalità e di impersonalità al condizionamento intimidatorio.

3.3. Il verbo *attenere* nel significato di «essere pertinente a» si trova ampiamente attestato in testi giuridici, come scelta di registro formale ri-

<sup>13</sup> Per rimanere all'interno dell'esemplificazione appena esposta, si veda *interrogatorio dibattimentale*, ma anche *escussione a cono*, termine introdotto da BELLUCCI nel suo studio sociolinguistico con la definizione di «la successione ordinata di domande sempre più circoscritte e circostanziate» (2005, 116).

spetto ai comuni *concernere* e *riguardare*. Accanto alla predominante costruzione intransitiva si registra anche la costruzione transitiva.

- (25) I g.u.p. ha certamente acquisito nuovi poteri decisionali con le recenti modifiche normative che **attengono** sia il profilo dell'integrazione dell'indagine che quello dei presupposti della pronuncia assolutoria. (Foro sen Capp 2001)
- (26) L'attivazione da parte della lavoratrice della procedura conciliativa presso la Commissione dell'Ufficio Provinciale del Lavoro, che costituisce condizione di procedibilità soltanto delle azioni promosse per pretesa mancanza di giusta causa o giustificato motivo del recesso, e non **attiene** i licenziamenti inefficaci, costituiva una conferma della implicita rinuncia della lavoratrice a far valere l'inefficacia del licenziamento. (Foro sen Cass 2002)
- (27) Il giudice dell'appello rilevava che la pretesa fatta valere **atteneva** un rapporto di prestazione d'opera professionale con i connotati della collaborazione continuativa e coordinata, dal quale derivavano posizioni di diritto soggettivo. (Foro sen Cass 2001)
- (28) Con il motivo in esame si contesta il giudizio di merito in punto di gravità, ritenendosi che la quantità degli affari interessati, in relazione al totale, non giustifica detto giudizio di gravità. Tali censure, ad avviso del Collegio, **attengono** esclusivamente il merito e sono, pertanto, inammissibili in Cassazione. (Foro sen Cass 2002)
- (29) Pertanto, non è suscettibile di rilievi di legittimità la visione solidaristica, accolta dal Consiglio dell'Ordine di Genova e condivisa dal Consiglio Nazionale Forense, dei rapporti tra avvocati, la cui attività non può essere ridotta alla tutela di interessi privatistici, neppure quando sono in gioco i diritti propri del professionista, i cui doveri di correttezza non **attengono** soltanto lo stretto esercizio della professione, ma **investono** la sua complessiva immagine. (Foro sen Cass 2001)

Il numero delle occorrenze, seppure chiaramente inferiore nei confronti di *attenere a* (cfr. anche BLUMENTHAL/ROVERE, *s.v.*), è troppo consistente per poter considerarle semplici errori di esecuzione che lo scrivente, se reso attento, correggerebbe. Come dimostrano gli esempi seguenti (30)-(34), la costruzione si trova anche in altri testi di registro formale.

- (30) Il riferimento alle tre riunioni di Consigli Speciali, svolte nel recente passato, ha permesso di allargare l'attenzione anche alle Chiese particolari di altri continenti, mentre è stato dato rilievo alla necessità di una revisione dell'*Ordo Synodi* per quanto **attiene** un ulteriore adeguamento alla prassi ecclesiale e alle norme canoniche attuali. (L'Osservatore Romano 2005)
- (31) Le due prospettive sono entrambe presenti nel libro di Elisabetta Forni, *La città di Batman* (Bollati Boringhieri, 2002), che riporta un'indagine fatta alla fine degli anni novanta a Torino in due aree del centro e della periferia e ha il merito di ridefinire attraverso l'attenzione ai bambini questioni più generali che **attengono** la sicurezza, il conflitto, l'habitat. (L'Indice 2002)
- (32) Se tuttavia il mestiere dell'urbanista ha qualche significato, questo **attiene** la possibilità di arricchire il senso comune, non di registrarlo, di affinarlo mettendo in moto un'immaginazione più ampia che possa mostrare come le cose possono essere fatte meglio. (L'Indice 2002)
- (33) La scena dell'arrivo del serpe nella valletta non è stata centralizzata a sufficienza nell'allegoria generale del Purgatorio, se non per quel che **attiene**, nell'aspetto più comprensibile della mala striscia, il serpente che ha tentato Eva e che ora viene discacciato dagli angeli, cioè dalla Grazia divina. (Giorgio PETROCCHI, *Vita di Dante*, 1983)
- (34) Per quanto **attiene** l'ipotesi sub B) del presente capitolo, l'Accolti portava a giustificazione della mancata chiamata in causa degli accusati la suprema potestà del Principe, in forza della quale egli poteva procedere «non servato ordine iuris». (Guglielmo VITALE, *Francesco Accolti e il concilio tenuto a difesa dei fiorentini*, 1999)

Del fenomeno si possono forse dare due spiegazioni, peraltro non necessariamente alternative. La prima considera l'influsso morfosintattico dei più frequenti verbi *concernere* e *riguardare*, costruiti solo transitivamente. La seconda, di natura valenziale, punta a riconoscere nella differenza sintattica una, per quanto sfumata, differenza semantica. Essendo il rapporto tra soggetto e complemento diretto di maggiore intensità valenziale rispetto a quello tra soggetto e complemento preposizionale, nel secondo caso si manifesterebbe di preferenza una relazione di riferimento, nel primo di connessione. Per questo motivo, quando la differenziazione prevista dal sistema è sfruttata nell'uso, *attenere* costruito con il complemento diretto significa «concernere direttamente qc. nella sua globalità».

3.4. Dell'aggettivo *insofferente* nei dizionari è riportata, accanto all'uso assoluto, soltanto la costruzione con la preposizione *di*. Bisogna quindi chiedersi come siano da valutare le attestazioni con *a* (35)-(37) che, accanto a quelle con *di* (38)-(39), si individuano soprattutto in testi interpretativi.

- (35) Su questi aspetti più spesso si sofferma la dottrina al fine di argomentare l'una o l'altra delle tesi sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale, mentre la giurisprudenza in margine ad entrambi i profili cennati si mostra talvolta **insofferente ad aprioristiche definizioni dogmatiche**. (Foro not 1991)
- (36) Contro le suggestioni di una tutela penale «sostanziale» favorita da una prassi sempre più **insofferente ai limiti di una responsabilità** da acclarare solo nel rispetto dei vincoli della legalità formale, due osservazioni. (Foro not 1996)
- (37) Emergeva infatti con tutta evidenza dal nuovo sistema che condizione essenziale per il suo successo era la tempestività dell'adozione della legge comunitaria; ma sul punto, malgrado gli originari propositi, lo stesso progetto governativo aveva preferito tacere, né evidentemente era stato più preciso il parlamento **insofferente a forme di programmazione obbligata** dei propri lavori. (Foro tes 1999)

- (38) È un bene che va tanto più gelosamente difeso in un momento quale l'attuale in cui la magistratura è sottoposta ad un veemente attacco da parte di ben individuati settori del potere politico **insofferenti di quella autonomia** che per fortuna la nostra magistratura professionale pur con tutti i suoi limiti riesce ancora ad esprimere. (Foro tes 1989)
- (39) Le modalità espressive sono le più varie; si passa dal monologo al dialogo, dalla narrativa ai poemi, fino a giungere alle parodie, al disegno, utilizzando un linguaggio trasgressivo e spesso osceno, frutto dell'esagerazione, **insofferente di ogni misura e regola pre-costituite**, men che estemporanee (il linguaggio comico-satirico obbedisce solo alle regole create nel momento in cui si sviluppa e si articola; e spesso le contraddice, le rovescia, cambiando continuamente codice espressivo). (Foro not 1990)
- (40) La Corte di cassazione **insofferente**, talvolta, **della rigidità di tali norme** «al fine di privilegiare la funzionalità del mezzo processuale» [...] ha tentato di temperarle, ammettendo, qualora il dettato normativo esplicitamente non vi contrastasse, sanatorie o, in caso contrario, imboccando la strada del rilievo di incostruzionalità. (Foro not 1993).

Le occorrenze di *insofferente a* trovate in altri tipi di testi dimostrano, anche in questo caso, che la questione non si pone in termini di errore di esecuzione, ma come problema metodologico, considerando in particolare l'insufficiente attenzione riservata da molta lessicografia allo spoglio di fonti primarie. Una ricerca nel *Primo Tesoro della Lingua Letteraria Italiana del Novecento* (DE MAURO 2007) permette invece di individuare attestazioni letterarie della costruzione (41)-(42), ma numerose occorrenze emergono anche in altri contesti formali (43)-(48).

- (41) Nato tra le montagne venete, **insofferente alla sua valle chiusa** aveva seguito l'estro di altri giovani del paese che con la cassetta a tracolla se ne erano andati

seguendo il corso del torrente che scendeva al mare. (Giovanni COMMISSO, *Un gatto attraversa la strada*, 1955)

- (42) La gotta, che lo rendeva **insofferente al minimo sobbalzo**, lo faceva urlare rabbioso e violento. (Marta MORAZZONI, *La ragazza col turbante*, 1986)
- (43) Il viaggio nel tempo vuoto ha portato alla riscoperta di un'identità al di qua da ogni storia, ricomposizione di chi era sia soggetto che osservatore di una metamorfosi, una premessa di comunità che è innocenza senza ricordo, animalità riconquistata **insofferente ad ogni intrusione adulta**. (L'Indice 1986)
- (44) «Se si ha a che fare con una persona che crede a spiriti e fantasmi non ha molto senso illustrargli l'efficacia della medicina razionale. Se si è interpellati da qualcuno che è **insofferente all'idea dell'agopuntura**, non c'è frutto nel dilungarsi con lui ad illustrare i successi di tali tecniche.» (L'Indice 1985)
- (45) Vegliani è un uomo di frontiera, **insofferente alle patrie**. (L'Indice 1989)
- (46) Si tratta di predisporre strumenti capaci di alleviare tormenti, a volte disperazioni, di una popolazione [...] consapevole di essere in debito con la collettività, spesso **insofferente a una rieducazione fondata su principi astratti**. (L'Osservatore Romano 2003)
- (47) Il nostro senso di inviolabilità ci ha reso ancora una volta **insofferenti alle nuove esigenze** di sicurezza interna. (L'Osservatore Romano 2002)
- (48) **Insofferente** per natura **alle** rigide regole accademiche dell'arte, ugualmente **insofferente delle** condizioni politiche degli anni risorgimentali, nutriva la forte idea di divenire un pittore-soldato. Da Venezia fuggì per non entrare nell'esercito austro-ungarico. (L'Osservatore Romano 2002)

Risulta arduo ravvisare differenze semantiche o di registro tra le due costruzioni. In particolare, non si riconoscono opposizioni nette quanto alle classi semantiche dei nomi nella posizione del complemento preposizionale. L'unica affermazione sicura riguarda la frequenza maggiore della costruzione con *di*, che, a giudicare dalle attestazioni storiche, risulta la più antica. A livello intuitivo si potrebbe avanzare l'ipotesi di una tendenziale differenza di grado. La preposizione *a* manifestando, seppure in misura inferiore a *verso*<sup>14</sup>, una visuale direzionale, conferisce un valore dinamico alla costruzione. Che l'esperienza in posizione di soggetto venga confrontato con una circostanza negativa, è percepito (soggettivamente) come un fatto episodico o iterativo, cfr. gli avverbi temporali *talvolta* in (35) o *spesso* in (46). Nella costruzione con *di* il legame tra soggetto e causa dell'insofferenza è invece più stretto. La costruzione metterebbe quindi in rilievo un tratto considerato inerente alla natura del soggetto, e la causa dell'insofferenza sarebbe vista piuttosto come condizione che come circostanza. Non mancano però controesempi, cfr. (40). Combinando questo dato con la nostra ipotesi si può forse concludere che nell'opposizione tra le due costruzioni quella con *di* rappresenta la variante neutra.

#### 4. Conclusioni

La critica dei testi giuridici destinati agli esperti ha come valore di riferimento l'efficienza comunicativa in relazione agli obiettivi istituzionali dei testi. L'efficienza comunicativa si misura prioritariamente in termini di precisione, univocità ed economia.<sup>15</sup> Essa soddisfa pertanto criteri più severi rispetto all'efficacia comunicativa (vedi n. 10). La comprensibilità di un dato testo giuridico per un interlocutore profano non implica, infatti, necessariamente che per il giurista il testo sia univoco. Viceversa, rendere comprensibile testi giuridici a non specialisti significherebbe mettere a loro disposizione, in aggiunta al testo, tutto il sapere giuridico indispensabile a tal fine, oppure accettare il rischio, altamente probabile, di imprecisioni e ambiguità tecniche. Nel caso dei testi normativi va osservato che per la loro interpretazione è richiesta quella competenza tecnica che permette di esprimere valutazioni sull'applicazione del-

<sup>14</sup> Un'attestazione crociana è riportata nel GDLI, s.v.

<sup>15</sup> Per un articolato fondamento teorico del concetto si rimanda a ROELCKE 2002.

le norme, anche in rapporto alla dinamica del contesto sociale e politico. Quando l'articolazione linguistica del testo non sembra porre problemi di comprensione al lettore non giurista, ciò significa soltanto, o almeno ad un primo livello di analisi, che il grado di leggibilità è alto. In queste condizioni, pur potendo sussistere nel lettore l'impressione soggettiva di aver compreso il testo, la limitata o errata comprensione, da un punto di vista giuridico pare essere una conseguenza inevitabile e forse una caratteristica generale della comunicazione tecnica asimmetrica. Il fatto che i testi normativi non contengano la determinazione delle loro applicazioni, ma siano soggetti a interpretazione nell'atto dell'applicazione, illustra bene il fatto che la comprensibilità non è semplicemente una proprietà linguistica inerente al testo.

Rispetto alle difficoltà interpretative legate alla dimensione tecnica del testo giuridico, la frequenza dello stile nominale e di costruzioni passive nonché altri tratti sintattici e stilistici biasimati dalla critica linguistica tradizionale come ostacoli alla comprensione, appaiono – prescindendo qui da riflessioni sulla loro eventuale funzionalità – d'importanza piuttosto marginale.

Quando generano contraddizioni o interpretazioni discordanti, le improprietà formali e le complicazioni immotivate da un punto di vista tecnico rappresentano un difetto intrinseco alla dimensione giuridica dei testi, cfr. «l'improprietà formale si risolve spesso in cattiva qualità della legge» (P. TRIMALCHI citato in BELVEDERE 1994a, 23n.). Dubbi interpretativi e applicativi pongono non da ultimo le leggi redatte in funzione della «legittimazione del potere [...]: i partiti, al fine di autolegittimarsi e di riaffermare il proprio ruolo di rappresentanza e di mediazione, preferiscono le leggi confuse e non completamente attuabili che però accontentano un po' tutti, alle leggi rigorose che scontentano chiaramente qualcuno» (LUZZATI 1995, 90s.). Paradossalmente nell'ottica della critica al linguaggio giuridico incomprensibile, ambiguità e oscurità, in questi casi, vanno ricondotte innanzitutto a una sottodeterminazione giuridica del testo.

Secondo la concezione esposta sopra, la critica linguistica si colloca all'interno della critica giuridica, ma come dimostrano le analisi di MORTARA GARAVELLI (2001), specie per quanto riguarda la dimensione della testualità, sussiste non poco spazio per un'ottimizzazione funzionale a una migliore comunicazione in ambito giuridico.

La critica linguistica di testi giuridici necessita di solide basi descrittive. La semplice assenza di forme e costruzioni nelle opere di con-

sultazione, dovuta in parte a scelte metodologiche, in parte alla necessaria selezione dei dati linguistici appartenenti all'ambito oggetto dell'opera lessicografica o grammaticale, non è un criterio sufficiente per individuare elementi dubbi. Lo dimostrano gli esempi discussi nel paragrafo precedente. Essi provengono da articoli di critica linguistica che li interpretano come errori dovuti a trascuratezza o imperizia degli autori giuristi. Va esaminato invece se ciò che a prima vista si presenta come anomalia non appartenga ad un uso della lingua italiana sfuggito ai rilevamenti lessicografici e grammaticali, oppure si giustifichi per una sua funzionalità tecnica. Un esempio per il secondo caso è il verbo *dichiarare* che nel suo significato giuridico manifesta quadri argomentali più articolati rispetto all'accezione comune del verbo (cfr. SABATINI 2005, 20). L'esempio evidenzia per altri versi che la formulazione «evitare le polisemie» come prima regola di scrittura di leggi (CASSESE 1995, 35), è forse troppo categorica. La polisemia crea problemi di interpretazione soltanto se non è contestualmente disambiguabile in base a criteri formali.

Una particolare rilevanza sociale assume la critica linguistica nei riguardi di testi che hanno come destinatari diretti i cittadini. In mancanza di ampie ricerche empiriche sulla comprensibilità impostate secondo metodologie interattive, un settore privilegiato dalla critica linguistica risultano essere le scelte di registri più elevati del livello formale. Anche in questo ambito sono tuttavia opportuni rilevamenti quantitativi. Non tutti gli esempi riportati in letteratura, per quanto nel loro insieme possano rappresentare una caratteristica vistosa del testo in questione, rivelano, a una ricerca sui *corpora*, una loro rilevanza statistica in relazione al corrispondente tipo di testo. Utili sarebbero inoltre incroci con la variabile generazionale e confronti con discorsi pubblici prodotti da addetti ai lavori operanti in altri settori: «Il parlare *ex cathedra* e il virtuosismo stilistico sono profondamente connaturati alla nostra cultura» (DURANTE 1981, 277).

## Bibliografia

- BELLUCCI 2005 - Patrizia BELLUCCI, *A onor del vero. Fondamenti di linguistica giudiziaria*. Torino, Utet.
- BELVEDERE 1994 Andrea BELVEDERE, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni* [1987<sup>1</sup>]. In U. SCARPELLI/P. DI LUCIA (a cura di), *Il linguaggio del diritto*. Milano, LED, 403-452.
- BELVEDERE 1994a Andrea BELVEDERE, *Linguaggio giuridico*. In *Digesto/civ.* XI, 21-31.
- BENSON 1985 Robert W. BENSON, *The end of legalese: The game is over*. In "New York University Review of Law and Social Change" 13/3, 519-573.
- BERRUTO 1995 Gaetano BERRUTO, *Fondamenti di sociolinguistica*. Roma-Bari, Laterza.
- BLUMENTHAL/ROVERE 1998 Peter BLUMENTHAL/Giovanni ROVERE, *Wörterbuch der italienischen Verben*. Stuttgart, Klett.
- BRAUNEDER 1991 Wilhelm BRAUNEDER, *Gesetzeskenntnis und Gesetzes-sprache in Deutschland von 1750 bis 1850 am Beispiel der Habsburgermonarchie*. In ECKERT/HATTENHAUER 1991, 107-130.
- CASSESE 1995 Sabino CASSESE, *Come opinare in modo ragionevole sulla possibilità di adottare leggi chiare*. In DI LUCIA 1995, 33-48.
- CATTANEO 1962 Mario A. CATTANEO, *Il positivismo giuridico inglese. Hobbes, Bentham, Austin*. Milano, Giuffrè.
- CATTANEO 1993 Mario A. CATTANEO, *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*. Milano, LED.
- CHARROW/CHARROW 1979 Robert P. CHARROW/Veda R. CHARROW, *Making legal language understandable*. In "Columbia Law Review" 79, 1306-1374.
- CORTELAZZO 1997 Michele CORTELAZZO, *Lingua e diritto in Italia: il punto di vista dei linguisti*. In L. SCHENA (a cura di), *La lingua del diritto*. Roma, CISU, 35-50.
- DE MAURO 1983 Tullio DE MAURO, *Storia linguistica dell'Italia unita* [1963<sup>1</sup>]. Roma-Bari, Laterza.
- DE MAURO 2002 Tullio DE MAURO, *Obscura lex sed lex? Riflettendo sul linguaggio giuridico*. In: G. L. BECCARIA/C. MARELLO (a cura di), *La parola al testo. Scritti per Bice Mortara Garavelli*. Alessandria, Dell'Orso, 147-159.
- DE MAURO 2007 Tullio DE MAURO (a cura di), *Primo Tesoro della Lingua Letteraria Italiana del Novecento*. Torino, Utet.
- DI LUCIA 1995 Paolo DI LUCIA (a cura di), *Nomografia. Linguaggio e redazione delle leggi*. Milano, Giuffrè.

- DURANTE 1981 Marcello DURANTE, *Dal latino all'italiano moderno. Saggio di storia linguistica e culturale*. Bologna, Zanichelli.
- ECKERT/HATTENHAUER 1991 *Sprache – Recht – Geschichte*. Herausgegeben von J. ECKERT und H. HATTENHAUER. Heidelberg, C.F. Müller Juristischer Verlag.
- FERRARI 2004 Vincenzo FERRARI, *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*. Roma-Bari, Laterza.
- GALLINA 2006 *Letteratismo e abilità per la vita. Indagine nazionale sulla popolazione italiana 16-65 anni*. A cura di V. GALLINA. Roma, Armando.
- GDLI Sandro BATTAGLIA/Giorgio BÀRBERI SQUAROTTI, *Grande Dizionario della Lingua Italiana*. Torino, Utet, 1961-2002.
- GDU Tullio DE MAURO, *Grande dizionario italiano dell'uso*. Torino, Utet, 1999-2007.
- GÖRGEN 2001 Andreas GÖRGEN, *Aufklärerische Tendenzen in der Gesetzessprache der frühen Neuzeit*. In KRONAUER/GARBER 2001, 72-98.
- GUNNARSON 1989 Britt-Louise GUNNARSON, *Text comprehensibility and writing process. The case of laws and lawmaking*. In „Written Communication“ 6/1, 86-107.
- HATTENHAUER 1987 Hans HATTENHAUER, *Zur Geschichte der deutschen Rechts- und Gesetzessprache*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht.
- HELLER 1992 Martin J. HELLER, *Reform der deutschen Rechtssprache im 18. Jahrhundert*. Frankfurt a. M., Peter Lang.
- KIEFNER 1995 Hans KIEFNER, *Zur Sprache des Allgemeinen Landrechts*. In B. DOLEMEYER/H. MOHNHAUPT (Hrsg.), *200 Jahre Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Wirkungsgeschichte und internationaler Kontext*. Frankfurt a.M., Klostermann, 20-73.
- KRONAUER/GARBER 2001 *Recht und Sprache in der deutschen Aufklärung*. Herausgegeben von U. KRONAUER und J. GARBER. Tübingen, Niemeyer.
- LAZZARO 1981 Giorgio LAZZARO, *Diritto e linguaggio comune*. In „Rivista trimestrale di diritto e procedura civile“ 25 (1981), 140-181.
- LORENZ 1991 Reinhard LORENZ, *Recht – Sprache – Begriff*. In ECKERT/HATTENHAUER 1981, 295-311.
- LUZZATI 1995 Claudio LUZZATI, *Teoria del diritto e “scienza della legislazione”*. In DI LUCIA 1995, 87-122.
- MATARRESE 1993 Tina MATARRESE, *Storia della lingua italiana. Il Settecento*. Bologna, Il Mulino.
- MORTARA GARAVELLI 1999 Bice MORTARA GARAVELLI, *L'italiano ufficiale: strutture sintattiche e retoriche in testi giuridici*. In AA.VV. *Lingua e letteratura italiana: istituzioni e insegnamento*. Roma, Accademia Na-

zionale dei Lincei, 155-168.

MORTARA GARAVELLI 2001 Bice MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia. Divagazioni grammaticali e retoriche su testi giuridici italiani*. Torino, Einaudi.

OCSE 2007 *Valutare le competenze in scienza, lettura e matematica. Quadro di riferimento PISA*. A cura dell'OCSE. Roma, Armando.

OECD 2007 *PISA 2006. Volume 2: Data/Données*. Paris, Oecd Publishing.

PFEIFFER *et al.* 1987 Oskar PFEIFFER/Ernst STROUHAL/Ruth WODAK, *Recht auf Sprache. Verstehen und Verständlichkeit von Gesetzen*. Wien, Orac.

ROELCKE 2002 Thorsten ROELCKE, *Kommunikative Effizienz*. Heidelberg, Winter.

ROSELLI 1986 Federico ROSELLI, *Le sentenze devono essere comprese da tutti?* In CEPIG, *Linguaggio e Giustizia*. Ancona, Nuove Ricerche, 21-31.

ROVERE 2001 Giovanni ROVERE, *Tutti bugiardini? Un tipo di testo tra norme europee e tradizioni nazionali*. In *Italica-Raetica-Gallica. Studia linguarum litterarum artiumque in honorem Ricarda Liver*. Herausgegeben von P. WUNDERLI, I. WERLEN, M. GRÜNERT. Tübingen, Francke, 229-243.

ROVERE 2005 Giovanni ROVERE, *Capitoli di linguistica giuridica. Ricerche*

*su corpora elettronici*. Alessandria, Dell'Orso.

SABATINI 2005 Francesco SABATINI, *I testi normativi giuridici: un uso prototipico della lingua*. In M. BORGHI (a cura di), *Lingua e diritto. La presenza della lingua italiana nel diritto svizzero*. Basel, Helbing & Lichtenhahn, 17-25.

SC Francesco SABATINI/Vittorio COLETTI, *Dizionario della Lingua Italiana*. Milano, Rizzoli/Larousse, 2007.

SCARPELLI 1995 Uberto SCARPELLI, *Il linguaggio giuridico: un ideale illuministico*. In DI LUCIA 1995, 5-29.

SCHENDERA 2000 Christian SCHENDERA, *Die Verständlichkeit normativer Texte: eine kritische Darstellung der Forschungslage*. In *LeGes 2002/2*, 99-134.

SCHOTT 1984 Clausdieter SCHOTT, *Gesetzesadressat und Begriffsvermögen*. In *Festschrift für Heinz Hübner*. Herausgegeben von G. BAUMGÄRTEL *et al.* Berlin-New York, De Gruyter, 191-214.

SCHWENNICKE 1993 Andreas SCHWENNICKE, *Die Entstehung der Einleitung des Preussischen Allgemeinen Landrechts*. Frankfurt a.M., Klostermann.

SERIANNI 1989 Luca SERIANNI, *Saggi di storia linguistica italiana*. Napoli, Morano.

VEDOVELLI 1999 Massimo VEDOVELLI

VELLI, *La comunicazione pubblica e sociale in italiano: presupposti sociolinguistici della ricerca per l'Enel*. In T. De MAURO/M. VEDOVELLI (a cura di), *Dante, il gendarme e la bolletta*

*Enel*. Roma-Bari, Laterza, 45-84.

VOLIT *Il Vocabolario della lingua italiana*. Diretto da Aldo DURO. Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1986-1994.

# SAGGI



ANDREA ABBAGNANO TRIONE

**L'acquisto, la duplicazione e la detenzione illegale  
di programmi per elaboratore, tra illiceità penale  
ed illegittimità amministrativa**

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. Tensioni dialettiche ed esigenze di bilanciamento. - 3. I caratteri delle norme penali a tutela della proprietà intellettuale. - 4. I 'tipi' di alcuni dei fatti descritti dall'art. 171 *bis* e 173 *ter*, l. 22.04.1941, n. 633.

**1. Considerazioni introduttive**

Introdurre alla materia della tutela penale del diritto d'autore è compito di per sé arduo, reso ancor più impervio dal fatto che la stessa risulta contrassegnata da ambiti estremamente vasti e tra di loro disomogenei, sui quali il legislatore dal 1941, innervando di continuo un magma normativo piuttosto informe, si affanna a cercare un qualche ordine, nel tentativo di non lasciarsi sorprendere dall'incessante evoluzione che le tecnologie dei "tempi moderni" scandiscono in questo settore di disciplina.

Lo sviluppo tecnologico e la messa a punto di tecniche di riproduzione di opere dell'ingegno, a mezzo di registratori, videoregistratori, fotocopiatrici, stampanti, *scanner*, masterizzatori, *mp3*, si dipana in una dimensione non soltanto lecita, ma estremamente utile se non indispensabile alla collettività; al contempo, reca intrinsecamente una minaccia alla sicurezza di valori sentiti come altrettanto centrali. La dimensione di disvalore che discende dalla "riproduzione corsara" delle opere dell'ingegno perpetrate in lungo ed in largo ha raggiunto una gravità tale da incidere profondamente su alcuni settori dell'economia (in specie, sulla concorrenza e sulla competitività), ed in quanto tale reclama l'utilizzo degli strumenti più incisivi che l'ordinamento giuridico ha a sua disposizione.

Il tasso criminogeno, anche in prospettiva, è certamente implementato dagli immediati vantaggi economici che discendono dai fatti in questione e dalle ragguardevoli difficoltà di accertamento, specie delle condotte realizzate nella loro forma primordiale, comunque scarsamente perseguitate.

te nelle manifestazioni a valle.

Implicazione ne è, sotto il profilo della individuazione dei responsabili, l'ampia fungibilità dell'esecutore finale e l'impunità delle fonti delinquenziali.

Internet è divenuto lo strumento più efficace, oltre che diffuso, per la violazione del *copyright*. Non di meno, nell'occuparsi di questo settore, come in tanti altri, il diritto penale mostra tutta la sua refrattarietà, se non altro per la impermeabilità del *world wide web* ad ogni disciplina normativa [sull'argomento, cfr. S. FIORE, *Diritto d'autore (reati in materia di)*, in *Dig. disc. pen.*, Aggiornamento, Torino, p. 178].

Volendo ipotizzare gli esiti di una rilevazione statistica sul numero dei reati commessi ogni giorno in una città di medie dimensioni, si immagini di moltiplicare il numero di reati commessi quotidianamente per 365 giorni, dividerlo poi per l'esiguità delle forze dell'ordine da disimpegnare nelle attività di prevenzione e di accertamento, per gli inquirenti impegnati nelle istruttorie ed i giudici nella celebrazione dei processi, per le risorse dell'apparato penitenziario addetto alla esecuzione delle sentenze, e dei servizi sociali coinvolti nella gestione delle misure alternative, per avere una quadro a tinte vive sull'ineffettività della norma penale e sul rischio di stallo dell'intero ingranaggio giudiziario.

## **2. Tensioni dialettiche ed esigenze di bilanciamento**

L'obiettivo è quello di trovare il giusto punto di equilibrio tra la tutela dello sfruttamento economico dell'opera e la circolazione delle informazioni. In effetti, il dato empirico, piuttosto eloquente, è rappresentato dal fatto che la società appare fortemente tollerante rispetto a tali fenomenologie, anche in ragione della loro ritenuta inoffensività sociale, posto che duplicazioni, acquisto, riproduzioni, detenzioni abusive di opere dell'ingegno consentono una diffusione ampia ed accessibile della cultura, degli strumenti di svago, in danno tutto sommato di organizzazione monopolistiche e di potenti multinazionali, non sempre guardate di buon occhio.

I comportamenti ispirati alla cd. *informatica solidale* appaiono quasi connotati da una sorta di 'adeguatezza sociale' della violazione del *copyright*, tanto più che nella quasi totalità dei casi la prospettiva di tutela del diritto morale e patrimoniale d'autore ha ceduto il passo a diritti di utilizzazione economica dell'opera che sorgono, piuttosto che sull'au-

tore, sul suo datore di lavoro.

Questo "sentire sociale", tuttavia, non sempre è sufficientemente attento a soppesare, a tacer d'altro, il tipo di ricaduta sul piano della proliferazione di strumenti economici in favore della criminalità organizzata.

Nella dialettica tra epigoni della filosofia *open source* o *free software*, ovvero della libertà di fruizione delle informazioni scientifiche e sostenitori della debita salvaguardia dei diritti di utilizzazione esclusiva e di contenimento del pericolo dell'incunarsi di fenomeni criminali di tipo associativo, si iscrive la tutela giuridica del diritto d'autore; tradizionale laboratorio di verifica di un presidio a carattere integrato.

L'intervento normativo in materia segnala la sussidiarietà dei presidi, attraverso la previsione di diversi tipi di illeciti di carattere amministrativo, civile e penale, in una prospettiva di intervento multiagenziale che, anche in questo settore, appare congruo e coerente per la risoluzione della complessa difesa del diritto d'autore.

### ***3. I caratteri delle norme penali a tutela della proprietà intellettuale***

La normativa di settore si caratterizza non soltanto per il marcato panpenalismo, ma per la ricorrente sovrapposizione delle norme, con implicazioni esiziali sul piano della successione delle leggi nel tempo. L'ordinamento interno, nella strenua difesa del corpo organico di norme, indiziata dal continuo tentativo di rigenerare il venerando articolato del 1941, si smarrisce nel difettoso coordinamento tra le fattispecie compresenti nelle disposizioni contenute nella legge 633.

Il modello di riferimento della fattispecie incriminatrice posta a presidio dei beni in questione, si caratterizza per frammentazione e complessità, per il ricorso non sempre ragionevole ad ipotesi delittuose quanto contravvenzionali; fattispecie che – per un verso – adottano una tecnica di redazione di stampo eccessivamente casistico e – per l'altro – si risolvono in modelli di tipo sanzionatorio, anche a mezzo del ricorso ad elementi di illiceità speciale riferiti ai diritti di esclusiva che, in quanto tali, appaiono fortemente tributari di altri settori disciplinari. Si registrano deroghe alla punibilità, clausole di riserva, bisticci tra reati in concorso con illeciti amministrativi, modelli di incriminazione a più condotte e peculiarità, non da poco, sul piano della descrizione dell'elemento psicologico, delle circostanze aggravanti e delle immancabili disposizioni di stampo premiale.

Segnali eloquenti di una legislazione sofferta che, puntualmente, ha dato luogo a snodi argomentativi dottrinali e giurisprudenziali tutt'altro che omogenei e che difficilmente si sottrae alla imputazione di aver ingenerato un diffuso rigorismo giudiziario, risoltosi di frequente in interpretazioni di tipo additivo se non suppletivo.

**4. I 'tipi' di alcuni dei fatti descritti dagli artt. 171-bis e 173-ter, l. 22.04.1941, n. 633.**

L'approccio si focalizza su di un aspetto particolarmente avvertito dai privati cittadini, ma anche dai liberi professionisti, dai pubblici dipendenti, dalle imprese e dagli operatori commerciali in generale, i quali, per le ragioni più disparate sono frequentemente esposti alla 'tentazione' ad acquistare *software* 'pirata' e/o a duplicare programmi per *computer*; ovvero, nella migliore delle ipotesi, adusi a detenere programmi preinstallati privi della licenza d'uso.

Come è noto, gli artt. 1, secondo comma e 2, n. 8, della l. 633 del 1941 tutelano i programmi per elaboratore come opere letterarie, in qualsiasi forma, purchè originali ed in quanto tali espressione della creazione intellettuale del loro autore. Va aggiunto che il deposito di una copia presso il Ministero per i beni e le attività culturali è soltanto facoltativo, laddove presso la SIAE è previsto un'apposito registro per i programmi per elaboratore e tale ente provvede poi all'apposizione dei contrassegni sui supporti contenenti i programmi destinati al commercio o ceduti in uso a fini di lucro.

L'introduzione dell'articolo 171-bis nel corpo della legge sul diritto d'autore del 1941 si deve al d. lgs. 29.12.1992, n. 518; la norma "angolare" nella tutela del *software* ha risentito in maniera più o meno incisiva di modifiche per effetto dell'entrata in vigore delle l.18.8.2000, n. 248, del d.lgs. 9.4.2003 n. 68, e del d.l. 35/2005, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80.

L'art. 171 bis attualmente punisce con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da 2.582 a 15.493 euro: *chiunque abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Società italiana degli autori e degli editori (SIAE). La stessa pena si applica se il fatto concerne qualsiasi mezzo inteso unicamente a consentire o facilitare la rimozione arbitraria o l'elusione funzionale di dispositivi applicati a protezione di un pro-*

*gramma per elaboratori.*

Il secondo comma si occupa di sanzionare le medesime condotte aventi ad oggetto le banche dati.

Precedentemente alla novella del 2000, nel fuoco della fattispecie, già allora ancorata a specifiche modalità della condotta, non erano destinate a rientrare la detenzione a fini personali, quella a scopo imprenditoriale e le duplicazioni non animate dallo specifico scopo di lucro.

Con la l.18.8.2000, n. 248, l'art. 171 *bis* ha subito una prima cosmesi improntata all'estensione della tipicità oggettiva e soggettiva.

Prendendo le mosse proprio dalle modifiche apportate al requisito del dolo specifico, l'originario riferimento allo "scopo di lucro" ha ceduto il passo al più generico "scopo di profitto".

Secondo un'interpretazione oramai ampiamente sedimentata nella dottrina, lo scopo di lucro si sostanzia in una specifica proiezione della nozione di profitto, nel senso che, per integrarne gli estremi, l'agente dev'essersi posto come obiettivo il raggiungimento di un guadagno, l'accrescimento positivo del patrimonio; laddove il profitto può essere costituito tanto da un guadagno, quanto da un risparmio di spesa (sul tema, V. PLANTAMURA, *La tutela penale dei programmi per elaboratore e delle banche dati*, in *Riv. pen. ec.*, 2006, p. 997).

Con la nota sentenza sul *file sharing*, la Cassazione (sez. III, sent. 18.1.2007, n. 149, in *Guida al diritto*, 2007, n. 5, pag. 40; ed anche Cass., sez. III, 2001/33303, Ashour ed altri, RV 219683) ha avuto modo di precisare come le differenti espressioni adoperate dal legislatore nella diversa formulazione degli artt. 171-*bis* e *ter* abbiano esplicitato la funzione di modificare la soglia di punibilità del medesimo fatto, ampliandola, allorché è stata utilizzata l'espressione "a scopo di profitto", e restringendola, allorché il fatto è stato previsto come reato solo se commesso a "fini di lucro".

Il legislatore, con la citata novella del 2000, ha attribuito carattere penale oltre che alla detenzione a scopo commerciale, anche a quella a scopo imprenditoriale, definendo espressamente le modalità delle forme di detenzione che rilevano ai fini penali, finendo quindi per escludere dall'ambito del penalmente rilevante soltanto le situazioni – comunque costitutive dell'illecito amministrativo di cui all'art. 174-*ter* – del detentore consumatore o libero professionista.

In tema di *file sharing*, incidentalmente, va ricordato che per effetto della l. 31.3.2005, n. 43, il legislatore, introducendo nel corpo dell'art. 171-*bis*, la lett. *a-bis*), ha ricondotto alla tipicità penale anche la condot-

ta di chi, a scopo di lucro, mette a disposizione del pubblico, immettendola in un sistema di reti telematiche mediante connessioni di qualsiasi genere, un'opera dell'ingegno protetta o parte di essa.

L'art. 174-ter è la norma che si occupa attualmente di sanzionare, in via amministrativa, gli utilizzatori abusivi di opere di ingegno tutelate dal diritto d'autore e gli acquirenti di prodotti non conformi alle prescrizioni ex l. 633/41; anch'essa ha subito diversi *maquillages*, l'ultimo dei quali risale alla l. 80/05.

La prima versione dell'illecito amministrativo risale all'art. 16 della l. 248/00, a norma del quale, *chiunque abusivamente utilizza [...], duplica, riproduce, in tutto o in parte un'opera dell'ingegno tutelata dalla normativa sul diritto d'autore [...] oppure acquista o noleggia supporti [...] informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, [...] è punito, purché il fatto non costituisca concorso nei reati di cui [...], con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento in un giornale quotidiano a diffusione nazionale.*

Nella vigenza della prima delle disposizioni repentinamente succedutesi nel tempo, la giurisprudenza di merito aveva avuto occasione di precisare che: *la norma di cui l'art. 171-bis non riguarda la condotta di chi acquista (per uso personale) i programmi abusivamente copiati. Tale condotta ricade sotto la previsione dell'art. 16 l. 248/00, che assoggetta a sanzione amministrativa, salvo che non concorra nel reato di abusiva duplicazione, il comportamento di chi acquista o noleggia supporti audiovisivi fonografici o informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della legge; tale fattispecie – peraltro – è in rapporto di specialità con il reato di ricettazione e ne esclude, pertanto, l'applicazione. L'art. 171-bis punisce la condotta di chi abusivamente duplica, per trarne profitto, programmi per elaboratore o ai medesimi fini importa, distribuisce, vende, detiene a scopo commerciale o imprenditoriale o concede in locazione programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla Siae (Trib. Arezzo, sentenza 18 marzo 2003 n. 320, in *Giurisprudenza di Merito*, 2003, p. 2046).*

L'articolo 16 è stato abrogato dal d.lgs. 9.4.2003, n. 68 e sostituito con l'art. 174-ter, la prima versione del quale ha avuto vita comunque assai breve. L'illecito era formulato nel senso che *"chiunque abusivamente utilizza [...], duplica, riproduce, in tutto o in parte [...], anche avvalendosi di strumenti atti ad eludere le misure tecnologiche di protezione, opere o materiali pro-*

tetti, oppure acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici o multimediali non conformi alle prescrizioni della presente legge, ovvero attrezzature, prodotti o componenti atti ad eludere misure di protezione tecnologiche è punito, purché il fatto non concorra con i reati di cui agli articoli [...], con la sanzione amministrativa pecuniaria di euro 154 e con le sanzioni accessorie della confisca del materiale e della pubblicazione del provvedimento in un giornale quotidiano a diffusione nazionale.

Anche in questo caso, la giurisprudenza di merito ha dato atto che la condotta di colui il quale acquista o noleggia supporti audiovisivi, fonografici, informatici, multimediali non conformi alle prescrizioni della citata legge con le modifiche apportate dal d.Lgs. 68/2003, assume natura di illecito amministrativo (così, Tribunale di Napoli, sentenza 18.5.2005, n. 4437, Giudice monocratico Calaselicce, in *Guida al diritto* 3.9.2005, n. 34, pag. 85).

Con la versione ultima dell'art. 174-ter, così come modificata dalla l. 80/2005, è fissata la sanzione amministrativa fino a 10.000 euro per l'acquisto o l'accettazione, senza averne prima accertata la legittima provenienza, a qualsiasi titolo di cose che, per la loro qualità o per la condizione di chi le offre o per l'entità del prezzo inducano a ritenere che siano state violate le norme in materia di origine e provenienza dei prodotti ed in materia di proprietà intellettuale (ed anche per chi si adoperi per fare acquistare o ricevere a qualsiasi titolo alcuna delle cose suindicate, senza averne prima accertata la legittima provenienza).

Ad avviso delle Sezioni Unite (Cassazione Penale, SS.UU., 23 dicembre 2005, n.29, in *Cass. pen.*, 2006, n. 3, p. 861), l'attuale formulazione dell'art. 174-ter è tale da far ritenere che la più lieve fattispecie di illecito amministrativo sia applicabile soltanto nei casi in cui neppure la presupposta violazione delle norme in materia di proprietà intellettuale costituisca reato; diversamente troverà applicazione la fattispecie sull' 'incauto acquisto' ex art. 712 c.p. (si veda il commento alla sentenza di F. CINGARI, *Acquisto e detenzione dei di supporti «piratati»: tra ricettazione e repressione della circolazione di cose illecite*, in *Cass. pen.*, 2006, n. 10, p.1294).

Alla luce della sintetica rassegna dei dati normativi attualmente disponibili in materia di violazione del *copyright*, e segnatamente di quelli aventi ad oggetto il *software*, è possibile proporre la seguente schema-

tizzazione:

Costituiscono illeciti penali:

- 1) La riproduzione di opere altrui (art. 171, lett. a, l.d.a.);
- 2) La duplicazione abusiva di programma per elaboratore, con la finalità di trarne profitto (art. 171-*bis*, l.d.a.);
- 3) L'importazione, distribuzione, vendita di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE (art. 171-*bis*, l.d.a.);
- 4) La detenzione a scopo commerciale o imprenditoriale di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE (art. 171-*bis* l.d.a.);
- 5) La locazione di programmi contenuti in supporti non contrassegnati dalla SIAE (art. 171-*bis* l.d.a.);
- 6) L'acquisto o l'accettazione, di cose che, inducano a ritenere che siano stati commessi reati (art. 712 c.p.);
- 7) L'acquisto o la ricezione di cose di provenienza delittuosa ed immissione in commercio (tra 648 c.p. e 171-*bis* l.d.a.);
- 8) Il *download* di programmi e lo scambio di *software* a titolo gratuito - cd. *File sharing* (171-*ter*, l.d.a.)

Costituisce, invece, illecito amministrativo:

- 1) l'acquisto o l'accettazione, di cose che, inducano a ritenere che siano state violate le norme che tutelano in via extra-penale la proprietà intellettuale (art. 174-*ter*, l.d.a.).

FRANCESCO BARACHINI

## **Note in tema di diritti di informazione e controllo del socio nelle società di persone (\*)**

SOMMARIO: 1. Inquadramento. - 2. Ambito di applicazione. - 3. I diritti di controllo: caratteri e contenuto. - 4. Le modalità di esercizio: il problema della delegabilità. - 5. (Segue): i limiti. - 6. La questione della derogabilità della disciplina legale. - 7. Il rendiconto. - 8. Rimedi e sanzioni.

### **1. Inquadramento**

L'art. 2261 c.c. regola i diritti di controllo spettanti ai soci che "non partecipano all'amministrazione". Il tenore letterale della norma è chiaro nell'indicare che ai soci non amministratori sono attribuiti tre diritti individuali: (a) il diritto di avere notizia dello svolgimento degli affari sociali (c.d. "**diritto di informazione**"); (b) il diritto di consultare i documenti relativi all'amministrazione (c.d. "**diritto di ispezione**"); (c) il diritto di ottenere il rendiconto della gestione (c.d. "**diritto al rendiconto**") (cfr. GHIDINI, 448; COSTI-DI CHIO, 406; CAGNASSO (1), 171; CAMPOBASSO, 102). Taluni autori preferiscono ricondurre le prime due prerogative nell'ambito di un più generale (e unitario) diritto di informazione (cfr. GALGANO, 266; BUSSOLETTI (1), 916; FERRI (2), 245), intendendo così evidenziare le differenze esistenti rispetto al diritto al rendiconto per quanto attiene alle corrispondenti modalità di esercizio. Sul punto, v. *infra* § 3. Secondo l'opinione corrente, la norma mira a garantire l'esigenza del **controllo della gestione**, consentendo nel contempo un più consapevole esercizio del diritto di voto da parte del socio (così COSTI, 66). Ad avviso di un certo indirizzo, i citati diritti di controllo rappresenterebbero una sorta di *pendent* del regime di responsabilità illimitata tipico delle società di persone (cfr. GALGANO, 266). Si è però fatto notare che l'esigenza di controllo sull'operato degli ammi-

(\*) Il presente lavoro costituisce commento all'art. 2261 c.c. ed è destinato alla pubblicazione nel volume il "*Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*", a cura di G. Palmieri.

nistratori riguarda anche i soci che abbiano pattuito un regime di responsabilità limitata; come peraltro conferma anche il testo della norma, che in effetti fa genericamente riferimento allo *status* di socio, senza distinguere a seconda del regime di responsabilità adottato (così CAGNASSO, 176).

Sul piano sistematico, l'attribuzione al socio di diritti individuali di controllo è stata tradizionalmente giustificata in ragione della **manca**za nelle società di persone di un **organo** deputato allo svolgimento di detta funzione (cfr. FERRI (1), 118; MONTAGNANI, 247). La dottrina ha tratto conferma di tale opinione sulla base del confronto con la disciplina della s.r.l., ove in effetti il previgente art. 2489 c.c. riconosceva l'esistenza di specifici poteri individuali di controllo solo nei casi di non obbligatorietà del collegio sindacale (sul punto, cfr. SANTINI, 262; RIVOLTA (1), 334). Una simile impostazione non pare più proponibile a seguito della  **riforma del diritto societario** (D.Lgs. n. 6/2003). In effetti, la novellata disciplina della s.r.l. (art. 2476, 2° co. c.c.) indica chiaramente che il riconoscimento di istanze individuali di controllo non è affatto alternativa, né tantomeno inconciliabile con la presenza di un organo preposto all'esercizio di detta funzione (v. CAGNASSO (2), 253; ABRIANI (1), 363; AMBROSINI, 1587). In ogni caso, il disposto dell'art. 2261 c.c. sta chiaramente ad indicare che nei tipi personalistici – quantomeno a livello di regime legale – la funzione di controllo (come quella di amministrazione) risulta organizzata per persone, anziché per uffici (cfr. SPADA, 42).

Peraltro, proprio il ravvicinamento operato dalla riforma tra società di persone e s.r.l. – e, segnatamente, la circostanza che quest'ultima sia abilitata ad adottare un codice organizzativo sostanzialmente corrispondente a quello dei tipi personalistici (in tema, v. specialmente ZANARONE, 87) – consente di instaurare un collegamento tra l'**art. 2476, 2° co. c.c.** e l'**art. 2261 c.c.** Più precisamente, la circostanza che entrambe siano rivolte a regolare il corredo minimo dei poteri di controllo del socio nelle società in cui manca (o può mancare) un organo a ciò deputato, autorizza a prospettare soluzioni interpretative uniformi. Sotto questo profilo, è allora senz'altro ragionevole ipotizzare che le novità introdotte dall'art. 2476, 2° co. c.c. possano servire a sciogliere taluni dei dubbi interpretativi sorti con riguardo all'art. 2261 c.c.; ma, al contempo, è altrettanto plausibile ritenere che gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali formati attorno a quest'ultima norma siano utilizzabili anche in sede di applicazione della nuova disciplina della s.r.l. (in tal senso, cfr. ABRIANI (1), 365; CAGNASSO (3), 1883; Trib. Bologna (ord.), 6 dicembre 2006, in *Giur. comm.*, 2008, II, 213; *contra* BUTA, 589).

## 2. Ambito di applicazione

È pacifico che la norma trovi applicazione anche nella **società in nome collettivo**, stante il rinvio operato dall'art. 2293 c.c. alle disposizioni della società semplice (v. BUONOCORE, 24; COSTI, 91; e più in generale GALLIGANO, 177). Più delicata è invece la questione dell'applicabilità alla **società in accomandita semplice**. Secondo l'opinione prevalente, il rinvio selettivo disposto dall'art. 2315 c.c. alle norme della s.n.c. e, soprattutto, la presenza di una regolamentazione *ad hoc* dei diritti di controllo riservati al socio accomandante (art. 2320, u.c. c.c.) non consentirebbero di riferire la norma a questa categoria di soci (cfr. tra gli altri VASSALLI, 219; RIVOLTA (2), 134 s.; COSTI, 95 e 97; BUSSOLETTI (2), 965; Trib. Milano, 30 gennaio 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 257; *contra* CAGNASSO (1), 176; MONTALENTI, 202; App. Milano, 9 novembre 1993, in *Soc.*, 1994, 618; Trib. Milano, 9 aprile 1984, in *Soc.*, 1984, 1146). La norma risulta invece sicuramente applicabile ai soci accomandatari, i quali non rivestano la carica di amministratore (v. FERRI, (2), 245; MONTAGNANI, 267; CAGNASSO (1), 175; FOSCHINI, 30).

Parimenti discusso è se i diritti in esame possano essere riconosciuti anche ai **soci amministratori**. Taluni autori si sono espressi in senso contrario, sottolineando come la norma sembri supporre l'estraneità del socio rispetto alla gestione sociale (cfr. DI SABATO (1), 146; BOLAFFI, 459). La dottrina prevalente è però orientata in senso affermativo (v. GHIDINI, 448; MONTAGNANI, 269). Secondo altra opinione, la soluzione favorevole all'applicabilità della norma anche ai soci amministratori sarebbe preferibile, al fine soprattutto di non frustrare l'esercizio del dovere di vigilanza in caso di amministrazione disgiuntiva *ex art.* 2257 c.c. (così BUSSOLETTI (1), 916). La riflessione sul punto non risulta tuttavia soddisfacente, atteso che essa muove da un'indebita commistione tra lo *status* di socio e quello di amministratore. Occorre infatti considerare che per il socio, il quale ricopra anche la carica di amministratore, l'interesse all'informazione è oggetto di un preciso potere-dovere (cfr. CAGNASSO (1), 173; *arg. ex art.* 2381, u.c. c.c.); e che peraltro si sostanzia nell'esercizio di prerogative assai più incisive e penetranti di quelle riconosciute al semplice socio. Sotto questo profilo, dunque, l'attribuzione al socio-amministratore dei diritti previsti dall'art. 2261 c.c. – più che essere inammissibile – appare piuttosto sovrabbondante. La citata distinzione non sembra avvertita neppure nell'ambito della disciplina della s.r.l., ove in effetti la dottrina si interroga circa l'applicabilità dell'art. 2476, 2° co. c.c. anche al so-

cio estraneo all'amministrazione (sul punto, RIVOLTA (3), 101, spec. nt. 17, il quale, propende per una riposta positiva, pur operando alcuni distinguo sulle modalità di esercizio del relativo potere informativo).

I diritti di controllo regolati dall'art. 2261 c.c. ineriscono la **qualità di socio**. Il loro esercizio presuppone pertanto il possesso attuale di tale *status* (v. GHIDINI, 450; nonché FERRI (2), 247). In questa prospettiva, correttamente si nega che i citati diritti possano essere riconosciuti al **terzo**, ancorché questi risulti titolare di un interesse o aspettativa rilevante rispetto alla partecipazione sociale (ad es. promissario acquirente o creditore particolare) (così FERRI (1), 120). Analogamente è da escludere che le suddette prerogative spettino, almeno in linea di principio, all'**ex-socio**. Si ritiene tuttavia che il loro esercizio possa avvenire da parte del socio receduto o escluso (o degli eredi in caso di morte), stante l'interesse a controllare le modalità di liquidazione della quota, nonché considerando il permanere della responsabilità per le obbligazioni sociali anteriori *ex art.* 2290 c.c. (così COSTI, 92; GALGANO, 266, nt. 18; Trib. Piacenza (ord.), 12 agosto 1994, in *Foro it.*, 1995, I, 3009; *contra cfr.* GHIDINI, 452; FERRI (2), 247; nonché, con riguardo al disposto dell'art. 2476, 2° co. c.c., Trib. Arezzo, 16 novembre 2004, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Società*, n. 1103). E' stata invece riconosciuta la possibilità di esercizio di quei diritti da parte del **socio moroso** (v. GHIDINI, 452). La questione risulta tuttavia dubbia. Ed invero, sebbene nell'ambito della disciplina delle società di persone manchi una disposizione corrispondente a quella degli artt. 2344 e 2466 c.c., sembra nondimeno ragionevole ritenere che quelle norme esprimano un principio di carattere generale, teso ad escludere la legittimazione all'esercizio dei diritti sociali da parte del socio "inadempiente" (per uno spunto, in tal senso, cfr. PISANI MASSAMORMILE, 332); peraltro, tale soluzione trova adesso espressa conferma in tema di società cooperative (art. 2545-*bis*, 2° co. c.c.). Più delicata appare invece la questione del riconoscimento dei menzionati diritti di controllo al **creditore pignoratizio** e, in genere, al titolare di un **diritto parziario** sulla quota: e ciò per i dubbi che tuttora sussistono circa la possibilità di attribuire a tali soggetti l'esercizio del diritto di voto. La dottrina è comunque orientata in senso affermativo: cfr. PISCITELLO, 228. Nelle società di capitali, il novellato testo dell'art. 2352, u.c. c.c. pare avere definitivamente chiarito che i diritti di controllo spettino tanto al socio, quanto al titolare del diritto frazionario: v. MORERA, 318; BUTA, 599; e, già nel regime anteriore, ANGELICI, 203.

### 3. I diritti di controllo: caratteri e contenuto

Si ritiene che i diritti di controllo previsti dall'art. 2261 c.c. abbiano natura di **diritti individuali**, essendo posti a tutela di interessi personali del socio. Ciò porta a escludere che tali prerogative rientrino nella sfera di disponibilità della società; potendosi tutt'al più ammettere che questa sia autorizzata a regolarne le modalità di esercizio (in tema, v. COSTI, 73). Sul punto, v. però *infra* 6.

I citati diritti presentano differenti **modalità di esercizio**. Più precisamente, mentre il diritto di informazione e quello di ispezione possono essere esercitati in ogni momento, il diritto al rendiconto ha invece carattere periodico: atteso che esso trova soddisfacimento al compimento degli affari sociali ovvero, se la durata di questi supera l'anno, al termine di ogni anno o del diverso periodo stabilito nel contratto sociale (così GALGANO, 266; FERRI (2), 245; BUSSOLETTI (1), 916). Sul diritto al rendiconto, cfr. *infra* 7. Risulta in ogni caso pacifico che tanto il diritto di informazione, quanto quello di ispezione possono essere esercitati con regolarità ed anche frequentemente. Si ritiene, peraltro, che la richiesta di notizie non richieda l'adozione di specifiche formalità; mentre, per quanto concerne la consultazione dei documenti, questa deve avvenire presso la sede sociale (o nei luoghi in cui si trova l'amministrazione) e durante gli orari d'ufficio (cfr. GHIDINI, 449). Il **diritto di informazione** consiste nella facoltà di ottenere dagli amministratori **notizie** sullo svolgimento degli affari sociali. Il **diritto di ispezione** abilita invece il socio ad accedere ai **documenti** relativi all'amministrazione. In entrambi i casi, l'esercizio del diritto presuppone l'**iniziativa del socio** (sul punto, cfr. COSTI, 67). Tuttavia, mentre il diritto di informazione esige un comportamento attivo da parte dell'amministratore (o degli amministratori), risultando condizionato alle scelte che questi vorranno compiere nel selezionare le notizie da comunicare; con riguardo al diritto di ispezione, il ruolo degli amministratori è senza dubbio meno rilevante, posto che – una volta messa a disposizione la documentazione richiesta – il socio si trova in grado di soddisfare autonomamente il proprio interesse. E' comunque evidente che tra i due diritti non intercorre un rapporto gerarchico: questi potranno pertanto essere esercitati autonomamente, senza che l'uno debba necessariamente precedere (ovvero seguire) l'altro (cfr. BUTA, 607 s.).

Il tenore letterale dell'art. 2261 c.c. induce ad attribuire ai diritti di informazione e di ispezione una portata piuttosto ampia e, segnatamente,

consente di ritenere che essi incontrino i soli limiti generali del segreto sociale e dell'abuso (su cui v. *infra* 5). E' così rimasta isolata la tesi secondo cui il socio avrebbe diritto a ricevere informazioni esclusivamente sull'andamento generale della gestione (informazione sintetica), reputandosi invece correttamente che egli possa avere notizia anche sulle **singole operazioni** (informazione analitica) (così FOSCHINI, 32; CAGNASSO (1), 183; COSTI, 89; *contra* BOLAFFI, 488 s.). Parimenti pacifico è che i citati diritti possano venire esercitati tanto **successivamente**, quanto **contestualmente** al compimento delle singole operazioni (v. MONTAGNANI, 287; CAGNASSO (1), 183); ed addirittura anche **in via preventiva** (cfr. COSTI, 91; GHIDINI, 449, nt. 307). D'altro canto, i pericoli derivanti da una (asserita) dilatazione delle citate prerogative possono essere efficacemente contrastati proprio grazie ai summenzionati limiti generali e, segnatamente, attraverso i rimedi volti ad evitare che il socio possa fare un uso abusivo o fraudolento di quei poteri.

È opinione diffusa che il diritto di ispezione debba estendersi a tutti i documenti relativi alla gestione sociale, consentendo anche l'accesso alla **contabilità sociale** (così GHIDINI, 450; CAMPOBASSO, 102; COSTI, 91; CAGNASSO (1), 183). Tale interpretazione risulta ormai acquisita anche con riguardo alla disciplina della società a responsabilità limitata, sebbene il tenore letterale dell'art. 2476, 2° co. c.c. risulti tuttora incerto: in tema, cfr. ABRIANI (1), 364; AMBROSINI, 1590; DE ANGELIS, 485; CAGNASSO (2), 254 s.; BUTA, 605; PERRINO, 658 s. e 661 s.; FREGONARA, 797 s.; Trib. Milano (ord.), 30 novembre 2004, in *Giur. it.*, 2005, 1245; Trib. Chieti (ord.), 25 agosto 2005, *ivi*, 305; Trib. Biella (ord.), 18 maggio 2005, in *Soc.*, 2006, 50; Trib. Bologna (ord.), 6 dicembre 2006, *cit.*; *contra* ASSOCIAZIONE PREITE, 291.

Risulta invece controverso se il diritto di ispezione includa anche il potere di esaminare **cose** o **luoghi**: mentre taluni autori ammettono tale facoltà (v. GHIDINI, 453; COSTI, 91; BUSSOLETTI (1), 917), altri viceversa reputano che questa debba essere espressamente prevista nel contratto sociale (così FERRI (2), 246; CAGNASSO (1), 184). La questione è dibattuta anche con riguardo al disposto dell'art. 2476, 2° c.c.: in senso negativo, cfr. ABRIANI (1), 364 s. e 369.

Si discute infine se il diritto di accesso alla documentazione sociale comprenda altresì quello di estrarne **copia**. La dottrina è orientata in senso affermativo (così GHIDINI, 450; MONTAGNANI, 293; CAGNASSO (1), 183; *contra* BUSSOLETTI (1), 917). Pure in questo caso, del resto, l'uso strumentale o pregiudizievole di tale prerogativa può essere efficacemente contrastato tramite il richiamo ai citati limiti della segretezza e dell'abuso o, comunque, prospettando una responsabilità personale in capo al socio

forma di partecipazione “debole”, siano il frutto di attuazione di direttive comunitarie (è questo il caso della disciplina del trasferimento d'azienda, della disciplina dei licenziamenti collettivi).

Le iniziative dell'Unione europea verso l'implementazione della partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa si sono sviluppate in una duplice direzione: la prima afferente alle relazioni industriali, la seconda al diritto societario.

L'eterogeneità dei modelli partecipativi presenti tra i diversi Stati membri ha tuttavia condotto le istituzioni comunitarie a modificare le proprie tecniche di intervento nel corso degli anni, oltre a determinare il rallentamento dei numerosi progetti di riforma.

In Europa convivono, infatti, sistemi di relazioni industriali a canale doppio (presenti, ad esempio, in Germania e Francia), dove nelle imprese è presente una rappresentanza di natura elettiva cui si affianca il sindacato esterno e sistemi a canale unico (come quello presente in Italia, che tuttavia a partire dal 1993 ha introdotto una dimensione a carattere elettivo)<sup>22</sup>. Sul fronte poi, dei modelli di società, si contrappongono sistemi dualistici e sistemi monistici, in cui le funzioni di vigilanza e decisione fanno capo ad un unico consiglio di amministrazione.

Questa estrema diversità ha condotto alla moltiplicazione delle direttive europee sulla partecipazione, che, a partire dal progetto Vredeling del 1980 si sono orientate, più concretamente, verso la previsione di meccanismi di opzione da parte degli Stati membri<sup>23</sup>.

Anche grazie all'impulso rappresentato dall'allargamento delle competenze in materia di politica sociale - ricevuto dall'Accordo sulla politica sociale annesso al Trattato di Maastricht e dalla più decisiva svolta rappresentata dal Trattato di Amsterdam - l'Unione europea è oggi dotata di numerose direttive in materia di partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa.

La prima in ordine cronologico è la direttiva 94/45/CE (attuata in Italia dall'Accordo interconfederale del 27 novembre 1996) che prevede l'istituzione di Comitati aziendali europei o procedure di consultazione

<sup>22</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *Informazione e consultazione nell'impresa: ricognizione comparative*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 1983, p. 43 ss.; T. Treu, *Cogestione e partecipazione*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 1989, p. 597 ss.

<sup>23</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *The Vredeling proposal*, Deventer, Kluwer, 1983.

nelle imprese di dimensioni comunitarie<sup>24</sup>. Vi sono poi le direttive 2001/86/CE e 2003/72/CE che completano lo Statuto di società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, attuate in Italia, rispettivamente, dal d. lgs. 19 agosto 2005, n. 188 e dal d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 48<sup>25</sup>. Infine, vi è la direttiva quadro in tema di informazione e consultazione sindacale (direttiva 2002/14/CE), attuata in Italia dal d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25.

Ciò che caratterizza questi interventi normativi è il carattere prettamente “opzionale”: l’Unione europea non impone agli Stati membri alcun modello di partecipazione, che può realizzarsi mediante l’istituzione di un apposito organo o con l’attribuzione di diritti di informazione e consultazione. Inoltre, tutte queste direttive consentono espressamente di pervenire agli obiettivi perseguiti dall’ordinamento comunitario mediante lo strumento negoziale (si parla di “delegazione speciale di negoziazione”).

La direttiva 2002/14/CE si caratterizza rispetto alle altre per l’ampiezza della portata e le scelte compiute in punto a tecniche regolative. All’interno di essa si definiscono, infatti, una serie di obiettivi, cui deve pervenire la disciplina della partecipazione adottata dagli Stati membri, ma non si riscontrano indicazioni circa i modelli partecipativi da prescegliere per realizzare gli obiettivi posti a livello comunitario. Le linee di intervento della direttiva possono essere così sintetizzate: vengono indicati i principi di fondo, riassumibili nel principio di “efficacia” cui la partecipazione deve tendere; vengono elencate una serie di modalità con cui pervenire a tale partecipazione efficace (art. 4); si aggiunge però che le parti sociali possono pervenire a tale risultato anche con modalità diverse da quelle indicate all’art. 4.

Attraverso una regolazione per obiettivi, tipica delle tecniche di *soft law* con cui l’Unione europea interviene in materia di politica sociale a partire dal Trattato di Amsterdam, sembra realizzarsi nel senso più compiuto il principio di sussidiarietà<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del Comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 631 ss.

<sup>25</sup> Cfr. G. ARRIGO, *Coinvolgimento dei lavoratori e direttive 2001/86 e 2003/72*, in AA. VV. *Europa e democrazia industriale. Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa europea*, Ediesse, Roma, 2005; F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella società europea*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2003, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Su cui v. per tutti M. BARBERA, *Dopo Amsterdam, I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.

## **6. Il perseguimento degli obiettivi dell'Unione Europea realizzato dal d.lgs. n. 25/2007. Il campo di applicazione della disciplina**

La sinteticità della direttiva comunitaria ha prodotto, nel decreto italiano di attuazione, contenuti essenziali, per non dire addirittura scarni, in omaggio ad una esplicita strategia di rinvio alla fonte collettiva, prefigurata, peraltro, dall'avviso comune per il recepimento della direttiva del 27 novembre 2006, in cui le parti sociali hanno dettato le linee guida di raccomandazione a Governo e Parlamento per l'attuazione del disposto comunitario. L'apertura del testo normativo esprime immediatamente questa intenzione, rinviando al contratto collettivo le *modalità* dell'informazione e consultazione, per garantire l'efficacia dell'iniziativa, nello spirito del "contemperamento" di interessi tra impresa e lavoratori e della "collaborazione" tra datore di lavoro e lavoratori.

Ora, a prescindere dai significati che possono attribuirsi all'evo- cazione del concetto di collaborazione<sup>27</sup>, è necessario anzitutto fissare i contenuti del decreto legislativo, con riferimento al campo di applicazione dello stesso, all'oggetto degli obblighi di informazione e consultazione e ai rimedi previsti in caso di violazione di tali obblighi.

L'applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 25/2007 è limitata alle imprese che impiegano almeno 50 lavoratori (art. 3), fatte salve le disposizioni transitorie che limitano l'applicazione del decreto alle imprese con almeno 150 dipendenti fino al 23 marzo 2007 e alle imprese che impiegano almeno 100 lavoratori, nel restante periodo fino al 23 marzo 2008 (art. 9). La nozione di impresa prescelta dal legislatore ai fini dell'applicazione

<sup>27</sup> Per non sfociare in un vero e proprio ossimoro, data l'inconciliabilità, nei sistemi democratici, tra collaborazione e conflitto, il concetto di "collaborazione" utilizzato dal d. lgs. n. 25/2007 può essere letto alla luce del rinnovato quadro di relazioni industriali tratteggiato dall'Unione europea, incline a promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese (cfr. L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese*, in atti del convegno Aidlass, "Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese", Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 203 ss.). Risulta allora completamente deviante l'accostamento del concetto di collaborazione qui espresso a quello utilizzato dall'art. 46 Cost., che pure parla del diritto dei lavoratori a "collaborare....alla gestione delle azienda" visto che la norma costituzionale non si riferisce ai diritti di informazione e consultazione ma a veri e propri modelli partecipativi (sul punto, che verrà ripreso in seguito, cfr. M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 451.)

cazione di questa disciplina si ricava dall'art. 2, che ricomprende, in senso ampio, "le imprese pubbliche e private situate in Italia, che esercitano un'attività economica, anche non a fine di lucro".

Posto che, per la definizione della soglia numerica occupazionale, il decreto rinvia al numero medio ponderato mensile dei lavoratori impiegati negli ultimi due anni (art. 3, comma 2, d. lgs. n. 25/2007) ed è quindi possibile far riferimento all'elaborazione giurisprudenziale già formatasi con riferimento alla l. n. 223/1991<sup>28</sup>, il più rilevante problema interpretativo resta quello delle c.d. organizzazioni di tendenza, ovvero di quei datori di lavoro che perseguono, senza fine di lucro, finalità di carattere politico, sindacale, culturale, educativo o religioso, i quali possono essere organizzati, nel nostro ordinamento, anche in forma non imprenditoriale (v. ad esempio, la definizione di organizzazione di tendenza contenuta nell'art. 4, l. n. 108/1990 e ripresa testualmente dall'art. 24, comma 1 ter della l. n. 223/1991 in materia di licenziamenti per riduzione di personale<sup>29</sup>).

Ora, l'art. 2 d. lgs. n. 25/2007 parla di imprese (cui non è richiesto, abbiamo visto, l'esercizio dell'attività economica per un fine di lucro) e di datori di lavoro (definiti come "persone fisiche o giuridiche che esercitano un'attività economica organizzata in forma di impresa, anche se non a fine di lucro"). Vi è poi l'art. 3 del decreto, che, con una trasposizione quasi letterale della direttiva comunitaria, fa salve eventuali procedure specifiche di informazione e consultazione già esistenti nel diritto nazionale e applicabili alle organizzazioni di tendenza (qui definite come "datori di lavoro che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di or-

<sup>28</sup> In realtà la l. n. 223/1991 si riferisce esplicitamente all'organico medio dell'ultimo semestre solo all'art. 1, ai fini cioè dell'applicazione della disciplina sulla Cassa integrazione guadagni, mentre tace sui criteri di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, lasciando aperta la questione (per la giurisprudenza, nel senso dell'estensione dei criteri di cui all'art. 1, l. n. 223/1991 v. Cass. 12 novembre 1999, n. 12592, *Rit. it. dir. lav.*, 2000, II, 376, con nota di Bartalotta; Cass. 9 dicembre 1999, n. 13796, *Foro it.*, 2000, I, 1225; per l'applicazione in via analogica del criterio dell'organico oggettivo, utilizzato per il computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali, v. Cass. 24 febbraio 2003, n. 4274, *Lav. giur.*, 2003, 1033, con nota di Ferrati).

<sup>29</sup> Come modificato dal d. lgs. n. 110/2004, che – a seguito della sentenza di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGCE 16 ottobre 2003, C-32/02, *Mass. giur. lav.*, 2003, 928, con nota di Maretti) ha esteso il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale ai datori di lavoro non imprenditori, prevedendo, tuttavia, un regime differenziato per le organizzazioni di tendenza.

ganizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini d'informazione o espressione di opinioni")<sup>30</sup>.

Come è noto, la qualifica di imprenditore non richiede il perseguimento del fine lucrativo, purchè l'impresa agisca con metodo "economico", ovvero al fine di perseguire il tendenziale pareggio tra costi e ricavi, non inerendo alla qualifica di imprenditore l'esercizio di attività allo scopo di produrre ricavi eccedenti i costi<sup>31</sup>. Si deve quindi ritenere che le organizzazioni, pur portatrici di una "tendenza" che, tuttavia, esercitano la propria attività in forma imprenditoriale, anche senza scopo di lucro, siano soggette all'applicazione della disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 25/2007, salva la presenza di discipline specifiche di informazione e consultazione. Ciò non vale, tuttavia, per tutte le c.d. organizzazioni di tendenza, visto che, in assenza di una definizione generale di organizzazioni di tendenza<sup>32</sup>, non pare possibile far rientrare nel campo di applicazione della disciplina le organizzazioni prive di un'organizzazione imprenditoriale.

Il limite dimensionale di 50 dipendenti si presenta comunque nettamente inferiore a quello fissato dai contratti collettivi già esistenti che disciplinano diritti di informazione e consultazione sindacale – peraltro fatti salvi espressamente dall'art. 4 del decreto legislativo -. Con il nuovo e più contenuto limite dimensionale dovranno pertanto confrontarsi i nuovi contratti collettivi, cui la legge rinvia per le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità e i contenuti dell'informazione e della consultazione.

## **7. Segue. L'oggetto dell'informazione e consultazione sindacale**

Nonostante il rinvio all'autonomia collettiva, il decreto legislativo fissa una serie di obiettivi sia con riferimento ai contenuti che con rife-

<sup>30</sup> In realtà, se si escludono le vicende del settore pubblico (per cui v. artt. 9 e 44 d. lgs. n. 165/2001), non sono riscontrabili discipline specifiche sull'informazione e consultazione sindacale nelle imprese che perseguono fini altri da quelli tipici dell'impresa commerciale

<sup>31</sup> V. per esempio la nota Cass. S.U. 11 aprile 1994, n. 3353, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1425, con nota di Fantone, che si riferisce ad un istituto d'istruzione gestito da una congregazione religiosa.

<sup>32</sup> Sulle organizzazioni di tendenza v. F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983; M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e "tendenzschutz"*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, 749; P. OLIVELLI, *Le organizzazioni di tendenza e la Cassazione*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 237; V. BAVARO, *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, 193.

rimento alle modalità dell'informazione e della consultazione sindacale.

I contenuti del coinvolgimento dei lavoratori sono indicati in modo volutamente ampio e generico. Oltre all'andamento recente e a quello prevedibile dell'attività d'impresa e della sua situazione economica, sono incluse nell'oggetto dell'informazione e della consultazione "la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione" e le eventuali misure di contrasto in caso di rischi per i livelli occupazionali, nonché le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro.

Si può perciò ritenere che siano oggetto d'informazione e consultazione tutte le decisioni imprenditoriali in grado di incidere sulla situazione occupazionale, anche quelle che non rientrano nell'ambito della riduzione di personale, perché prodromiche al momento del ridimensionamento dell'impresa o perché prive dei requisiti quantitativi e qualitativi richiesti dall'art. 24, l. n. 223/1991. L'importanza della disposizione si comprende appieno se si considera che le vicende di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo restavano, fin'ora, escluse da ogni forma di consultazione sindacale: con il nuovo obbligo, i contorni procedurali nonché i meccanismi di controllo sui licenziamenti per motivi economici potranno modificarsi radicalmente. E ciò a maggior ragione se si combinano tra loro il punto b) ed il punto c) dell'art. 4, comma 3, laddove, oltre ai livelli occupazionali sono menzionate le decisioni dell'impresa suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro<sup>33</sup>.

Ma quest'ultimo punto incide anche sulle dinamiche del governo sindacale di tutte quelle pratiche di decentramento produttivo che mirano ad esternalizzare porzioni del processo produttivo, tutte le volte in cui l'art. 2112 c.c. non risulti applicabile e il contratto collettivo non contenga disposizioni in merito<sup>34</sup>. Si può dire, infatti, che, con il d. lgs. n. 25/2007, qual-

<sup>33</sup> Cfr. sul punto, con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo L. NOGLER, *La discipline dei licenziamenti individuali nell'epoca del "bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, relazione al convegno AIDLASS, "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro", Venezia, 25-26 maggio 2007, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2007, p. 594 ss., secondo il quale, alla luce del nuovo d. lgs. n. 25/2007, il filtro sindacale resta l'unico "realmente, e credibilmente praticabile" sui licenziamenti economici individuali.

<sup>34</sup> Da tempo le decisioni imprenditoriali in materia di decentramento produttivo costituiscono oggetto di negoziazione tra le parti collettive, cfr. L. MARIUCCI *Il lavoro decen-*

siasi trasformazione dell'impresa in grado di incidere sull'organizzazione del lavoro viene sottoposta a controllo sindacale.

L'art. 5 è dedicato al delicato tema delle informazioni riservate dell'impresa e fissa dei limiti specifici agli obblighi di informazione e consultazione dei lavoratori, che si aggiungono alla disciplina sulla tutela dei dati personali di cui al d. lgs. n. 196/2003, la cui applicazione viene fatta salva dal decreto in commento. L'art. 5 d. lgs. n. 25/2007 contempla due tipi di informazioni riservate: quelle che sono state espressamente fornite in via riservata e qualificate come tali dal datore di lavoro o da chi lo rappresenta, che i rappresentanti dei lavoratori non sono autorizzati a rivelare né ai lavoratori, né a terzi (a meno che il contratto collettivo nazionale non autorizzi tale divulgazione a lavoratori o a terzi vincolati da un obbligo di riservatezza, previa individuazione delle relative modalità di esercizio da parte dello stesso contratto collettivo); e le informazioni che, per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive sono di natura tale da arrecare un danno o creare notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa, che sono escluse dall'obbligo di informazione e consultazione. È prevista, inoltre, la costituzione di una commissione di conciliazione per le contestazioni sulla natura delle notizie riservate e per la concreta determinazione delle esigenze organizzative in grado di limitare i diritti di informazione e consultazione sindacale<sup>35</sup>.

## **8. Segue. Le tecniche sanzionatorie**

Esaurita la fissazione degli obblighi e dei limiti della consultazio-

*trato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, p. 232 ss. F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 107 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo" (Trento, 4-5 giugno 1999), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 277 ss.; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000, p. 483 ss.; F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 213 ss.

<sup>35</sup> È quindi affidata esclusivamente a questa commissione di conciliazione l'attuazione di una disciplina *ad hoc*, che riempia di contenuto le generiche indicazioni della direttiva comunitaria, in grado di disciplinare il delicato tema della protezione dei dati del datore di lavoro, auspicata da A. TROISI, *La "partecipazione" sindacale alle informazioni dell'impresa*, in atti del convegno Aidlass, "Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese", cit., p. 385.

ne sindacale il decreto di attuazione della direttiva 2002/14/CE si sofferma sull'apparato rimediabile e, dopo aver assicurato, all'art. 6, ai rappresentanti dei lavoratori che vengono designati per le attività consultive, la medesima protezione e le stesse garanzie previste per i rappresentanti dei lavoratori dalle norme di legge o dalla contrattazione collettiva, individua, all'art. 7, i meccanismi sanzionatori che dovrebbe garantire l'effettiva applicazione delle disposizioni fissate nel decreto.

Le indicazioni sulle modalità dell'informazione della consultazione - per la cui concreta definizione si rinvia alla contrattazione collettiva - sono improntate al principio dell'effettività e riproducono quasi testualmente le indicazioni del legislatore comunitario. In particolare, l'informazione deve svolgersi secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo ed idonee a permettere un esame delle informazioni adeguato, che consenta di preparare eventualmente la consultazione. Quest'ultima, oltre a svolgersi secondo modalità di tempo e contenuto appropriati allo scopo, deve coinvolgere livelli pertinenti di direzione e rappresentanza, deve permettere un incontro effettivo tra datore di lavoro e rappresentanze, sulla base delle informazioni fornite dal primo alle seconde e deve tendere alla ricerca di un accordo sulle decisioni del datore di lavoro.

Il diritto comunitario ha quindi voluto evitare che, per far fronte agli adempimenti imposti dalla direttiva, gli stati membri predisponessero una serie di obblighi formali di informazione e consultazione, senza tuttavia preoccuparsi dell'idoneità degli stessi ad incidere sui processi decisionali aziendali. Spetterà tuttavia alla contrattazione collettiva rendere concrete queste indicazioni in punto a effettività delle procedure di informazione e consultazione.

Nonostante queste indicazioni, l'intero apparato rimediabile è affidato all'efficacia delle sanzioni amministrative, modulate diversamente a seconda del tipo di violazione commessa, e affidato, per la sua esecuzione, alla Direzione provinciale del lavoro.

L'entità delle sanzioni è diversa a seconda che si tratti della violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacale, punita con il pagamento di una somma da euro 3000 a euro 18000 per ciascuna violazione, o della violazione del divieto di divulgazione di informazioni riservate, punita con il pagamento di una somma da euro 1033 a euro 6.198.

### **9. Partecipazione debole e tecniche normative: note critiche sull'effettività dei rimedi**

A questo punto, si possono svolgere alcune considerazioni sulle tecniche regolative utilizzate in tema di informazione e consultazione, al fine di misurare l'effettività di questo strumento nel perseguire l'obiettivo di offrire ai lavoratori maggiori opportunità nella partecipazione alle decisioni dell'impresa. Fino a questa nuova stagione di interventi normativi sull'informazione e consultazione sindacale, rappresentata soprattutto da d. lgs n. 25/2007, gli strumenti con cui l'ordinamento italiano reagiva alla violazione degli strumenti di partecipazione - che abbiamo visto al par. 4, erano rappresentati soprattutto da diritto di informazione e consultazione sindacale - potevano essere condotti alla tutela di carattere inibitorio e si incentravano essenzialmente sull'azionabilità dell'art. 28 St. Lav.

L'applicazione di tale strumento alla violazione del diritto di informazione e consultazione sindacale è espressamente riconosciuta dalla legge nel caso del trasferimento d'azienda (art. 47, l. n. 428/1990, che, dopo la riforma del 2001, estende questa possibilità anche alla mera omissione di comunicazione ai sindacati del progetto di trasferimento). Dopo un ampio dibattito, l'applicazione dell'articolo 28 l. n. 300/1970 nei casi di violazione della parte obbligatoria dei contratti collettivi è, stata, poi, pacificamente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza<sup>36</sup>.

Tale strumento pare dunque applicabile anche alle violazioni della disciplina prevista dal d. lgs. n. 2002/14/CE in aggiunta alle sanzioni amministrative previste dalla norma stessa.

Nonostante la valenza simbolica dell'includere la violazione degli obblighi di informazione e consultazione tra i comportamenti che integrano condotta antisindacale, l'utilizzo di un tale strumento sanzionatorio non si è mostrato efficace. La tecnica di cui all'art. 28 St. Lav. appare debole soprattutto nell'applicazione che attualmente riceve dalla giurisprudenza: è, infatti, prevalente tra i giudici l'opinione secondo la quale il provvedimento del giudice, nel rimuovere gli effetti della condotta antisindacale, debba arrestarsi alla sfera dei provvedimenti adottati nei

<sup>36</sup> Cfr per tutti T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, p. 80 ss; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, p. 345 ss; A. PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991, p. 125 ss.

confronti dei lavoratori, senza potersi spingere all'invalidazione degli atti attraverso i quali si esprimono le scelte economiche dell'impresa<sup>37</sup>.

Ciò sembra porsi, tuttavia, in contrasto con le indicazioni fornite dalla direttiva 2002/14/CE in punto a sistema sanzionatorio: secondo le indicazioni della direttiva, l'informazione e consultazione dei lavoratori è volta a coinvolgere i lavoratori e le loro rappresentanze nell'evoluzione della situazione economica delle imprese, tenuto conto delle profonde trasformazioni che attraversano il tessuto produttivo. Gli Stati membri sono lasciati liberi di scegliere il modello partecipativo più adatto alle proprie strutture giuridiche e sociali, purchè, tuttavia, tale libertà si realizzi per giungere all'efficace perseguimento dell'obiettivo comunitario.

Il primato dell'efficacia si evince sia dall'individuazione delle modalità di esercizio dei diritti di informazione e consultazione, che devono intervenire secondo tempi e modi utili ad una effettiva partecipazione; sia dall'indicazione delle linee guida degli strumenti sanzionatori, che devono essere effettivi, proporzionati e dissuasivi, facendo pensare alla funzione preventiva della sanzione. Sono questi, pertanto gli obiettivi, alla luce dei quali occorre valutare l'effettività del sistema rimediabile italiano. E dinnanzi a tali, ambiziosi, obiettivi, le forme italiane della partecipazione dei lavoratori alla *governance* dell'impresa sembrano, oltre che deboli, scarsamente dotate di effettività.

<sup>37</sup> In materia di trasferimento d'azienda, per la tesi minoritaria che riconosce al giudice il potere di invalidare il negozio traslativo dell'azienda, cfr. A. PERULLI, *Il sistema dei rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 551 ss.; V. LUCIANI, *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina sul trasferimento di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, p. 182 ss.; M. MISCIONE, *La procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 112 ss.; S. MAINARDI, *Trasferimento di imprese e tutela collettiva dei lavoratori nel diritto comunitario*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 900 ss.; M. L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 140 ss; in giurisprudenza cfr. Pret. Pistoia, 13 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, p. 407 ss.; Pret. Lodi 28 luglio 1995, in *Or. giur. lav.*, 1996, p. 323 ss.; Pret. Milano 2 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 75 ss.; Pret. Lecce 27 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3313 ss.; è tuttavia prevalente la tesi che nega questo potere, cfr. P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 159 ss.; A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento di azienda*, in A.A.V.V., *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo*, suppl. *Not. giur. lav.*, Roma, 1992, p. 203 ss.; P. TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 786 ss.; R. ROMELI, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Milano, 1993, p. 128 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento di azienda*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 145 ss. da ultimo LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., p. 236; in giurisprudenza cfr. Pret. Udine, 9 agosto 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 291 ss.

FRANCESCO D'AYALA VALVA

## Uno sguardo su alcuni sistemi tributari europei<sup>1</sup>

Dopo l'ampliamento della giurisdizione tributaria ai tributi di ogni genere e specie, comunque denominati<sup>2</sup> sorge spontaneo il desiderio di *affacciarci oltre confine*, per ricercare una prima impressione dei sistemi tributari oggi esistenti nella Unione Europea.

È certamente una legittima curiosità, anche perché, spesso, si parla della bontà di altri sistemi tributari, della facilità nel pagare le imposte in altri paesi, della minore esosità del fisco e della semplicità nel risolvere le controversie. Il tutto nel mal celato intento di legittimare<sup>3</sup> o meglio giustificare una sorta di innata propensione<sup>4</sup> a trattenere almeno una parte delle somme, che ci vengono richieste a titolo di "tributo di ogni genere e specie, comunque denominato"<sup>5</sup>.

Personalmente ritengo tutto ciò conseguenza della mancanza di "amore per i tributi"<sup>6</sup> ed il desiderio di distruggere tutto quello che li pos-

<sup>1</sup> Il presente lavoro deriva da un intervento al Congresso Nazionale dei Giudici tributari, tenuto a Napoli il 5 giugno 2007, e da alcune riflessioni con gli studenti del corso di "Sistemi tributari europei", tenuto nell'anno accademico 2006/2007 presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università del Molise.

<sup>2</sup> D'AYALA VALVA F., *Il nuovo processo tributario in attesa di una revisione dopo l'ampliamento della giurisdizione tributaria*, il Fisco, 2006, n. 31, 4741.

<sup>3</sup> LUPI R., *Le illusioni fiscali*, il Mulino, 1996, 9, ricorda che "benché nessun popolo sia entusiasta delle proprie tasse, l'insofferenza e l'exasperazione verso il fisco italiano hanno oltrepassato i livelli di guardia. Il sistema fiscale scontenta tutti, viene considerato inefficiente e al tempo stesso iniquo". Trascorsi dieci anni dallo scritto la situazione non sembra mutata.

<sup>4</sup> Il Presidente del consiglio Prodi, presentandosi alle camere nel maggio 2006, enunciò tra le dichiarazioni programmatiche, alcuni capitoli della politica fiscale del nuovo governo, sintetizzabili nella lotta all'evasione identificata quale "male patologico".

<sup>5</sup> M. LEROY, *La sociologia dell'imposta*, Rubettino Università, Collana del dipartimento di diritto dell'economia, Istituto di diritto tributario dell'Università degli studi di Torino coordinata da Claudio Sacchetto, 2007, 49, ricorda che la fiscalità costituisce un'area di studio tradizionale dell'economia. Nell'ambito di tali studi il metodo della razionalità utilitaristica del contribuente pone il problema dell'interesse individuale a sottrarsi all'imposizione.

<sup>6</sup> La mancanza di amore per i tributi va intesa in relazione all'art. 2 della Carta Costituzionale. G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Laterza, 1996, 92, trattando dei caratteri della solidarietà afferma che "trattandosi di espressione generica, allusiva, evocativa, la solidarietà è specificata con oggettivazioni: ora è riferita ai rapporti economici, ora a quelli sociali o

sa far ricordare<sup>7</sup>; una sorta di inconscia “*damnatio memoriae*”<sup>8</sup>, ove l’unico elemento da salvare è, forse, costituito dal “condono”<sup>9</sup>, formalmente disapprovato da tutti, anche sotto il profilo giuridico costituzionale<sup>10</sup>, ma sostanzialmente condiviso da coloro che se ne possono comunque giovare<sup>11</sup>, proprio per

familiari. Il suo significato conserva però pur sempre contorni imprecisi e sfumati. E tuttavia, logicamente, prima ancora che giuridicamente, solidarietà implica: un rapporto interindividuale, non potendosi dare solidarietà con o per se stessi (l’amore di sé è, per contro, espressione di individualismo, di separatezza, di autodifesa)” e, potremmo aggiungere, di egoismo. Infatti, nelle pagine successive (104 ss.), lo stesso Autore riconosce che “Ma oggi la mentalità più diffusa è aliena da spinte solidaristiche..... L’avvento di uno Stato federalista è auspicato per poter avvantaggiare le regioni più ricche e produttive rispetto a quelle più povere ed economicamente deboli; la ribellione fiscale è promossa per sottrarre gli abbienti al dovere di contribuzione per il sostenimento della spesa pubblica; ..... i programmi politici relegano la solidarietà alla manifestazione spontanea del “buon cuore” e predicano l’individualismo egoista e il liberismo selvaggio. Lo spazio per la solidarietà si sta pericolosamente restringendo e la sensibilità dell’interprete, in particolare del giurista, rischia di svanire, oppressa dall’indifferenza, dal conformismo, dalla sordità della classe politica e della coscienza sociale o dal corporativismo professionale.” Nello stesso senso vedi anche F. BIANCOFIORE F. SALVUCCI, *Alle radici della giustizia*, Città Nuova, Roma, 2000, 38; C. SACCHETTO, *Etica e fiscalità*, Dir. prat. trib., 2006, n. 3, I, 475. A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, 2005, 14, ricorda che l’essenza ed i tratti distintivi della fiscalità esprimono un livello minimo di “solidarietà”, corrispondente al mero riconoscimento dell’interesse comune e dell’esigenza di una distribuzione degli oneri connessi fra gli appartenenti alla collettività. F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, 59 ss.

<sup>7</sup> V.E. FALSITTA, *Fiscalità etica*, Università Bocconi ed., 2006, 108, riflettendo sull’ordinamento tributario tra sviluppo sociale ed economico, afferma che “il sistema di prelievo tributario, nell’immaginario generale, è percepito come mostruoso e i suoi modi odiosi” e che “meno si vede meglio è”.

<sup>8</sup> B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, 2001, 183.

<sup>9</sup> C. PREZIOSI, *Il condono fiscale*, Giuffrè, Milano, 1987. L. Tosi, *Le predeterminazioni normative nell’imposizione reddituale*, Giuffrè, Milano, 1999, 407 ss. E. DE MITA, *Guida alla giurisprudenza costituzionale tributaria*, Giuffrè, 2004, pur riconoscendo che in base ai principi costituzionali il condono sarebbe illegittimo per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., ricorda che per la Corte Costituzionale si tratta di istituto meramente procedimentale, che il contribuente è libero di chiedere, traendone beneficio (172/1986); un istituto che non pone problemi di parità di trattamento al suo interno (175/1986) e che, definendo la controversia già avviata, preclude la possibilità di continuarla (160/1990).

<sup>10</sup> E. FALSITTA G. FALSITTA, *Condoni e sanatorie tributarie*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, 2006, vol. II, 1216.

<sup>11</sup> I fruitori potenziali del condono non sono solo coloro che, scientemente, hanno evaso le norme tributarie, ma anche coloro che sono spinti ad aderirvi anche solamente al fine, più limitato, di non essere sottoposti a controllo (non voglio noie tributarie), pur ritenendo di poter affermare di essere una “candida anima fiscale”. Non va sottovalutata la potenziale spinta ad aderire al condono, costituita dall’incertezza sulla portata e sull’ambi-

gli effetti liberatori che comporta (scordiamoci il passato)<sup>12</sup>.

Il disamore per i tributi non è comunque un fenomeno prettamente italico, ma alberga, sia pure in varia misura, anche altrove. Le recenti notizie di stampa su tesoretti trovati in banche di Stati a minore pressione fiscale e l'appartenenza dei clienti ad un numero considerevole di Stati, evidenzia proprio l'aspetto potenzialmente evasivo di tali comportamenti, in relazione alla fiscalità del proprio paese.

La curiosità sui sistemi fiscali europei è presente anche nella dottrina<sup>13</sup> e nei manuali iniziano ad essere esaminati alcuni dei sistemi tributari europei. In assenza di disposizioni espresse contenute nel Trattato UE relativamente all'armonizzazione delle imposte dirette, un ruolo fondamentale in tale ambito è stato assunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

La mancanza di una armonizzazione tra sistemi fiscali probabilmente può derivare anche dall'incertezza sulla stessa concezione di tributo, e della relativa giurisdizione.

In questi anni si è assistito ad un ampliamento della giurisdizione tributaria, a colpi di pronunzie interpretative della giurisprudenza di legittimità, a riprova dell'assenza di un concetto univoco e definito di *tributo*. In particolare, la genericità dell'oggetto della giurisdizione tributaria, esteso a tutti i *tributi di ogni genere e specie comunque denominati* ha spinto la S.C. a ricondurvi, nel tempo, qualsivoglia prestazione che non trovasse *giustificazione in finalità punitive o fonte in un rapporto sinallagmatico tra prestazione e beneficio percepibile dal singolo*, sia quelle esplicitamente ri-

to di applicazione della norma e sulla soluzione finale, in caso di giudizio (G. PETRILLO, *Il doppio limite posto dall'affidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell'attività amministrativa in materia tributaria*, Dir prat. trib., 2005, I, 287), nonché l'ulteriore aspetto della gravosità, anche economica, di una adeguata difesa, sia nel momento precontenzioso che in quello contenzioso. Sul punto L. PAGANETTO G. TRIA, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in AA.VV., *Economia della giustizia*, Donzelli ed., Roma, 2005, 11, ricordano che un efficiente sistema giudiziario, caratterizzato da costi contenuti e da un'offerta adeguata per quantità e qualità di servizi giudiziari, rappresenta una condizione indispensabile per garantire e promuovere il buon funzionamento complessivo di un sistema economico e sociale.

<sup>12</sup> Da ultimo LUPI R. SCARLATA G., voce *Condoni e sanatorie fiscali*, Enc. Giur. Il sole 24 ore, Milano, 2007, vol. 3, 643, affermano che per evitare pregiudizi sugli anni futuri, un condono sarebbe conveniente, per l'erario, solo se fosse accompagnato da un "amnesia" (generale) invece che da un "amnistia", in modo tale da essere subito dimenticato.

<sup>13</sup> AMATUCCI A., *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Jovene, 2007

condotte nell'ambito della giurisdizione tributaria dall'art. 2 d.lgs. 546/1992 - come, ad esempio, i contributi per il S.S.N. (SS.UU. 123/06) - sia quelle riconducibili, per via interpretativa, alla categoria delle prestazioni aventi natura tributaria - come il canone RAI, qualificato *entrata tributaria*, in quanto *non commisurato alla possibilità effettiva di usufruire del servizio de quo* (SS.UU. 24010/07). All'opera di ampliamento disorganico dell'oggetto della giurisdizione tributaria ha, altresì, contribuito il Legislatore, che ha inserito tra gli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni Tributarie il fermo e l'ipoteca, universalmente ritenuti *atti neutri*, svincolati dalla qualifica *tributaria* della pretesa patrimoniale ad essi sottesa. I confini della giurisdizione tributaria si sono, dunque, gradualmente sbiaditi, nell'incertezza di cosa sia un *tributo*, visto che l'art. 2 cit. ha assunto le sembianze di un mero contenitore, a raccolta di una eterogeneità di materie, soggette a continua stratificazione ed attribuite, progressivamente, al giudice tributario. La situazione *de qua* ha determinato la Consulta a segnare, con interventi correttivi, una battuta di arresto all'ampliamento convulso della giurisdizione tributaria, frenando la proliferazione di tendenze legislative ed interpretative volte ad enucleare nuove materie nell'oggetto tributario. Innanzitutto, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 cit., nella parte in cui stabiliva l'appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie relative al COSAP (C.Cost. 64/08), la stessa ha specificato che l'inserimento, da parte del Legislatore, di una determinata materia nell'ambito dell'oggetto tributario non è determinante ai fini della sua effettiva qualificazione. Da ultimo, è, poi, intervenuta per frenare l'orientamento delle SS.UU. (ord. 3171/07), le quali avevano ritenuto che l'opposizione ad atti irrogativi delle sanzioni amministrative, emessi dall'A.F. per violazione degli obblighi di previdenza obbligatoria, rientrasse nell'ambito della giurisdizione tributaria, poiché, concernendo la violazione di norme previdenziali - di natura "tributaria", in quanto previste nell'interesse della collettività e non a beneficio *uti singulus* - di riflesso anch'esse dovessero ritenersi a *valenza tributaria*. La Consulta, interrogata sullo stesso argomento, ha assoggettato l'art. 2 cit. a dichiaratoria di incostituzionalità, nella parte in cui era devoluta al giudice tributario la competenza sulle *sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari*. La stessa ha, in tal modo, implicitamente negato validità alla tesi della natura tributaria delle sanzioni amministrative *de quibus*, in virtù di una correlazione con gli oneri previdenziali, intesi quali *tasse di scopo*; per altro verso, ha, così, inteso ridimensionare ulteriormente

l'ambito della giurisdizione tributaria, depurandolo da materie vagamente vicine al concetto indefinito di tributo. L'ampliamento della giurisdizione tributaria implica un deciso intervento legislativo, sia sul fronte della corretta identificazione dell'oggetto dello processo tributario, sia una sua urgente revisione. L'attuale struttura era disegnata in previsione di un più limitato numero di tributi e della presenza predominante dell'amministrazione tributaria centrale. La mancata attuazione di una riforma del processo, già prevista dalla L. 80/03, ma non realizzata, rende urgente una sua revisione nel rispetto dei principi del giusto processo.

Il mio intervento non potrà risolvere tali quesiti né potrò mutare l'attuale rapporto tra fisco e contribuente italiano, non ne ho la capacità; mi limiterò a tratteggiare gli altri sistemi tributari esistenti<sup>14</sup>, senza l'ambizione di essere esaustivo.

\*\*\*\*\*

Il profilo fiscale costituisce lo "zoccolo duro", sul quale ogni Stato non è disposto (ancora) a transigere<sup>15</sup>. La mancata condivisione ed approvazione della carta costituzionale europea è dipesa, in parte, dalla gelosia o timore di un intervento esterno sia nel sistema tributario che nello stesso processo tributario. Ogni Stato ha una sua tradizionale organizzazione giurisdizionale derivata a sua volta da differenti regimi processuali<sup>16</sup>.

Molto si è discusso sull'attuale sistema processuale tributario italiano, sulle recenti innovazioni e sulle prospettive future del giudice tributario italiano<sup>17</sup> ed è forse giunto il momento di volgere lo sguardo oltre le alpi, al fine di cominciare a saggiare il terreno, avendo sullo sfondo la certezza della necessità di tutele processuali tributarie analoghe, certamente per l'IVA, ma anche per l'intero sistema tributario di una comunità europea.

<sup>14</sup> Un più approfondito ed aggiornato studio potrà essere effettuato su *European tax hand book 2006*, IBFD, Amsterdam, 2006 al quale rinvio per dati più tecnici.

<sup>15</sup> Su alcune questioni sulla concorrenza fiscale vedi l'interessante saggio di HECKLY C, *Fiscalità et mondialisation*, L:G:D:J, 2006.

<sup>16</sup> Sul punto rinvio a BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 2006, nonché PADOA-SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>17</sup> Sul punto vedi da ultimo AA.VV., *Giusto processo tributario e professionalità del giudice*, a cura di Ennio Fortuna, Atti convegno nazionale Venezia 22-23 ottobre 2004, Cedam, 2006, ed ivi il mio *Il giudice tributario agli albori del terzo millennio*.

Va sottolineato che nel processo tributario italiano trova una importante attuazione della norma costituzionale in merito alla previsione di sopravvivenza di “giudici speciali” ed alla partecipazione del popolo nella veste di cittadino *idoneo* alla gestione della giustizia.

La giurisdizione tributaria europea presenta delle caratteristiche proprie e del tutto peculiari per ogni stato; dall'esame di alcune normative sostanziali europee emerge una sorta di allineamento a quella italiana, soprattutto riguardo alla tipologia dei “tributi locali”. Dall'analisi dei sistemi tributari europei potrebbero nascere una serie di riflessioni anche su come gestire al meglio i tributi e a quale giudice affidare le eventuali controversie in materia<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina dei tributi locali, in Italia fino al 1972 era in vita un processo tributario specifico ed il rapporto di maggiore vicinanza del cittadino agli uffici finanziari era molto più sentito. Il crescente sviluppo dei tributi locali fa ipotizzare proprio la necessità di ristabilire una situazione di carattere processuale, che sia più attenta e vicina al cittadino, così come avveniva in passato. Un ausilio importante verso questo orientamento arriva dallo stato svizzero, che prevede un modello per i tributi locali: La Svizzera, infatti, essendo suddivisa in cantoni, sente molto vivo il significato del tributo locale. Sussiste in questo stato, “il tributo locale cantonale” e spiccata è la sensibilità di questo paese verso i profili localistici, con l'obiettivo di gestire al meglio le proprie risorse e contribuire alla spesa pubblica con risorse locali e con tributi e tribunali anch'essi locali. Le perplessità su tale sistema nascono dal fatto che questo eccesso di localizzazione ha portato la Svizzera ad avere per ogni cantone delle procedure differenziate a seconda della varietà dei tributi.

Il quesito è: cosa accadrà per gli altri stati europei e sarà possibile pensare ad un giudice fiscale uguale per tutti, per un processo più comune, così come tendenzialmente più comuni stanno diventando i tributi? Si pensi, ad esempio, all'IVA che è un tributo uguale per tutti gli stati e al fatto che in Inghilterra si è creato proprio un giudice per l'Iva, per la VAT, e allora questa considerazione ci sarà utile per analizzare il fenomeno e proporre un quadro giurisdizionale più omogeneo. Va comunque tenu-

<sup>18</sup> M. AUJEAN, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale*, in AA VV, *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano Di Pietro, Cedam, 2008, 9.

to presente che l'ampiezza del territorio ed il numero dei contribuenti incide sia sul sistema tributario di ogni singolo stato sia sulla stessa tutela accordata al cittadino.

Altro aspetto comune tra le giurisdizioni dei vari processi tributari europei è l'attenzione a due specifiche figure e cioè l'"elusione fiscale" e la "frode fiscale", oggetto di sensibile, difforme, considerazione in molte normative europee, proprio perché rappresenta un fenomeno altamente lesivo del rapporto tra cittadino e stato.

\*\*\*\*\*

**Austria:** Il ricorso del contribuente può essere presentato allo stesso ufficio che ha emesso l'atto contestato, che può decidere direttamente o trasmettere la questione alla direzione regionale, organo di amministrazione superiore. Per l'imposta "corporate incom tax" è prevista una Corte dei Reclami all'interno della Direzione regionale. Si può asserire che l'Austria ha una struttura sostanzialmente amministrativa del processo tributario che, tuttavia, non costituisce una organizzazione differente. Contro la decisione è previsto un ricorso per motivi di diritto alla Suprema Corte amministrativa in Vienna. Le decisioni di questo ultimo organo possono essere sottomesse al giudizio della Corte Costituzionale per questioni prettamente costituzionali. Volendo tracciare alcuni profili in ordine al sistema austriaco di imposta sul reddito si può notare che la valutazione sull'imposta viene fatta dall'ufficio di imposta che è lo stesso organo preposto alla loro definizione a conclusione dell'anno finanziario e procedendo sulla base delle dichiarazioni presentate dai singoli contribuenti entro il 31 marzo: è ammessa tuttavia una proroga di 12 mesi qualora il contribuente venga assistito da un consulente in materia. Se il contribuente realizza, durante l'anno, un reddito inferiore a quello degli anni precedenti, può fare domanda per una riduzione dei pagamenti. L'ufficio finanziario potrà comunque esaminare tutte le dichiarazioni presentate e fare tutte le inchieste che desidera. Il datore di lavoro è tenuto a rimettere l'imposta sul reddito dovuta ai suoi impiegati, come pure i contributi sociali ritenuti dagli stipendi su una base mensile. Infine si precisa che in Austria, a livello locale, è previsto il versamento obbligatorio dell'imposta sui salari (*Kommunalsteuer*), secondo l'aliquota del 3 per cento sul monte complessivo dei salari versati ai dipendenti. Sono soggette a tale obbligo non soltanto le società di diritto locale, ma anche le stabili organizzazioni di

società estere. In ogni caso, l'imposta sui salari è deducibile dall'imposta sui redditi. Nel caso in cui gli uffici d'imposta si trovino nella posizione di dover accertare il reddito relativo ad un'associazione straniera, viene trattenuto dall'erario il 20% finché le amministrazioni fiscali non abbiano avuto conoscenza dell'identità dei soci stranieri. Gli aspetti fiscali e societari a cui un soggetto economico deve conformarsi qualora voglia intraprendere un'attività commerciale in Austria si precisa che le società che hanno la propria sede legale o amministrativa in Austria sottopongono a tassazione in Austria sia i redditi conseguiti sul territorio nazionale sia quelli conseguiti all'estero.

Le società estere invece sono tassate soltanto in relazione ai redditi d'impresa imputabili ad una stabile organizzazione nel territorio austriaco. La riforma fiscale del 2005 ha comportato in Austria una riduzione del carico fiscale in capo alle imprese operanti sotto forma di società di capitali (l'imposta sulle persone giuridiche IRPEG è passata dal 34% al 25%). Sussiste altresì l'obbligo di versare un'imposta minima (minimum tax) nella misura di: Euro 1.750,00 per anno per le s.r.l. e di Euro 3.500,00 per anno per le s.p.a indipendentemente dal risultato d'esercizio. Nel caso in cui la società si trovi in perdita, i versamenti minimi costituiscono un credito d'imposta per gli esercizi in cui la società produrrà utili. La riforma fiscale ha inoltre introdotto un innovativo sistema di tassazione di gruppo sia a livello nazionale che internazionale. Questo sistema permette a livello di gruppo di definire una sola base imponibile per tutte le società appartenenti al gruppo, con eventuale compensazione delle perdite, anche oltre confine, e degli utili delle varie società. La legislazione austriaca in materia di IRPEF differenzia fra le persone fisiche aventi in Austria la propria residenza o che comunque vi soggiornino per un periodo superiore ai 6 mesi, definiti come soggetti illimitati d'imposta, e le persone che non siano quivi residenti o vi soggiornino per un periodo inferiore ai 6 mesi, definiti come soggetti limitati d'imposta. I primi hanno l'obbligo di sottoporre in Austria a tassazione sia i redditi conseguiti sul territorio nazionale sia quelli conseguiti all'estero. I secondi sottopongono a tassazione in Austria solamente i redditi maturati sul territorio nazionale. Per quanto riguarda i trattati sottoscritti con l'Italia, sembra precipuo ricordare la Convenzione tra la Repubblica Italiana e l'Austria per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, firmata a Vienna il 29 giugno 1981, ratificata con Legge n. 762 del 18 ottobre 1984 ed entrata in vigore il 6 aprile 1985; l'accor-

do per lo scambio di informazioni firmato a Roma il 5 aprile 1985; l'accordo per l'effettuazione di verifiche fiscali simultanee firmato a Roma il 21 ottobre 1987.

Le persone fiscalmente residenti in Austria sono assoggettate a imposizione per tutti i redditi prodotti su base mondiale; i soggetti non residenti sono invece tenuti a versare l'imposta per i soli redditi conseguiti in Austria. Ai fini dell'applicazione dell'imposta sui redditi (*Einkommensteuer*), una persona fisica viene considerata fiscalmente residente in Austria quando ha il suo domicilio ovvero soggiorna abitualmente all'interno del territorio dello Stato. In particolare, secondo le disposizioni austriache, il domicilio è il luogo in cui una persona occupa un immobile, le cui condizioni, unitamente ad altre circostanze, fanno oggettivamente presumere che si tratta dell'abitazione principale del soggetto. In ogni caso, vengono considerate residenti in Austria le persone che risultano aver trascorso nel Paese, in modo continuativo, un periodo di almeno sei mesi nel corso di un anno, fatte salve le diverse disposizioni contenute nei trattati contro le doppie imposizioni applicabili. La metodologia di calcolo dell'imposta avviene mediante l'applicazione delle aliquote progressive per scaglioni di reddito che vanno dallo 0 al 50 per cento. In ogni caso, la normativa consente ulteriori detrazioni correlate alla situazione personale del contribuente, come ad esempio particolari detrazioni per i lavoratori dipendenti, i pensionati, i carichi di famiglia e le famiglie monoreddito. Per quanto riguarda gli ammortamenti, l'unico metodo ammesso dalla normativa austriaca è quello a "quote costanti" sulla base degli anni di utilizzo economico del bene, con l'applicazione di aliquote individuate dalla prassi amministrativa. L'imposta sui redditi delle persone giuridiche è calcolata in riferimento ad un'unica aliquota del 34 per cento. Tuttavia, anche in assenza di reddito imponibile, le società austriache sono tenute al pagamento anticipato di una *minimum tax* di 3.500 euro per le società per azioni (AG) e 1.750 euro per le società a responsabilità limitata, mentre le società di nuova costituzione sono tenute, per il primo anno, al versamento trimestrale di 273 euro. Infine si precisa che in Austria, a livello locale, è previsto il versamento obbligatorio dell'imposta sui salari (*Kommunalsteuer*), secondo l'aliquota del 3 per cento sul monte complessivo dei salari versati ai dipendenti. Sono soggette a tale obbligo non soltanto le società di diritto locale, ma anche le stabili organizzazioni di società estere. In ogni caso, l'imposta sui salari è deducibile dall'imposta sui redditi. La normativa austriaca dell'imposta sul valore aggiunto è di-

disciplinata dalla legge n. 663 del 1994 (*Umsatzsteuergesetz*), con cui l'Austria si è uniformata alla normativa europea dando esecuzione alla sesta direttiva Cee in materia. Tenuti al pagamento dell'imposta sono coloro che esercitano un'attività commerciale o professionale autonoma. Non vi è alcuna distinzione tra soggetti residenti e non residenti. La base imponibile è rappresentata dai corrispettivi pattuiti per tutte le forniture di beni o prestazioni di servizi effettuate all'interno del territorio austriaco. Sono quattro le aliquote Iva cui sono assoggettate attualmente in Austria diverse tipologie di beni e servizi. Più precisamente, la normativa fiscale austriaca prevede le seguenti aliquote:- 0 per cento, applicabile soltanto ai servizi di assistenza sociale;- 10 per cento, applicabile alla vendita di generi alimentari considerati di prima necessità, quali latte, pesce, uova, frutta e verdura, caffè, zucchero, olio, nonché a libri, giornali e riviste, a prestazioni alberghiere, servizi di trasporto pubblico, alla locazione di immobili per uso privato, alla fornitura di energia elettrica, alle prestazioni artistiche e alle manifestazioni culturali;- 12 per cento, applicabile soltanto al vino prodotto da aziende agricole e alla vendita di autovetture elettriche;- 20 per cento, applicabile a tutte le altre tipologie di beni e servizi.

In linea di principio, ogni operatore soggetto all'imposta è tenuto a compilare dichiarazioni Iva periodiche in cui va indicata l'imposta dovuta (a titolo di acconto) o il credito spettante in base ai calcoli da lui stesso effettuati. In particolare la presentazione di dichiarazioni Iva provvisorie ha scadenza mensile mentre la dichiarazione annuale definitiva deve essere presentata entro il successivo 31 marzo. Il pagamento dell'imposta avviene su base mensile, entro il termine massimo di 45 giorni dalla fine del mese di riferimento. Nel mese di ottobre i soggetti Iva sono tenuti a versare un acconto pari a 1/11 dell'imposta complessiva calcolata nei dodici mesi precedenti (da agosto a settembre), a meno che tale importo di riferimento risulti inferiore a 750 euro.

**Belgio:** Contro la decisione del direttore dell'ufficio può essere proposto ricorso alla corte dei ricorsi e quindi alla Corte Suprema: organizzazione anch'essa di tipo amministrativo. Per quanto concerne i contribuenti, essi dovranno archiviare una dichiarazione dei redditi presso l'ispettore di imposta locale per ogni anno del normale anno di valutazione che segue l'anno di reddito. Se nessuna dichiarazione verrà ricevuta, essa deve essere presentata entro il 1 giugno altrimenti la posizione del contribuente sarà considerata in ritardo. Una valutazione relativa al reddito deve essere

trasmessa successivamente al contribuente stesso entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si forma il reddito. Le valutazioni possono essere effettuate lungo un arco di tempo di tre anni che decorre dal 1 gennaio dell'anno di valutazione se il ritorno fosse archiviato in ritardo o fosse incompleto. Questo periodo può essere prorogato di altri due anni qualora vi sia il sospetto di "frode fiscale".

**Danimarca:** Contro un avviso di accertamento relativo ad una tassa locale è previsto un ricorso ad un comitato. Contro la decisione del comitato può essere proposto un ricorso ad una "Administrative tax court", all'Alta corte e poi alla Corte Suprema. Per i tributi delle autorità regionali può essere proposto solo il ricorso all'administrative tax court. Le Corti devono decidere in termini brevi e in caso di silenzio è ammesso il ricorso diretto al giudice superiore. Nonostante la Danimarca sia uno Stato dall'estensione molto piccola si riscontrano tre gradi di giurisdizione e ciò lascia molto da pensare su quanto sia poco omogeneo lo scenario della giurisdizione europea. Per le persone fisiche, le amministrazioni comunali esercitano il loro controllo per tutto l'anno di imposta e la relativa valutazione interessa tutte le imposte sul reddito siano esse nazionali o locali. Su richiesta del contribuente le amministrazioni possono riesaminare le dichiarazioni reddituali e procedere all'ammissione di nuovi documenti qualora vi sia discrepanza tra quanto presentato in dichiarazione e le nuove informazioni prodotte dal contribuente. Questa facoltà di adire l'amministrazione finanziaria è concessa sia al contribuente residente che al non residente e può essere effettuata tenendo conto del termine di tre anni dalla data di presentazione della prima dichiarazione. Per la tassa relativa al reddito di occupazione, il contribuente riceve una "scheda di imposta" che contiene il suo tasso personale di imposta di ritenuta da comunicare al suo datore di lavoro. La valutazione è basata sul reddito percepito dal contribuente negli anni precedenti e a questo viene applicata una percentuale. Se il contribuente considera la valutazione del suo reddito come errata, potrà chiedere una nuova valutazione e comunicare successivamente la sua scheda d'imposta al datore di lavoro. Nelle grandi aziende vi sono delle procedure elettroniche di componimento delle schede d'imposta per accelerare la gestione e fare in modo che non gravi sul lavoratore il dovere di comunicare al datore di lavoro la sua scheda. Contro una valutazione dell'amministrazione finanziaria è ammesso il ricorso in appello ad un comitato di imposta locale. Contro questa decisione è ammes-

so appello, entro tre mesi, alla corte amministrativa di imposta. La Danimarca è suddivisa in divisioni regionali che possono agire autonomamente e andare ben oltre le decisioni prese dall'amministrazione finanziaria locale e dai comitati di imposta locale.

**Finlandia:** Il ricorso può essere proposto al "Rectification board" situato negli uffici provinciali. Contro la decisione può essere proposto ricorso alla Corte amministrativa provinciale e quindi alla Suprema corte amministrativa per questioni di particolare importanza come la uniforme applicazione della legge, l'errore nella decisione, ragioni eccezionali: lampante il riferimento alla giurisdizione italiana in merito ai "filtri" della Cassazione e della Commissione Centrale.

**Francia**<sup>19</sup>: È prevista una fase amministrativa, un contenzioso dinanzi ad un giudice amministrativo o giudice ordinario in base ai singoli tributi. Si assiste allo svolgersi di un sistema caotico con una procedura amministrativa ampia di primo e secondo grado all'interno degli uffici e che prevede da un lato un contenzioso di timbro spiccatamente amministrativo e dall'altro un processo tipico della competenza del giudice ordinario. Ogni persona deve presentare la propria dichiarazione del reddito percepito e compilarlo sotto la propria responsabilità in modo dettagliato avvalendosi sia di un modello generale che riassume tutti i vari elementi del contribuente che di modelli speciali (uno per ogni categoria di reddito), indicanti i redditi dell'anno precedente. Le amministrazioni fiscali calcolano ogni anno d'imposta e valutano l'imposta sul reddito in base alle dichiarazioni sollevando, qualora la situazione lo richieda, le opportune valutazioni. Questa procedura viene inoltrata quando il contribuente: non presenta in tempo la sua dichiarazione dei redditi; non registra in tempo un atto e non riesce a rimediare nel periodo di trenta giorni dalla data dell'omissione; omette di rispondere alle inchieste dell'amministrazione finanziaria; si oppone ad una verifica d'imposta; non procede alla nomina di un rappresentante di imposta qualora non sia residente in territorio francese.

<sup>19</sup> Per un maggiore approfondimento vedi GROSCLAUDE J. MARHESSOU P., *Diritto tributario francese*, Traduzione a cura di Enrico De Mita, Giuffrè, 2006; FENA-LAGÉNY E., *Les impôts en France* F. Lefebvre, 2006,

Prima di procedere alla rivalutazione, trenta giorni prima, l'amministrazione fiscale deve notificare al contribuente i motivi sui quali l'attività si fonda. L'onere della prova è invertito nel senso che, intrapresa l'azione legale, spetterà al contribuente dimostrare che i dati contenuti nella rivalutazione non sono validi e che l'imposta da pagare è eccessiva. La scadenza della valutazione d'imposta cessa al decorrere del terzo anno consecutivo alla presentazione della dichiarazione del contribuente. Non esiste, in Francia, un obbligo di documentazione al momento del deposito delle dichiarazioni di risultato. Nel corso di un controllo fiscale, il contribuente deve fornire questa documentazione entro 60 giorni dalla richiesta dell'Amministrazione. Per quanto riguarda l'IVA, questo termine è di 10 anni a partire dalla data dell'evento che doveva essere dichiarato o registrato. In caso di frode, le suddette scadenze sono aumentate di due anni. Altre tasse come la tassa di bollo o la TVA sono pagate spontaneamente dal contribuente senza alcuna richiesta convenzionale dalle amministrazioni fiscali. Il pagamento ritardato di tali tasse, provoca un pagamento di interesse dello 0,75% al mese e in più una pena del 5%. In caso di evasione fiscale, la pena è di euro 37.500 con un periodo di reclusione di anni 5. Le disposizioni fiscali francesi per l'eliminazione della doppia imposizione e per la lotta contro l'evasione sono principalmente quelle dell'articolo 57 del Codice Generale delle Imposte ("C.G.I."). Dopo il 1996, l'Amministrazione fiscale francese ha completato questo dispositivo legislativo attraverso una serie di istruzioni, che interpretano e integrano i Principi dell'O.C.D.E. nella legislazione francese. In caso di reclamo del contribuente, le amministrazioni fiscali devono rispondere nel termine di sei mesi altrimenti il comportamento contrario verrà considerato come quale smentita tacita. Il contribuente avverso la risposta dell'amministrazione potrà proporre appello, entro due mesi, alla corte amministrativa locale: i mesi diventano 4 se il contribuente non è residente. La sentenza della corte verrà notificata al contribuente e a quest'ultimo spetta anche la possibilità di adire la Corte d'Appello amministrativa che rivedrà il caso sia sui fatti che sui punti di legge. Avverso quest'ultima decisione è ammesso il ricorso alla Corte Suprema (Etat de Conseil) solo in merito a questioni di legittimità entro due mesi dalla data di notifica della sentenza<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> DIBOUT P., *Tax disputes in France*, Riv. Dir. Trib. Int., 2005 5.

**Germania**<sup>21</sup>: La dichiarazione relativa al reddito d'imposta deve essere presentata da ogni contribuente presso gli uffici competenti di imposta locale che variano secondo i luoghi di residenza. Gli impiegati che si conformano al sistema di ritenuta di imposta allo stipendio, non sono tenuti a presentare una dichiarazione annuale dei redditi a meno che non percepiscano reddito da più di una occupazione o da altre fonti. Ricevuta la dichiarazione, l'ispettore d'imposta può procedere ad una sua eventuale revisione e richiedere al contribuente di fornire informazioni. Il passo successivo è dato dall'avviso che l'ufficio di imposta emette nei confronti del contribuente e che può essere da lui stesso contestato nel termine di un mese. Il contribuente viene rappresentato in giudizio da un difensore o attraverso l'assistenza di un ragioniere abilitato o di un consigliere d'imposta qualora decida di appellarsi alla Corte di imposta federale. Gli appelli non sospendono il pagamento di imposta a meno che in determinate circostanze, l'ufficio di imposta o la corte di imposta lo consentano. Se l'appello dovesse risultare infruttuoso, il contribuente sarà tenuto a pagare lo 0,5 % di interessi al mese sulla tassa precedentemente sospesa<sup>22</sup>.

Qualora l'Amministrazione finanziaria tedesca accerta delle anomalie nella dichiarazione dei redditi del contribuente lo convoca presso gli uffici competenti e brevemente lo ascolta su eventuali motivi a sostegno di quanto dichiarato. Se la dichiarazione invece viene emendata, il contribuente sarà informato per iscritto. Contro eventuali correzioni che possono derivare dai libri contabili o dai clienti, e contro gli avvisi dell'ufficio d'imposta, è nel diritto del contribuente proporre appello nel termine di un mese dopo che la valutazione si stata resa pubblica pubblicata e dopo che l'avviso sia stato ricevuto. L'appello deve essere indirizzato alla stessa unità o reparto che ha fatto le correzioni o ha provveduto alla verifica e può essere proposto anche oralmente. In questo caso l'ufficiale di imposta deve prendere nota scritta, come avviene in caso di una dichiarazione dei redditi orale. Quando l'appello arriva alla amministrazione finanziaria, essa in primo luogo lo fa pervenire all'ufficiale che ha

<sup>21</sup> Per una più ampia trattazione vedi ora BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, traduzione a cura di Enrico De Mita, Giuffrè, 2006.

<sup>22</sup> MOSSNER J.M., *Legal protection of taxpayers by Courts in Germany*, Riv. Dir. Trib. Int., 200511.

trasmesso l'avviso il quale controlla che non siano stati commessi errori o se sussistono gli elementi per prendere una decisione differente. Se la posizione contenuta nell'avviso di accertamento dell'imposta viene mantenuta, l'appello passa non all'esame di un reparto separato, il "*Rechtsbehelfsstelle*", il dipartimento legale che valuta l'appello sulla base delle relative leggi fiscali. Circa il 40% degli appelli infine derivano dagli errori fatti dal contribuente; il 30% dagli errori fatti tramite la gestione di imposta. Nei casi restanti la disputa è causata da opinioni differenti e non può essere attribuita ad un errore. Dopo aver ricevuto la decisione relativa all'appello dall'amministrazione finanziaria, il contribuente ha la possibilità di impugnare tale decisione nel termine di un mese: l'organo competente è la "*Finanzericht*", una corte fiscale. In ogni distretto vi è una "corte d'imposta" composta da tre giudici d'appello e due esperti. In tutta la Germania, circa 60.000 appelli sono portati ogni anno davanti alle corti di imposta, mentre il numero di appelli proposti, si aggira intorno ai 2.2 milioni. Contro la decisione del "*Finanzericht*", sia il contribuente che l'amministrazione finanziaria possono sollevare un appello proteso alla sua revisione in merito alla regolare applicazione della legge e non sui fatti precedentemente dedotti. Alcuni anni fa risultava davvero alto il numero dei contribuenti che optavano per la revisione tanto che fu necessario introdurre delle limitazioni: oggi un appello per la revisione è permesso soltanto se coinvolge un importo al di sopra di DEM20,000, a meno che il "*Finanzericht*" è del parere che l'appello proposto interessi un aspetto fondamentale che potrebbe portare a gravi conseguenze. Se la procedura secondo legge amministrativa è completamente esaurita, ma non ha prodotto il risultato che il contribuente sperava, egli può ricorrere alla corte costituzionale. Questa corte verifica che il rispetto della legge sulla quale si basa il giudizio è stato osservato così come rigorosamente osservate debbano essere le leggi che regolano l'amministrazione centrale.

In Germania la categoria equivalente a quella delle società di capitali italiane è rappresentata dalle c.d. *kapitalgesellschaften*, che comprendono a loro volta le seguenti tipologie: - *Aktiengesellschaft*, AG; - *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH; - *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, KgaA.

Da un punto di vista fiscale, sono, in linea di massima, assimilabili alle *kapitalgesellschaften* alcune cooperative e compagnie di mutua assicurazione.

Sugli utili delle società di capitali tedesche gravano tre imposte:- l'im-

posta federale sulle società (*Körperschaftsteuer*);- l'imposta locale sulle attività commerciali (*Gewerbeertragsteuer*);- l'imposta di solidarietà (*Solidaritätszuschlag*).

La *Gewerbeertragsteuer* è un'imposta applicata a livello di singoli *länder*, e sebbene non si tratti di una vera e propria imposta sugli utili, viene normalmente trattata come tale nei confronti internazionali. Gli elementi essenziali di questa imposta sono i seguenti:- un coefficiente scelto dai *länder*, da applicare alla base imponibile dell'imposta federale; un'aliquota, scelta a livello federale da applicare a tale coefficiente.

Va tenuto presente che l'imposta locale è deducibile sia dalla propria base imponibile che da quella dell'imposta federale sulle società. Non è invece deducibile dalla base imponibile della *Gewerbeertragsteuer* il 50 % degli interessi passivi relativi a finanziamenti di durata superiore ad 1 anno.

Il sistema tedesco di imposizione personale sul reddito è caratterizzato da una progressività continua ottenuta attraverso l'applicazione di specifiche formule al reddito imponibile.

Diversamente da quanto accade in Italia, le coppie sposate sono tassate congiuntamente, attraverso l'applicazione del metodo dello "*splitting*" del reddito familiare: l'imposta personale è, cioè, calcolata applicando le formule previste soltanto alla metà del reddito imponibile e raddoppiando, successivamente, l'importo ottenuto.

Elementi comuni delle formule per il calcolo delle imposte sono la soglia di reddito esente, le aliquote minima e massima e la soglia di reddito a partire dal quale si applica l'aliquota massima (c.d. soglia massima); gli altri fattori dipendono dal reddito della persona fisica.

Si segnala una recentissima sentenza della Corte di Cassazione – Sezioni Unite del 17/01/2006 n.760 la cui massima dispone: "*Il regio decreto-legge 9 settembre 1983, n. 1676 (che ha dato esecuzione al trattato italo-germanico di collaborazione in materia fiscale, stabilendo criteri di collaborazione fra stati che sono oggi recepiti negli art.5 e 6 del D.L.G 9 aprile 2003, n. 69, di attuazione della direttiva n. 2001/44/CE, relativa all'assistenza reciproca in materia di recupero di crediti tributari) indica una precisa ripartizione di giurisdizione, affidando alle autorità del luogo in cui si è verificato il presupposto impositivo (nel caso di specie, tedesche) il compito di accertare la sussistenza (o meno) del debito tributario disciplinato dalla legge straniera. Spetta pertanto a queste autorità la competenza a pronunciarsi anche sull'eventuale prescrizione del debito, mentre compete all'autorità giudiziaria del luogo in cui si chiede la riscossione del credito il contenzioso ad essa afferente.*" La sentenza in esa-

me riflette su un punto molto controverso e di non immediata risoluzione perché interessa il tema del riparto della giurisdizione tra giudice italiano e giudice straniero, ma anche quello, in ambito nazionale, tra il giudice tributario e le altre giurisdizioni. In merito al rapporto tra giurisdizione italiana e giurisdizione straniera, nel caso tracciato in sentenza si tratta di giurisdizione tedesca, emerge un quadro ben definito e illustrato dal R.D.L 9 settembre 1983, n.1676: alle autorità tedesche viene affidato il compito di accertare la sussistenza del debito tributario e a queste spetta la competenza a pronunciarsi sulla eventuale prescrizione del debito stesso. Alle autorità italiane spetterà accertare i crediti per imposte dovute in Italia e a quelle tedesche il compito di assicurare la riscossione in territorio germanico di questi crediti. L'autorità italiana, in seguito, procederà a notificare una cartella esattoriale in cui renderà edotto il contribuente sul fatto che l'Amministrazione italiana procede alla riscossione di un debito tributario nell'interesse e per conto della Amministrazione tedesca. Si tratta pur sempre di un atto amministrativo e come tale soggetto a motivi di impugnazione per vizi suoi propri ma allora proprio perché viene emesso da un'autorità italiana sarà impugnabile davanti al giudice italiano, con riferimento precipuo all'ambito della giurisdizione così come delineato dall'art.12, comma 2, della L. 28 dicembre 2001, n. 448, che attribuisce alle commissioni tributarie giurisdizione in merito ai "tributi di ogni genere e specie comunque denominati" secondo la nuova formula introdotta dalla L.n. 248/2005. Pertanto anche se il caso di specie contempla una obbligazione sorta all'estero, questa è stata comunque recepita dalla nostra legge e riconosciuta come obbligo tributario: la giurisdizione spetta, pertanto, al giudice tributario italiano.

**Gran Bretagna:** Il sistema fiscale britannico applica varie imposizioni fiscali su tutti i redditi prodotti nel Regno Unito e sulle entrate di cittadini britannici provenienti dall'estero. Chiunque sia fisicamente presente in Gran Bretagna per un periodo di sei mesi o più in qualsivoglia anno fiscale è considerato residente a fini fiscali. Ma si possono pagare le tasse anche in altre circostanze. Qualsiasi forma di reddito da occupazione nel Regno Unito può essere soggetta al pagamento di imposte, sia nel Regno Unito che nel paese di provenienza. Ciò dipende tuttavia da talune condizioni, per esempio lunghezza del periodo di tempo trascorso all'estero, circostanze dell'occupazione. Per ovviare a tale aspetto, tutti i paesi dell'UE hanno stipulato accordi reciproci in materia di dop-

pia imposizione fiscale per evitare di dover pagare le tasse due volte per lo stesso reddito. La tassa sul reddito viene percepita sul salario, su grafiche, su altre forme di entrate nel Regno Unito (profitti, affitti, dividendi, rendite e pensioni), uso dell'automobile, assicurazione malattia / vita a carico del datore di lavoro ecc. A seconda delle indennità, la tassa sul reddito è dell'ordine del 20%, 25% o 40%. In generale, se si risiede nel Regno Unito lo Stato preleva imposte sul reddito e sulle plusvalenze di capitale a livello mondiale. Il reddito imponibile è calcolato su base annuale. L'esercizio fiscale va dal 6 aprile al 5 aprile dell'anno successivo. Sono tassati solo i redditi superiori ad un ammontare minimo, che può essere elevato tenendo conto di fattori quali l'età e lo stato civile del contribuente. Anche le plusvalenze di capitale sono calcolate su base annuale e sono tassabili solo se superano un certo importo. Chi risiede nel Regno Unito è tenuto a dichiarare tutti i suoi redditi imponibili alle autorità tributarie. Tutte le informazioni relative ai contribuenti sono gestite dagli uffici locali delle imposte. La maggior parte dei contribuenti del Regno Unito pagano le imposte in base ad un sistema denominato "Pay as you Earn" (PAYE). Per tutti coloro che devono presentare tale dichiarazione il Regno Unito ha introdotto un nuovo sistema di valutazione fiscale noto come "autocertificazione". Secondo tale sistema il contribuente fornisce tutti i dettagli sul proprio reddito da lavoro e da capitale nella dichiarazione dei redditi e, successivamente, in base a questi dati viene determinato l'importo dell'imposta da pagare fatti salvi eventuali controlli ulteriori. Attraverso la PAYE, il datore di lavoro trattiene una percentuale del salario settimanale o mensile e la versa alle autorità fiscali. La maggior parte delle persone il cui contributo fiscale viene prelevato con questo sistema non deve compilare la dichiarazione del reddito. L'imposta dovuta può essere calcolata dalle autorità tributarie o dal contribuente stesso. L'imposta societaria viene fatta pagare sui profitti e i guadagni tassabili delle società a responsabilità limitata. I tassi di imposta si riferiscono ai profitti tra il 1° aprile di un anno e il 31 marzo dell'anno successivo. Una società i cui risultati contabili non abbiano una scadenza di fine-anno il 31 di marzo non rientrerà nei limiti di tempo dell'anno di tassazione. I profitti sono ripartiti tra gli anni fiscali in cui vengono guadagnati in base al periodo di tempo e sono tassati in base alla quota di imposta in quell'anno fiscale. Il tasso d'inizio per l'imposta societaria nel Regno Unito è del 10%, ed è considerato estremamente basso in confronto a varie altre nazioni europee. La tassa di bollo è una tassa sui documenti ufficiali, non sulle operazioni. I dazi principali si basano sul

valore dell' articolo che viene trasferito. L'esempio più adatto è quello della vendita, trasferimento o divisione dei terreni. La tassa si applica anche a premi di affitto e una versione speciale di tassa di bollo si applica ad operazioni azionarie. L'ufficio inglese delle tasse amministra la maggior parte delle tasse. La "VAT", la corrispondente IVA italiana, è un'eccezione ed è sotto il controllo dell' ufficio doganale e daziario reale. È una tassa sulle vendite e si applica a beni e servizi. Il tasso principale è del 17.5% ed è rimasto invariato per diversi anni. Un' attività commerciale deve essere registrata per la "VAT" quando il suo giro d'affari annuale supera le 54,000 lire sterline, ma un' attività può essere registrata volontariamente anche al di sotto di questo limite. Il "bilancio preventivo" annuale viene fatto dal Cancelliere dello Scacchiere davanti al parlamento, solitamente a marzo, ogni anno. Il bilancio stabilisce i tassi fiscali da applicare, gli abbuoni fiscali e i cambiamenti da apportare al funzionamento del sistema fiscale. L'anno fiscale va dal 6 aprile di un anno al 5 aprile dell'anno successivo. L'imposta sul reddito è applicata agli individui ed è una tassa sulle entrate totali dall' impiego, i profitti commerciali, i risparmi e gli investimenti. La tassa sulle plusvalenze è una tassa sui profitti o guadagni fatti nel comprare o vendere attività come titoli, azioni, antichità e proprietà. Si applica a individui e società, sebbene esistano norme diverse a seconda che si tratti di un individuo o di una società a responsabilità limitata. Per la tassa di successione lo scopo di questa imposta è tassare gli averi quando vengono trasferiti da una persona ad un' altra. Il caso più comune è alla morte, ma può anche essere applicata a doni fatti in vita. È una tassa insolita, in quanto è cumulativa durante tutta la vita di una persona. Esistono due tipi di quote per questa tassa: una per il passaggio in vita e l' altra per il passaggio alla morte. Per le imposte dirette sono previste speciali commissioni indipendenti composte da soggetti nominati dal Lord Cancelliere tra soggetti pratici di tributi ed avvocati lasciando così il contribuente di decidere se rivolgersi all'una o all'altra commissione. Per l'IVA (VAT) è previsto uno specifico tribunale. Contro le decisioni di questi organi è previsto un ricorso ad una "high court", un appello alla "court of appeal" e quindi alla "House of Lords".

**Grecia:** Il ricorso può essere proposto dopo che sia fallito il tentativo di bonario componimento con l'ufficio alla corte amministrativa di seconda istanza e finalmente al consiglio di stato competente per tutte le controversie di natura amministrativa. La valutazione dell'anno

d'imposta per i diversi contribuenti è l'anno civile. Le dichiarazioni dei redditi dello stipendio così come il trattamento pensionistico, devono essere presentate nel periodo compreso tra il 4 maggio e il 1 giugno dell'anno che segue quello in cui il reddito è stato prodotto: la data esatta dipende dall'ultima cifra di diversi numeri di matricola d'imposta del contribuente. Altri soggetti devono archiviare le loro dichiarazioni dei redditi fra il 1 e il 15 marzo durante l'anno di valutazione secondo l'ultima cifra del loro numero di matricola specifico di imposta. Se la parte di reddito totale è derivata da un'attività di natura commerciale, per la quale era richiesta la tenuta dei libri "double entry" e il loro esercizio finanziario si è concluso in novembre o in dicembre, allora la data è più tarda ed è compresa fra il 16 e il 30 aprile. Tutti i soggetti che percepiscono reddito, devono dichiararlo all'interno della loro dichiarazione e possono dedurre tutte le spese permissibili compresi i permessi personali e le tasse ritenute alla fonte. Gli individui che percepiscono un guadagno di 6000 euro non sono tenuti a presentare la dichiarazione. Le amministrazioni fiscali per il calcolo del reddito vanno a considerare diversi elementi: l'acquisizione di case, l'affitto ritenuto o reale, le spese di manutenzione dell'automobile. Se il reddito così ottenuto non supera il reddito dichiarato dal contribuente del 20%, le amministrazioni fiscali devono accettare come reddito finale, l'importo dichiarato dal contribuente. Il contribuente può mettere in discussione quanto è stato disposto dall'ufficio impositore se può fornire la prova che il suo "spending" deriva da altre fonti "non taxable".

**Irlanda:** L'ufficio non può riesaminare gli atti ma il reclamo deve essere indirizzato ad una speciale commissione composta da funzionari a tempo pieno nominati dal Ministero delle Finanze. La Commissione può ridurre, confermare, o aumentare l'accertato. La decisione può essere riesaminata da un giudice della corte circoscrizionale quindi da una alta corte e quindi dalla corte suprema per motivi di diritto. Così come accadeva in Italia fino al 1972 quando le vecchie Commissioni tributarie italiane rintracciata una materia imponibile superiore a quella accertata dall'ufficio e documentata negli atti del processo potevano rinviare l'avviso di accertamento perché l'ufficio tributario ne producesse uno nuovo. L'Irlanda risponde ad un sistema fiscale di "auto tassazione". Gli ispettori pubblicano i modelli della dichiarazione che i contribuenti dovranno presentare entro il 31 ottobre che segue la conclusione dell'anno relativo di imposta. Saranno specificati al suo interno i dettagli completi

del reddito, dei guadagni, e dei reclami per rilievo così come tutto il capitale fisso acquisito durante l'anno di imposta. Sulle informazioni fornite dal contribuente, l'ispettore può effettuare tutte le inchieste necessarie per convincersi dell'esattezza dei dati forniti dal contribuente. Anche le istituzioni finanziarie e gli agenti che curano gli interessi dei contribuenti sono tenuti sotto controllo e devono segnalare l'eventuale apertura di conti bancari stranieri. Per le persone che intendano operare nel commercio, l'apertura di un esercizio commerciale è subordinata al fatto che il richiedente abbia aderito ai suoi obblighi di imposta. Un ufficio criminale speciale dei beni è stato creato nel 1996, composto dai funzionari dei commissari del reddito, dal "Gardia Siochana" (polizia irlandese) e dal reparto di benessere sociale. Compito dell'ufficio è quello di identificare i beni criminali provenienti da attività illecite e di darne immediatamente notizia all'ufficiale competente.

**Lussemburgo:** L'ordinamento statale del Lussemburgo prevede che l'organo chiamato a svolgere funzioni consultive in materia legislativa e amministrativa sia il Consiglio di Stato e ad esso viene affidata la risoluzione di tutte le controversie di carattere burocratico mentre altri organi di rilievo costituzionale (Consiglio economico e sociale, Consiglio nazionale per gli stranieri e Camere professionali) sono chiamati periodicamente a esprimere pareri su progetti specifici di legge. L'organizzazione della giustizia è di tipo verticistico e l'organigramma è strutturato secondo una ripartizione di indirizzo. In particolare nella posizione apicale dell'ordinamento giudiziario figura la Corte Costituzionale che decide sulla conformità delle leggi al dettato costituzionale con la sola eccezione per quelle di approvazione dei trattati internazionali. Gli organi giudiziari sono invece rappresentati, in ordine di importanza, dalla Corte superiore di giustizia, suddivisa in Corte di Cassazione, Corte d'Appello e ufficio del pubblico ministero, dai tribunali circoscrizionali competenti in materia civile e commerciale, dai giudici di pace (tre con sede in Lussemburgo, Esch sur Alzette e Diekirch) e competenti a deliberare su tutte le controversie non superiori a 750 euro in prima istanza e a 10mila euro in appello. Seguono poi il Consiglio arbitrale e il Consiglio superiore di previdenza sociale che giudicano, rispettivamente in prima istanza e in appello, in materia giuslavoristica. Gli organi amministrativi sono invece rappresentati dal Tribunale amministrativo e dalla Corte amministrativa. Il primo delibera innanzitutto su questioni che ri-

guardano gli interessi privati relativamente alle decisioni amministrative che, per legge o regolamento, non prevedono altro tipo di ricorso ed è competente anche in materia di controversie relative alle imposte dirette e alle tasse comunali. Le decisioni del Tribunale amministrativo sono impugnabili dinanzi alla Corte amministrativa che è giudice di secondo grado anche per le decisioni in materia regolamentare. L'accertamento relativo alle imposte che il contribuente è tenuto a pagare può essere impugnato nel termine di tre mesi dinanzi al tribunale amministrativo e quindi dinanzi alla corte amministrativa. Se nessuna decisione viene presa entro 6 mesi dopo che il reclamo è stato archiviato, il contribuente può inoltrare il suo reclamo davanti alla corte amministrativa. Contro quest'ultima decisione è ammesso l'appello alla Corte d'Appello amministrativa.. Per quanto riguarda il termine di presentazione delle dichiarazioni annuali di reddito si sottolinea che in caso di cambiamento di residenza produce l'effetto di spaccare l'anno civile in due esercizi fiscali: un primo esercizio inerente alla responsabilità limitata d'imposta e un secondo sulla responsabilità illimitata: queste due parti sono tassate esclusivamente in modo che il reddito che appartiene ad ogni parte può trarre beneficio della tassa che si applica ai redditi bassi. Se al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi il contribuente fornisce la prova che il reddito che ha ricevuto mentre risiedeva all'estero è stato più basso della media di quanto percepiva in Lussemburgo, la tassa ritenuta eccedente viene rimborsata.

**Olanda:** Il contribuente non soddisfatto dell'esito della domanda di revisione dell'accertamento può ricorrere alla corte dei reclami e quindi alla suprema corte (Hoge Raad): non esiste un vero giudice tributario. Dopo la chiusura delle indagini, la Corte d'Appello deve rendere la relativa decisione scritta in 6 settimane. In circostanze straordinarie, questo periodo è prorogato di altre 6 settimane. La corte d'appello può anche rendere un'adecisione orale a seguito dell'udienza.

**Portogallo:** Il ricorso può essere proposto alla Tax Court di prima istanza, quindi alla corte amministrativa centrale ed infine alla suprema corte amministrativa: in questo stato sono presenti tre gradi di amministrazione della giustizia. Gli eventuali appelli proposti hanno l'obiettivo di ottenere una sentenza che renda invalide le decisioni amministrative o di impedirne l'applicazione.

forma di partecipazione “debole”, siano il frutto di attuazione di direttive comunitarie (è questo il caso della disciplina del trasferimento d'azienda, della disciplina dei licenziamenti collettivi).

Le iniziative dell'Unione europea verso l'implementazione della partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa si sono sviluppate in una duplice direzione: la prima afferente alle relazioni industriali, la seconda al diritto societario.

L'eterogeneità dei modelli partecipativi presenti tra i diversi Stati membri ha tuttavia condotto le istituzioni comunitarie a modificare le proprie tecniche di intervento nel corso degli anni, oltre a determinare il rallentamento dei numerosi progetti di riforma.

In Europa convivono, infatti, sistemi di relazioni industriali a canale doppio (presenti, ad esempio, in Germania e Francia), dove nelle imprese è presente una rappresentanza di natura elettiva cui si affianca il sindacato esterno e sistemi a canale unico (come quello presente in Italia, che tuttavia a partire dal 1993 ha introdotto una dimensione a carattere elettivo)<sup>22</sup>. Sul fronte poi, dei modelli di società, si contrappongono sistemi dualistici e sistemi monistici, in cui le funzioni di vigilanza e decisione fanno capo ad un unico consiglio di amministrazione.

Questa estrema diversità ha condotto alla moltiplicazione delle direttive europee sulla partecipazione, che, a partire dal progetto Vredeling del 1980 si sono orientate, più concretamente, verso la previsione di meccanismi di opzione da parte degli Stati membri<sup>23</sup>.

Anche grazie all'impulso rappresentato dall'allargamento delle competenze in materia di politica sociale - ricevuto dall'Accordo sulla politica sociale annesso al Trattato di Maastricht e dalla più decisiva svolta rappresentata dal Trattato di Amsterdam - l'Unione europea è oggi dotata di numerose direttive in materia di partecipazione dei lavoratori alle decisioni dell'impresa.

La prima in ordine cronologico è la direttiva 94/45/CE (attuata in Italia dall'Accordo interconfederale del 27 novembre 1996) che prevede l'istituzione di Comitati aziendali europei o procedure di consultazione

<sup>22</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *Informazione e consultazione nell'impresa: ricognizione comparative*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 1983, p. 43 ss.; T. Treu, *Cogestione e partecipazione*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 1989, p. 597 ss.

<sup>23</sup> Cfr. R. BLANPAIN, *The Vredeling proposal*, Deventer, Kluwer, 1983.

nelle imprese di dimensioni comunitarie<sup>24</sup>. Vi sono poi le direttive 2001/86/CE e 2003/72/CE che completano lo Statuto di società europea per quanto riguarda il coinvolgimento dei lavoratori, attuate in Italia, rispettivamente, dal d. lgs. 19 agosto 2005, n. 188 e dal d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 48<sup>25</sup>. Infine, vi è la direttiva quadro in tema di informazione e consultazione sindacale (direttiva 2002/14/CE), attuata in Italia dal d. lgs. 6 febbraio 2007, n. 25.

Ciò che caratterizza questi interventi normativi è il carattere prettamente “opzionale”: l’Unione europea non impone agli Stati membri alcun modello di partecipazione, che può realizzarsi mediante l’istituzione di un apposito organo o con l’attribuzione di diritti di informazione e consultazione. Inoltre, tutte queste direttive consentono espressamente di pervenire agli obiettivi perseguiti dall’ordinamento comunitario mediante lo strumento negoziale (si parla di “delegazione speciale di negoziazione”).

La direttiva 2002/14/CE si caratterizza rispetto alle altre per l’ampiezza della portata e le scelte compiute in punto a tecniche regolative. All’interno di essa si definiscono, infatti, una serie di obiettivi, cui deve pervenire la disciplina della partecipazione adottata dagli Stati membri, ma non si riscontrano indicazioni circa i modelli partecipativi da prescegliere per realizzare gli obiettivi posti a livello comunitario. Le linee di intervento della direttiva possono essere così sintetizzate: vengono indicati i principi di fondo, riassumibili nel principio di “efficacia” cui la partecipazione deve tendere; vengono elencate una serie di modalità con cui pervenire a tale partecipazione efficace (art. 4); si aggiunge però che le parti sociali possono pervenire a tale risultato anche con modalità diverse da quelle indicate all’art. 4.

Attraverso una regolazione per obiettivi, tipica delle tecniche di *soft law* con cui l’Unione europea interviene in materia di politica sociale a partire dal Trattato di Amsterdam, sembra realizzarsi nel senso più compiuto il principio di sussidiarietà<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Cfr. F. GUARRIELLO, *Le funzioni negoziali del Comitato aziendale europeo tra modello normativo e costituzione materiale: prime riflessioni*, in *Lav. dir.*, 2005, p. 631 ss.

<sup>25</sup> Cfr. G. ARRIGO, *Coinvolgimento dei lavoratori e direttive 2001/86 e 2003/72*, in AA. VV. *Europa e democrazia industriale. Il coinvolgimento dei lavoratori nell’impresa europea*, Ediesse, Roma, 2005; F. GUARRIELLO, *La partecipazione dei lavoratori nella società europea*, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2003, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Su cui v. per tutti M. BARBERA, *Dopo Amsterdam, I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, 2000.

## **6. Il perseguimento degli obiettivi dell'Unione Europea realizzato dal d.lgs. n. 25/2007. Il campo di applicazione della disciplina**

La sinteticità della direttiva comunitaria ha prodotto, nel decreto italiano di attuazione, contenuti essenziali, per non dire addirittura scarni, in omaggio ad una esplicita strategia di rinvio alla fonte collettiva, prefigurata, peraltro, dall'avviso comune per il recepimento della direttiva del 27 novembre 2006, in cui le parti sociali hanno dettato le linee guida di raccomandazione a Governo e Parlamento per l'attuazione del disposto comunitario. L'apertura del testo normativo esprime immediatamente questa intenzione, rinviando al contratto collettivo le *modalità* dell'informazione e consultazione, per garantire l'efficacia dell'iniziativa, nello spirito del "contemperamento" di interessi tra impresa e lavoratori e della "collaborazione" tra datore di lavoro e lavoratori.

Ora, a prescindere dai significati che possono attribuirsi all'evo- cazione del concetto di collaborazione<sup>27</sup>, è necessario anzitutto fissare i contenuti del decreto legislativo, con riferimento al campo di applicazione dello stesso, all'oggetto degli obblighi di informazione e consultazione e ai rimedi previsti in caso di violazione di tali obblighi.

L'applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 25/2007 è limitata alle imprese che impiegano almeno 50 lavoratori (art. 3), fatte salve le disposizioni transitorie che limitano l'applicazione del decreto alle imprese con almeno 150 dipendenti fino al 23 marzo 2007 e alle imprese che impiegano almeno 100 lavoratori, nel restante periodo fino al 23 marzo 2008 (art. 9). La nozione di impresa prescelta dal legislatore ai fini dell'applicazione

<sup>27</sup> Per non sfociare in un vero e proprio ossimoro, data l'inconciliabilità, nei sistemi democratici, tra collaborazione e conflitto, il concetto di "collaborazione" utilizzato dal d. lgs. n. 25/2007 può essere letto alla luce del rinnovato quadro di relazioni industriali tratteggiato dall'Unione europea, incline a promuovere il coinvolgimento dei lavoratori nella gestione delle imprese (cfr. L. ZOPPOLI, *Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese*, in atti del convegno Aidlass, "Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese", Lecce, 27-28 maggio 2005, Giuffrè, 2006, p. 203 ss.). Risulta allora completamente deviante l'accostamento del concetto di collaborazione qui espresso a quello utilizzato dall'art. 46 Cost., che pure parla del diritto dei lavoratori a "collaborare....alla gestione delle azienda" visto che la norma costituzionale non si riferisce ai diritti di informazione e consultazione ma a veri e propri modelli partecipativi (sul punto, che verrà ripreso in seguito, cfr. M. PEDRAZZOLI, *Partecipazione, costituzione economica e art. 46 della Costituzione. Chiose e distinzioni sul declino di un'idea*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, I, p. 451.)

cazione di questa disciplina si ricava dall'art. 2, che ricomprende, in senso ampio, "le imprese pubbliche e private situate in Italia, che esercitano un'attività economica, anche non a fine di lucro".

Posto che, per la definizione della soglia numerica occupazionale, il decreto rinvia al numero medio ponderato mensile dei lavoratori impiegati negli ultimi due anni (art. 3, comma 2, d. lgs. n. 25/2007) ed è quindi possibile far riferimento all'elaborazione giurisprudenziale già formatasi con riferimento alla l. n. 223/1991<sup>28</sup>, il più rilevante problema interpretativo resta quello delle c.d. organizzazioni di tendenza, ovvero di quei datori di lavoro che perseguono, senza fine di lucro, finalità di carattere politico, sindacale, culturale, educativo o religioso, i quali possono essere organizzati, nel nostro ordinamento, anche in forma non imprenditoriale (v. ad esempio, la definizione di organizzazione di tendenza contenuta nell'art. 4, l. n. 108/1990 e ripresa testualmente dall'art. 24, comma 1 ter della l. n. 223/1991 in materia di licenziamenti per riduzione di personale<sup>29</sup>).

Ora, l'art. 2 d. lgs. n. 25/2007 parla di imprese (cui non è richiesto, abbiamo visto, l'esercizio dell'attività economica per un fine di lucro) e di datori di lavoro (definiti come "persone fisiche o giuridiche che esercitano un'attività economica organizzata in forma di impresa, anche se non a fine di lucro"). Vi è poi l'art. 3 del decreto, che, con una trasposizione quasi letterale della direttiva comunitaria, fa salve eventuali procedure specifiche di informazione e consultazione già esistenti nel diritto nazionale e applicabili alle organizzazioni di tendenza (qui definite come "datori di lavoro che perseguono direttamente e principalmente fini politici, di or-

<sup>28</sup> In realtà la l. n. 223/1991 si riferisce esplicitamente all'organico medio dell'ultimo semestre solo all'art. 1, ai fini cioè dell'applicazione della disciplina sulla Cassa integrazione guadagni, mentre tace sui criteri di applicazione della disciplina dei licenziamenti collettivi, lasciando aperta la questione (per la giurisprudenza, nel senso dell'estensione dei criteri di cui all'art. 1, l. n. 223/1991 v. Cass. 12 novembre 1999, n. 12592, *Rit. it. dir. lav.*, 2000, II, 376, con nota di Bartalotta; Cass. 9 dicembre 1999, n. 13796, *Foro it.*, 2000, I, 1225; per l'applicazione in via analogica del criterio dell'organico oggettivo, utilizzato per il computo dei dipendenti ai fini dell'applicazione della disciplina dei licenziamenti individuali, v. Cass. 24 febbraio 2003, n. 4274, *Lav. giur.*, 2003, 1033, con nota di Ferrati).

<sup>29</sup> Come modificato dal d. lgs. n. 110/2004, che – a seguito della sentenza di condanna della Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGCE 16 ottobre 2003, C-32/02, *Mass. giur. lav.*, 2003, 928, con nota di Maretti) ha esteso il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti per riduzione di personale ai datori di lavoro non imprenditori, prevedendo, tuttavia, un regime differenziato per le organizzazioni di tendenza.

ganizzazione professionale, confessionali, benefici, educativi, scientifici o artistici, nonché fini d'informazione o espressione di opinioni")<sup>30</sup>.

Come è noto, la qualifica di imprenditore non richiede il perseguimento del fine lucrativo, purchè l'impresa agisca con metodo "economico", ovvero al fine di perseguire il tendenziale pareggio tra costi e ricavi, non inerendo alla qualifica di imprenditore l'esercizio di attività allo scopo di produrre ricavi eccedenti i costi<sup>31</sup>. Si deve quindi ritenere che le organizzazioni, pur portatrici di una "tendenza" che, tuttavia, esercitano la propria attività in forma imprenditoriale, anche senza scopo di lucro, siano soggette all'applicazione della disciplina introdotta con il decreto legislativo n. 25/2007, salva la presenza di discipline specifiche di informazione e consultazione. Ciò non vale, tuttavia, per tutte le c.d. organizzazioni di tendenza, visto che, in assenza di una definizione generale di organizzazioni di tendenza<sup>32</sup>, non pare possibile far rientrare nel campo di applicazione della disciplina le organizzazioni prive di un'organizzazione imprenditoriale.

Il limite dimensionale di 50 dipendenti si presenta comunque nettamente inferiore a quello fissato dai contratti collettivi già esistenti che disciplinano diritti di informazione e consultazione sindacale – peraltro fatti salvi espressamente dall'art. 4 del decreto legislativo -. Con il nuovo e più contenuto limite dimensionale dovranno pertanto confrontarsi i nuovi contratti collettivi, cui la legge rinvia per le sedi, i tempi, i soggetti, le modalità e i contenuti dell'informazione e della consultazione.

## **7. Segue. L'oggetto dell'informazione e consultazione sindacale**

Nonostante il rinvio all'autonomia collettiva, il decreto legislativo fissa una serie di obiettivi sia con riferimento ai contenuti che con rife-

<sup>30</sup> In realtà, se si escludono le vicende del settore pubblico (per cui v. artt. 9 e 44 d. lgs. n. 165/2001), non sono riscontrabili discipline specifiche sull'informazione e consultazione sindacale nelle imprese che perseguono fini altri da quelli tipici dell'impresa commerciale

<sup>31</sup> V. per esempio la nota Cass. S.U. 11 aprile 1994, n. 3353, *Giur. it.*, 1994, I, 1, 1425, con nota di Fantone, che si riferisce ad un istituto d'istruzione gestito da una congregazione religiosa.

<sup>32</sup> Sulle organizzazioni di tendenza v. F. SANTONI, *Le organizzazioni di tendenza e i rapporti di lavoro*, Milano, 1983; M. PEDRAZZOLI, *Tutela della tendenza e "tendenzschutz"*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1987, 749; P. OLIVELLI, *Le organizzazioni di tendenza e la Cassazione*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 237; V. BAVARO, *Ideologia e contratto di lavoro subordinato*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2003, 193.

rimento alle modalità dell'informazione e della consultazione sindacale.

I contenuti del coinvolgimento dei lavoratori sono indicati in modo volutamente ampio e generico. Oltre all'andamento recente e a quello prevedibile dell'attività d'impresa e della sua situazione economica, sono incluse nell'oggetto dell'informazione e della consultazione "la situazione, la struttura e l'andamento prevedibile dell'occupazione" e le eventuali misure di contrasto in caso di rischi per i livelli occupazionali, nonché le decisioni dell'impresa che siano suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro.

Si può perciò ritenere che siano oggetto d'informazione e consultazione tutte le decisioni imprenditoriali in grado di incidere sulla situazione occupazionale, anche quelle che non rientrano nell'ambito della riduzione di personale, perché prodromiche al momento del ridimensionamento dell'impresa o perché prive dei requisiti quantitativi e qualitativi richiesti dall'art. 24, l. n. 223/1991. L'importanza della disposizione si comprende appieno se si considera che le vicende di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo restavano, fin'ora, escluse da ogni forma di consultazione sindacale: con il nuovo obbligo, i contorni procedurali nonché i meccanismi di controllo sui licenziamenti per motivi economici potranno modificarsi radicalmente. E ciò a maggior ragione se si combinano tra loro il punto b) ed il punto c) dell'art. 4, comma 3, laddove, oltre ai livelli occupazionali sono menzionate le decisioni dell'impresa suscettibili di comportare rilevanti cambiamenti dell'organizzazione del lavoro e dei contratti di lavoro<sup>33</sup>.

Ma quest'ultimo punto incide anche sulle dinamiche del governo sindacale di tutte quelle pratiche di decentramento produttivo che mirano ad esternalizzare porzioni del processo produttivo, tutte le volte in cui l'art. 2112 c.c. non risulti applicabile e il contratto collettivo non contenga disposizioni in merito<sup>34</sup>. Si può dire, infatti, che, con il d. lgs. n. 25/2007, qual-

<sup>33</sup> Cfr. sul punto, con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo L. NOGLER, *La discipline dei licenziamenti individuali nell'epoca del "bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, relazione al convegno AIDLASS, "Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro", Venezia, 25-26 maggio 2007, in *Dir. Lav. rel. Ind.*, 2007, p. 594 ss., secondo il quale, alla luce del nuovo d. lgs. n. 25/2007, il filtro sindacale resta l'unico "realmente, e credibilmente praticabile" sui licenziamenti economici individuali.

<sup>34</sup> Da tempo le decisioni imprenditoriali in materia di decentramento produttivo costituiscono oggetto di negoziazione tra le parti collettive, cfr. L. MARIUCCI *Il lavoro decen-*

siasi trasformazione dell'impresa in grado di incidere sull'organizzazione del lavoro viene sottoposta a controllo sindacale.

L'art. 5 è dedicato al delicato tema delle informazioni riservate dell'impresa e fissa dei limiti specifici agli obblighi di informazione e consultazione dei lavoratori, che si aggiungono alla disciplina sulla tutela dei dati personali di cui al d. lgs. n. 196/2003, la cui applicazione viene fatta salva dal decreto in commento. L'art. 5 d. lgs. n. 25/2007 contempla due tipi di informazioni riservate: quelle che sono state espressamente fornite in via riservata e qualificate come tali dal datore di lavoro o da chi lo rappresenta, che i rappresentanti dei lavoratori non sono autorizzati a rivelare né ai lavoratori, né a terzi (a meno che il contratto collettivo nazionale non autorizzi tale divulgazione a lavoratori o a terzi vincolati da un obbligo di riservatezza, previa individuazione delle relative modalità di esercizio da parte dello stesso contratto collettivo); e le informazioni che, per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive sono di natura tale da arrecare un danno o creare notevoli difficoltà al funzionamento dell'impresa, che sono escluse dall'obbligo di informazione e consultazione. È prevista, inoltre, la costituzione di una commissione di conciliazione per le contestazioni sulla natura delle notizie riservate e per la concreta determinazione delle esigenze organizzative in grado di limitare i diritti di informazione e consultazione sindacale<sup>35</sup>.

## **8. Segue. Le tecniche sanzionatorie**

Esaurita la fissazione degli obblighi e dei limiti della consultazio-

*trato. Discipline legislative e contrattuali*, Milano, 1979, p. 232 ss. F. SCARPELLI, *Interposizione ed appalto nel settore dei servizi informatici*, in MAZZOTTA (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 107 ss.; P. LAMBERTUCCI, *Area contrattuale e autonomia collettiva*, relazione al convegno AIDLASS "Diritto del lavoro e nuove forme di decentramento produttivo" (Trento, 4-5 giugno 1999), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1999, p. 277 ss.; M. T. CARINCI, *La fornitura di lavoro altrui*, Milano, 2000, p. 483 ss.; F. LUNARDON, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, p. 213 ss.

<sup>35</sup> È quindi affidata esclusivamente a questa commissione di conciliazione l'attuazione di una disciplina *ad hoc*, che riempia di contenuto le generiche indicazioni della direttiva comunitaria, in grado di disciplinare il delicato tema della protezione dei dati del datore di lavoro, auspicata da A. TROISI, *La "partecipazione" sindacale alle informazioni dell'impresa*, in atti del convegno Aidlass, "Rappresentanza collettiva dei lavoratori e diritto di partecipazione alla gestione delle imprese", cit., p. 385.

ne sindacale il decreto di attuazione della direttiva 2002/14/CE si sofferma sull'apparato rimediabile e, dopo aver assicurato, all'art. 6, ai rappresentanti dei lavoratori che vengono designati per le attività consultive, la medesima protezione e le stesse garanzie previste per i rappresentanti dei lavoratori dalle norme di legge o dalla contrattazione collettiva, individua, all'art. 7, i meccanismi sanzionatori che dovrebbe garantire l'effettiva applicazione delle disposizioni fissate nel decreto.

Le indicazioni sulle modalità dell'informazione della consultazione - per la cui concreta definizione si rinvia alla contrattazione collettiva - sono improntate al principio dell'effettività e riproducono quasi testualmente le indicazioni del legislatore comunitario. In particolare, l'informazione deve svolgersi secondo modalità di tempo e contenuto appropriate allo scopo ed idonee a permettere un esame delle informazioni adeguato, che consenta di preparare eventualmente la consultazione. Quest'ultima, oltre a svolgersi secondo modalità di tempo e contenuto appropriati allo scopo, deve coinvolgere livelli pertinenti di direzione e rappresentanza, deve permettere un incontro effettivo tra datore di lavoro e rappresentanze, sulla base delle informazioni fornite dal primo alle seconde e deve tendere alla ricerca di un accordo sulle decisioni del datore di lavoro.

Il diritto comunitario ha quindi voluto evitare che, per far fronte agli adempimenti imposti dalla direttiva, gli stati membri predisponessero una serie di obblighi formali di informazione e consultazione, senza tuttavia preoccuparsi dell'idoneità degli stessi ad incidere sui processi decisionali aziendali. Spetterà tuttavia alla contrattazione collettiva rendere concrete queste indicazioni in punto a effettività delle procedure di informazione e consultazione.

Nonostante queste indicazioni, l'intero apparato rimediabile è affidato all'efficacia delle sanzioni amministrative, modulate diversamente a seconda del tipo di violazione commessa, e affidato, per la sua esecuzione, alla Direzione provinciale del lavoro.

L'entità delle sanzioni è diversa a seconda che si tratti della violazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacale, punita con il pagamento di una somma da euro 3000 a euro 18000 per ciascuna violazione, o della violazione del divieto di divulgazione di informazioni riservate, punita con il pagamento di una somma da euro 1033 a euro 6.198.

### **9. Partecipazione debole e tecniche normative: note critiche sull'effettività dei rimedi**

A questo punto, si possono svolgere alcune considerazioni sulle tecniche regolative utilizzate in tema di informazione e consultazione, al fine di misurare l'effettività di questo strumento nel perseguire l'obiettivo di offrire ai lavoratori maggiori opportunità nella partecipazione alle decisioni dell'impresa. Fino a questa nuova stagione di interventi normativi sull'informazione e consultazione sindacale, rappresentata soprattutto da d. lgs n. 25/2007, gli strumenti con cui l'ordinamento italiano reagiva alla violazione degli strumenti di partecipazione - che abbiamo visto al par. 4, erano rappresentati soprattutto da diritto di informazione e consultazione sindacale - potevano essere condotti alla tutela di carattere inibitorio e si incentravano essenzialmente sull'azionabilità dell'art. 28 St. Lav.

L'applicazione di tale strumento alla violazione del diritto di informazione e consultazione sindacale è espressamente riconosciuta dalla legge nel caso del trasferimento d'azienda (art. 47, l. n. 428/1990, che, dopo la riforma del 2001, estende questa possibilità anche alla mera omissione di comunicazione ai sindacati del progetto di trasferimento). Dopo un ampio dibattito, l'applicazione dell'articolo 28 l. n. 300/1970 nei casi di violazione della parte obbligatoria dei contratti collettivi è, stata, poi, pacificamente riconosciuta da dottrina e giurisprudenza<sup>36</sup>.

Tale strumento pare dunque applicabile anche alle violazioni della disciplina prevista dal d. lgs. n. 2002/14/CE in aggiunta alle sanzioni amministrative previste dalla norma stessa.

Nonostante la valenza simbolica dell'includere la violazione degli obblighi di informazione e consultazione tra i comportamenti che integrano condotta antisindacale, l'utilizzo di un tale strumento sanzionatorio non si è mostrato efficace. La tecnica di cui all'art. 28 St. Lav. appare debole soprattutto nell'applicazione che attualmente riceve dalla giurisprudenza: è, infatti, prevalente tra i giudici l'opinione secondo la quale il provvedimento del giudice, nel rimuovere gli effetti della condotta antisindacale, debba arrestarsi alla sfera dei provvedimenti adottati nei

<sup>36</sup> Cfr per tutti T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, p. 80 ss; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, p. 345 ss; A. PERULLI, *I diritti di informazione*, Torino, 1991, p. 125 ss.

confronti dei lavoratori, senza potersi spingere all'invalidazione degli atti attraverso i quali si esprimono le scelte economiche dell'impresa<sup>37</sup>.

Ciò sembra porsi, tuttavia, in contrasto con le indicazioni fornite dalla direttiva 2002/14/CE in punto a sistema sanzionatorio: secondo le indicazioni della direttiva, l'informazione e consultazione dei lavoratori è volta a coinvolgere i lavoratori e le loro rappresentanze nell'evoluzione della situazione economica delle imprese, tenuto conto delle profonde trasformazioni che attraversano il tessuto produttivo. Gli Stati membri sono lasciati liberi di scegliere il modello partecipativo più adatto alle proprie strutture giuridiche e sociali, purchè, tuttavia, tale libertà si realizzi per giungere all'efficace perseguimento dell'obiettivo comunitario.

Il primato dell'efficacia si evince sia dall'individuazione delle modalità di esercizio dei diritti di informazione e consultazione, che devono intervenire secondo tempi e modi utili ad una effettiva partecipazione; sia dall'indicazione delle linee guida degli strumenti sanzionatori, che devono essere effettivi, proporzionati e dissuasivi, facendo pensare alla funzione preventiva della sanzione. Sono questi, pertanto gli obiettivi, alla luce dei quali occorre valutare l'effettività del sistema rimediabile italiano. E dinnanzi a tali, ambiziosi, obiettivi, le forme italiane della partecipazione dei lavoratori alla *governance* dell'impresa sembrano, oltre che deboli, scarsamente dotate di effettività.

<sup>37</sup> In materia di trasferimento d'azienda, per la tesi minoritaria che riconosce al giudice il potere di invalidare il negozio traslativo dell'azienda, cfr. A. PERULLI, *Il sistema dei rinvii all'autonomia collettiva: mercato del lavoro e trasferimento d'azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1992, p. 551 ss.; V. LUCIANI, *Il ruolo del sindacato nella nuova disciplina sul trasferimento di azienda*, in *Dir. rel. ind.*, 1993, p. 182 ss.; M. MISCIONE, *La procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 112 ss.; S. MAINARDI, *Trasferimento di imprese e tutela collettiva dei lavoratori nel diritto comunitario*, in *Lav. giur.*, 1994, p. 900 ss.; M. L. VALLAURI, *Trasferimento d'azienda e garanzie collettive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 140 ss; in giurisprudenza cfr. Pret. Pistoia, 13 aprile 1994, in *Foro it.*, 1995, p. 407 ss.; Pret. Lodi 28 luglio 1995, in *Or. giur. lav.*, 1996, p. 323 ss.; Pret. Milano 2 aprile 1996, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 75 ss.; Pret. Lecce 27 luglio 1998, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3313 ss.; è tuttavia prevalente la tesi che nega questo potere, cfr. P. LAMBERTUCCI, *Profili ricostruttivi della nuova disciplina in materia di trasferimento di azienda*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 159 ss.; A. MARESCA, *Tutela collettiva e garanzie individuali del lavoratore nel trasferimento di azienda*, in A.A.V.V., *Le trasformazioni aziendali in vista del mercato europeo*, suppl. *Not. giur. lav.*, Roma, 1992, p. 203 ss.; P. TOSI, *La nuova disciplina del trasferimento di azienda*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 786 ss.; R. ROMEO, *Il rapporto di lavoro nel trasferimento d'azienda*, Milano, 1993, p. 128 ss.; G. SANTORO PASSARELLI, *Ancora sul trasferimento di azienda*, in *Dir. lav.*, 1995, I, p. 145 ss. da ultimo LAMBERTUCCI, *Le tutele del lavoratore*, cit., p. 236; in giurisprudenza cfr. Pret. Udine, 9 agosto 1995, in *Lav. giur.*, 1996, p. 291 ss.

FRANCESCO D'AYALA VALVA

## Uno sguardo su alcuni sistemi tributari europei<sup>1</sup>

Dopo l'ampliamento della giurisdizione tributaria ai tributi di ogni genere e specie, comunque denominati<sup>2</sup> sorge spontaneo il desiderio di *affacciarci oltre confine*, per ricercare una prima impressione dei sistemi tributari oggi esistenti nella Unione Europea.

È certamente una legittima curiosità, anche perché, spesso, si parla della bontà di altri sistemi tributari, della facilità nel pagare le imposte in altri paesi, della minore esosità del fisco e della semplicità nel risolvere le controversie. Il tutto nel mal celato intento di legittimare<sup>3</sup> o meglio giustificare una sorta di innata propensione<sup>4</sup> a trattenere almeno una parte delle somme, che ci vengono richieste a titolo di "tributo di ogni genere e specie, comunque denominato"<sup>5</sup>.

Personalmente ritengo tutto ciò conseguenza della mancanza di "amore per i tributi"<sup>6</sup> ed il desiderio di distruggere tutto quello che li pos-

<sup>1</sup> Il presente lavoro deriva da un intervento al Congresso Nazionale dei Giudici tributari, tenuto a Napoli il 5 giugno 2007, e da alcune riflessioni con gli studenti del corso di "Sistemi tributari europei", tenuto nell'anno accademico 2006/2007 presso la Facoltà di Scienze Politiche dell'Università del Molise.

<sup>2</sup> D'AYALA VALVA F., *Il nuovo processo tributario in attesa di una revisione dopo l'ampliamento della giurisdizione tributaria*, il Fisco, 2006, n. 31, 4741.

<sup>3</sup> LUPI R., *Le illusioni fiscali*, il Mulino, 1996, 9, ricorda che "benché nessun popolo sia entusiasta delle proprie tasse, l'insofferenza e l'exasperazione verso il fisco italiano hanno oltrepassato i livelli di guardia. Il sistema fiscale scontenta tutti, viene considerato inefficiente e al tempo stesso iniquo". Trascorsi dieci anni dallo scritto la situazione non sembra mutata.

<sup>4</sup> Il Presidente del consiglio Prodi, presentandosi alle camere nel maggio 2006, enunciò tra le dichiarazioni programmatiche, alcuni capitoli della politica fiscale del nuovo governo, sintetizzabili nella lotta all'evasione identificata quale "male patologico".

<sup>5</sup> M. LEROY, *La sociologia dell'imposta*, Rubettino Università, Collana del dipartimento di diritto dell'economia, Istituto di diritto tributario dell'Università degli studi di Torino coordinata da Claudio Sacchetto, 2007, 49, ricorda che la fiscalità costituisce un'area di studio tradizionale dell'economia. Nell'ambito di tali studi il metodo della razionalità utilitaristica del contribuente pone il problema dell'interesse individuale a sottrarsi all'imposizione.

<sup>6</sup> La mancanza di amore per i tributi va intesa in relazione all'art. 2 della Carta Costituzionale. G. ALPA, *L'arte del giudicare*, Laterza, 1996, 92, trattando dei caratteri della solidarietà afferma che "trattandosi di espressione generica, allusiva, evocativa, la solidarietà è specificata con oggettivazioni: ora è riferita ai rapporti economici, ora a quelli sociali o

sa far ricordare<sup>7</sup>; una sorta di inconscia “*damnatio memoriae*”<sup>8</sup>, ove l’unico elemento da salvare è, forse, costituito dal “condono”<sup>9</sup>, formalmente disapprovato da tutti, anche sotto il profilo giuridico costituzionale<sup>10</sup>, ma sostanzialmente condiviso da coloro che se ne possono comunque giovare<sup>11</sup>, proprio per

familiari. Il suo significato conserva però pur sempre contorni imprecisi e sfumati. E tuttavia, logicamente, prima ancora che giuridicamente, solidarietà implica: un rapporto interindividuale, non potendosi dare solidarietà con o per se stessi (l’amore di sé è, per contro, espressione di individualismo, di separatezza, di autodifesa)” e, potremmo aggiungere, di egoismo. Infatti, nelle pagine successive (104 ss.), lo stesso Autore riconosce che “Ma oggi la mentalità più diffusa è aliena da spinte solidaristiche..... L’avvento di uno Stato federalista è auspicato per poter avvantaggiare le regioni più ricche e produttive rispetto a quelle più povere ed economicamente deboli; la ribellione fiscale è promossa per sottrarre gli abbienti al dovere di contribuzione per il sostenimento della spesa pubblica; ..... i programmi politici relegano la solidarietà alla manifestazione spontanea del “buon cuore” e predicano l’individualismo egoista e il liberismo selvaggio. Lo spazio per la solidarietà si sta pericolosamente restringendo e la sensibilità dell’interprete, in particolare del giurista, rischia di svanire, oppressa dall’indifferenza, dal conformismo, dalla sordità della classe politica e della coscienza sociale o dal corporativismo professionale.” Nello stesso senso vedi anche F. BIANCOFIORE F. SALVUCCI, *Alle radici della giustizia*, Città Nuova, Roma, 2000, 38; C. SACCHETTO, *Etica e fiscalità*, Dir. prat. trib., 2006, n. 3, I, 475. A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Giappichelli, 2005, 14, ricorda che l’essenza ed i tratti distintivi della fiscalità esprimono un livello minimo di “solidarietà”, corrispondente al mero riconoscimento dell’interesse comune e dell’esigenza di una distribuzione degli oneri connessi fra gli appartenenti alla collettività. F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, Padova, 1973, 59 ss.

<sup>7</sup> V.E. FALSITTA, *Fiscalità etica*, Università Bocconi ed., 2006, 108, riflettendo sull’ordinamento tributario tra sviluppo sociale ed economico, afferma che “il sistema di prelievo tributario, nell’immaginario generale, è percepito come mostruoso e i suoi modi odiosi” e che “meno si vede meglio è”.

<sup>8</sup> B. MORTARA GARAVELLI, *Le parole e la giustizia*, Einaudi, 2001, 183.

<sup>9</sup> C. PREZIOSI, *Il condono fiscale*, Giuffrè, Milano, 1987. L. Tosi, *Le predeterminazioni normative nell’imposizione reddituale*, Giuffrè, Milano, 1999, 407 ss. E. DE MITA, *Guida alla giurisprudenza costituzionale tributaria*, Giuffrè, 2004, pur riconoscendo che in base ai principi costituzionali il condono sarebbe illegittimo per violazione degli artt. 3 e 53 Cost., ricorda che per la Corte Costituzionale si tratta di istituto meramente procedimentale, che il contribuente è libero di chiedere, traendone beneficio (172/1986); un istituto che non pone problemi di parità di trattamento al suo interno (175/1986) e che, definendo la controversia già avviata, preclude la possibilità di continuarla (160/1990).

<sup>10</sup> E. FALSITTA G. FALSITTA, *Condoni e sanatorie tributarie*, *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Giuffrè, 2006, vol. II, 1216.

<sup>11</sup> I fruitori potenziali del condono non sono solo coloro che, scientemente, hanno evaso le norme tributarie, ma anche coloro che sono spinti ad aderirvi anche solamente al fine, più limitato, di non essere sottoposti a controllo (non voglio noie tributarie), pur ritenendo di poter affermare di essere una “candida anima fiscale”. Non va sottovalutata la potenziale spinta ad aderire al condono, costituita dall’incertezza sulla portata e sull’ambi-

gli effetti liberatori che comporta (scordiamoci il passato)<sup>12</sup>.

Il disamore per i tributi non è comunque un fenomeno prettamente italico, ma alberga, sia pure in varia misura, anche altrove. Le recenti notizie di stampa su tesoretti trovati in banche di Stati a minore pressione fiscale e l'appartenenza dei clienti ad un numero considerevole di Stati, evidenzia proprio l'aspetto potenzialmente evasivo di tali comportamenti, in relazione alla fiscalità del proprio paese.

La curiosità sui sistemi fiscali europei è presente anche nella dottrina<sup>13</sup> e nei manuali iniziano ad essere esaminati alcuni dei sistemi tributari europei. In assenza di disposizioni espresse contenute nel Trattato UE relativamente all'armonizzazione delle imposte dirette, un ruolo fondamentale in tale ambito è stato assunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

La mancanza di una armonizzazione tra sistemi fiscali probabilmente può derivare anche dall'incertezza sulla stessa concezione di tributo, e della relativa giurisdizione.

In questi anni si è assistito ad un ampliamento della giurisdizione tributaria, a colpi di pronunzie interpretative della giurisprudenza di legittimità, a riprova dell'assenza di un concetto univoco e definito di *tributo*. In particolare, la genericità dell'oggetto della giurisdizione tributaria, esteso a tutti i *tributi di ogni genere e specie comunque denominati* ha spinto la S.C. a ricondurvi, nel tempo, qualsivoglia prestazione che non trovasse *giustificazione in finalità punitive o fonte in un rapporto sinallagmatico tra prestazione e beneficio percepibile dal singolo*, sia quelle esplicitamente ri-

to di applicazione della norma e sulla soluzione finale, in caso di giudizio (G. PETRILLO, *Il doppio limite posto dall'affidamento legittimo nei confronti del legislatore e dell'attività amministrativa in materia tributaria*, Dir prat. trib., 2005, I, 287), nonché l'ulteriore aspetto della gravosità, anche economica, di una adeguata difesa, sia nel momento precontenzioso che in quello contenzioso. Sul punto L. PAGANETTO G. TRIA, *Dispute civili e sistema giudiziario: un'analisi economica del caso italiano*, in AA.VV., *Economia della giustizia*, Donzelli ed., Roma, 2005, 11, ricordano che un efficiente sistema giudiziario, caratterizzato da costi contenuti e da un'offerta adeguata per quantità e qualità di servizi giudiziari, rappresenta una condizione indispensabile per garantire e promuovere il buon funzionamento complessivo di un sistema economico e sociale.

<sup>12</sup> Da ultimo LUPI R. SCARLATA G., voce *Condoni e sanatorie fiscali*, Enc. Giur. Il sole 24 ore, Milano, 2007, vol. 3, 643, affermano che per evitare pregiudizi sugli anni futuri, un condono sarebbe conveniente, per l'erario, solo se fosse accompagnato da un "amnesia" (generale) invece che da un "amnistia", in modo tale da essere subito dimenticato.

<sup>13</sup> AMATUCCI A., *L'ordinamento giuridico della finanza pubblica*, Jovene, 2007

condotte nell'ambito della giurisdizione tributaria dall'art. 2 d.lgs. 546/1992 - come, ad esempio, i contributi per il S.S.N. (SS.UU. 123/06) - sia quelle riconducibili, per via interpretativa, alla categoria delle prestazioni aventi natura tributaria - come il canone RAI, qualificato *entrata tributaria*, in quanto *non commisurato alla possibilità effettiva di usufruire del servizio de quo* (SS.UU. 24010/07). All'opera di ampliamento disorganico dell'oggetto della giurisdizione tributaria ha, altresì, contribuito il Legislatore, che ha inserito tra gli atti impugnabili dinanzi alle Commissioni Tributarie il fermo e l'ipoteca, universalmente ritenuti *atti neutri*, svincolati dalla qualifica *tributaria* della pretesa patrimoniale ad essi sottesa. I confini della giurisdizione tributaria si sono, dunque, gradualmente sbiaditi, nell'incertezza di cosa sia un *tributo*, visto che l'art. 2 cit. ha assunto le sembianze di un mero contenitore, a raccolta di una eterogeneità di materie, soggette a continua stratificazione ed attribuite, progressivamente, al giudice tributario. La situazione *de qua* ha determinato la Consulta a segnare, con interventi correttivi, una battuta di arresto all'ampliamento convulso della giurisdizione tributaria, frenando la proliferazione di tendenze legislative ed interpretative volte ad enucleare nuove materie nell'oggetto tributario. Innanzitutto, dichiarando l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 cit., nella parte in cui stabiliva l'appartenenza alla giurisdizione tributaria delle controversie relative al COSAP (C.Cost. 64/08), la stessa ha specificato che l'inserimento, da parte del Legislatore, di una determinata materia nell'ambito dell'oggetto tributario non è determinante ai fini della sua effettiva qualificazione. Da ultimo, è, poi, intervenuta per frenare l'orientamento delle SS.UU. (ord. 3171/07), le quali avevano ritenuto che l'opposizione ad atti irrogativi delle sanzioni amministrative, emessi dall'A.F. per violazione degli obblighi di previdenza obbligatoria, rientrasse nell'ambito della giurisdizione tributaria, poiché, concernendo la violazione di norme previdenziali - di natura "tributaria", in quanto previste nell'interesse della collettività e non a beneficio *uti singulus* - di riflesso anch'esse dovessero ritenersi a *valenza tributaria*. La Consulta, interrogata sullo stesso argomento, ha assoggettato l'art. 2 cit. a dichiaratoria di incostituzionalità, nella parte in cui era devoluta al giudice tributario la competenza sulle *sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari*. La stessa ha, in tal modo, implicitamente negato validità alla tesi della natura tributaria delle sanzioni amministrative *de quibus*, in virtù di una correlazione con gli oneri previdenziali, intesi quali *tasse di scopo*; per altro verso, ha, così, inteso ridimensionare ulteriormente

l'ambito della giurisdizione tributaria, depurandolo da materie vagamente vicine al concetto indefinito di tributo. L'ampliamento della giurisdizione tributaria implica un deciso intervento legislativo, sia sul fronte della corretta identificazione dell'oggetto dello processo tributario, sia una sua urgente revisione. L'attuale struttura era disegnata in previsione di un più limitato numero di tributi e della presenza predominante dell'amministrazione tributaria centrale. La mancata attuazione di una riforma del processo, già prevista dalla L. 80/03, ma non realizzata, rende urgente una sua revisione nel rispetto dei principi del giusto processo.

Il mio intervento non potrà risolvere tali quesiti né potrò mutare l'attuale rapporto tra fisco e contribuente italiano, non ne ho la capacità; mi limiterò a tratteggiare gli altri sistemi tributari esistenti<sup>14</sup>, senza l'ambizione di essere esaustivo.

\*\*\*\*\*

Il profilo fiscale costituisce lo "zoccolo duro", sul quale ogni Stato non è disposto (ancora) a transigere<sup>15</sup>. La mancata condivisione ed approvazione della carta costituzionale europea è dipesa, in parte, dalla gelosia o timore di un intervento esterno sia nel sistema tributario che nello stesso processo tributario. Ogni Stato ha una sua tradizionale organizzazione giurisdizionale derivata a sua volta da differenti regimi processuali<sup>16</sup>.

Molto si è discusso sull'attuale sistema processuale tributario italiano, sulle recenti innovazioni e sulle prospettive future del giudice tributario italiano<sup>17</sup> ed è forse giunto il momento di volgere lo sguardo oltre le alpi, al fine di cominciare a saggiare il terreno, avendo sullo sfondo la certezza della necessità di tutele processuali tributarie analoghe, certamente per l'IVA, ma anche per l'intero sistema tributario di una comunità europea.

<sup>14</sup> Un più approfondito ed aggiornato studio potrà essere effettuato su *European tax hand book 2006*, IBFD, Amsterdam, 2006 al quale rinvio per dati più tecnici.

<sup>15</sup> Su alcune questioni sulla concorrenza fiscale vedi l'interessante saggio di HECKLY C, *Fiscalità et mondialisation*, L:G:D:J, 2006.

<sup>16</sup> Sul punto rinvio a BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna, 2006, nonché PADOA-SCHIOPPA A., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, il Mulino, Bologna, 2003.

<sup>17</sup> Sul punto vedi da ultimo AA.VV., *Giusto processo tributario e professionalità del giudice*, a cura di Ennio Fortuna, Atti convegno nazionale Venezia 22-23 ottobre 2004, Cedam, 2006, ed ivi il mio *Il giudice tributario agli albori del terzo millennio*.

Va sottolineato che nel processo tributario italiano trova una importante attuazione della norma costituzionale in merito alla previsione di sopravvivenza di “giudici speciali” ed alla partecipazione del popolo nella veste di cittadino *idoneo* alla gestione della giustizia.

La giurisdizione tributaria europea presenta delle caratteristiche proprie e del tutto peculiari per ogni stato; dall'esame di alcune normative sostanziali europee emerge una sorta di allineamento a quella italiana, soprattutto riguardo alla tipologia dei “tributi locali”. Dall'analisi dei sistemi tributari europei potrebbero nascere una serie di riflessioni anche su come gestire al meglio i tributi e a quale giudice affidare le eventuali controversie in materia<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina dei tributi locali, in Italia fino al 1972 era in vita un processo tributario specifico ed il rapporto di maggiore vicinanza del cittadino agli uffici finanziari era molto più sentito. Il crescente sviluppo dei tributi locali fa ipotizzare proprio la necessità di ristabilire una situazione di carattere processuale, che sia più attenta e vicina al cittadino, così come avveniva in passato. Un ausilio importante verso questo orientamento arriva dallo stato svizzero, che prevede un modello per i tributi locali: La Svizzera, infatti, essendo suddivisa in cantoni, sente molto vivo il significato del tributo locale. Sussiste in questo stato, “il tributo locale cantonale” e spiccata è la sensibilità di questo paese verso i profili localistici, con l'obiettivo di gestire al meglio le proprie risorse e contribuire alla spesa pubblica con risorse locali e con tributi e tribunali anch'essi locali. Le perplessità su tale sistema nascono dal fatto che questo eccesso di localizzazione ha portato la Svizzera ad avere per ogni cantone delle procedure differenziate a seconda della varietà dei tributi.

Il quesito è: cosa accadrà per gli altri stati europei e sarà possibile pensare ad un giudice fiscale uguale per tutti, per un processo più comune, così come tendenzialmente più comuni stanno diventando i tributi? Si pensi, ad esempio, all'IVA che è un tributo uguale per tutti gli stati e al fatto che in Inghilterra si è creato proprio un giudice per l'Iva, per la VAT, e allora questa considerazione ci sarà utile per analizzare il fenomeno e proporre un quadro giurisdizionale più omogeneo. Va comunque tenu-

<sup>18</sup> M. AUJEAN, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale*, in AA VV, *Per una costituzione fiscale europea*, a cura di Adriano Di Pietro, Cedam, 2008, 9.

to presente che l'ampiezza del territorio ed il numero dei contribuenti incide sia sul sistema tributario di ogni singolo stato sia sulla stessa tutela accordata al cittadino.

Altro aspetto comune tra le giurisdizioni dei vari processi tributari europei è l'attenzione a due specifiche figure e cioè l'"elusione fiscale" e la "frode fiscale", oggetto di sensibile, difforme, considerazione in molte normative europee, proprio perché rappresenta un fenomeno altamente lesivo del rapporto tra cittadino e stato.

\*\*\*\*\*

**Austria:** Il ricorso del contribuente può essere presentato allo stesso ufficio che ha emesso l'atto contestato, che può decidere direttamente o trasmettere la questione alla direzione regionale, organo di amministrazione superiore. Per l'imposta "corporate incom tax" è prevista una Corte dei Reclami all'interno della Direzione regionale. Si può asserire che l'Austria ha una struttura sostanzialmente amministrativa del processo tributario che, tuttavia, non costituisce una organizzazione differente. Contro la decisione è previsto un ricorso per motivi di diritto alla Suprema Corte amministrativa in Vienna. Le decisioni di questo ultimo organo possono essere sottomesse al giudizio della Corte Costituzionale per questioni prettamente costituzionali. Volendo tracciare alcuni profili in ordine al sistema austriaco di imposta sul reddito si può notare che la valutazione sull'imposta viene fatta dall'ufficio di imposta che è lo stesso organo preposto alla loro definizione a conclusione dell'anno finanziario e procedendo sulla base delle dichiarazioni presentate dai singoli contribuenti entro il 31 marzo: è ammessa tuttavia una proroga di 12 mesi qualora il contribuente venga assistito da un consulente in materia. Se il contribuente realizza, durante l'anno, un reddito inferiore a quello degli anni precedenti, può fare domanda per una riduzione dei pagamenti. L'ufficio finanziario potrà comunque esaminare tutte le dichiarazioni presentate e fare tutte le inchieste che desidera. Il datore di lavoro è tenuto a rimettere l'imposta sul reddito dovuta ai suoi impiegati, come pure i contributi sociali ritenuti dagli stipendi su una base mensile. Infine si precisa che in Austria, a livello locale, è previsto il versamento obbligatorio dell'imposta sui salari (*Kommunalsteuer*), secondo l'aliquota del 3 per cento sul monte complessivo dei salari versati ai dipendenti. Sono soggette a tale obbligo non soltanto le società di diritto locale, ma anche le stabili organizzazioni di

società estere. In ogni caso, l'imposta sui salari è deducibile dall'imposta sui redditi. Nel caso in cui gli uffici d'imposta si trovino nella posizione di dover accertare il reddito relativo ad un'associazione straniera, viene trattenuto dall'erario il 20% finché le amministrazioni fiscali non abbiano avuto conoscenza dell'identità dei soci stranieri. Gli aspetti fiscali e societari a cui un soggetto economico deve conformarsi qualora voglia intraprendere un'attività commerciale in Austria si precisa che le società che hanno la propria sede legale o amministrativa in Austria sottopongono a tassazione in Austria sia i redditi conseguiti sul territorio nazionale sia quelli conseguiti all'estero.

Le società estere invece sono tassate soltanto in relazione ai redditi d'impresa imputabili ad una stabile organizzazione nel territorio austriaco. La riforma fiscale del 2005 ha comportato in Austria una riduzione del carico fiscale in capo alle imprese operanti sotto forma di società di capitali (l'imposta sulle persone giuridiche IRPEG è passata dal 34% al 25%). Sussiste altresì l'obbligo di versare un'imposta minima (minimum tax) nella misura di: Euro 1.750,00 per anno per le s.r.l. e di Euro 3.500,00 per anno per le s.p.a indipendentemente dal risultato d'esercizio. Nel caso in cui la società si trovi in perdita, i versamenti minimi costituiscono un credito d'imposta per gli esercizi in cui la società produrrà utili. La riforma fiscale ha inoltre introdotto un innovativo sistema di tassazione di gruppo sia a livello nazionale che internazionale. Questo sistema permette a livello di gruppo di definire una sola base imponibile per tutte le società appartenenti al gruppo, con eventuale compensazione delle perdite, anche oltre confine, e degli utili delle varie società. La legislazione austriaca in materia di IRPEF differenzia fra le persone fisiche aventi in Austria la propria residenza o che comunque vi soggiornino per un periodo superiore ai 6 mesi, definiti come soggetti illimitati d'imposta, e le persone che non siano quivi residenti o vi soggiornino per un periodo inferiore ai 6 mesi, definiti come soggetti limitati d'imposta. I primi hanno l'obbligo di sottoporre in Austria a tassazione sia i redditi conseguiti sul territorio nazionale sia quelli conseguiti all'estero. I secondi sottopongono a tassazione in Austria solamente i redditi maturati sul territorio nazionale. Per quanto riguarda i trattati sottoscritti con l'Italia, sembra precipuo ricordare la Convenzione tra la Repubblica Italiana e l'Austria per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio, firmata a Vienna il 29 giugno 1981, ratificata con Legge n. 762 del 18 ottobre 1984 ed entrata in vigore il 6 aprile 1985; l'accor-

do per lo scambio di informazioni firmato a Roma il 5 aprile 1985; l'accordo per l'effettuazione di verifiche fiscali simultanee firmato a Roma il 21 ottobre 1987.

Le persone fiscalmente residenti in Austria sono assoggettate a imposizione per tutti i redditi prodotti su base mondiale; i soggetti non residenti sono invece tenuti a versare l'imposta per i soli redditi conseguiti in Austria. Ai fini dell'applicazione dell'imposta sui redditi (*Einkommensteuer*), una persona fisica viene considerata fiscalmente residente in Austria quando ha il suo domicilio ovvero soggiorna abitualmente all'interno del territorio dello Stato. In particolare, secondo le disposizioni austriache, il domicilio è il luogo in cui una persona occupa un immobile, le cui condizioni, unitamente ad altre circostanze, fanno oggettivamente presumere che si tratta dell'abitazione principale del soggetto. In ogni caso, vengono considerate residenti in Austria le persone che risultano aver trascorso nel Paese, in modo continuativo, un periodo di almeno sei mesi nel corso di un anno, fatte salve le diverse disposizioni contenute nei trattati contro le doppie imposizioni applicabili. La metodologia di calcolo dell'imposta avviene mediante l'applicazione delle aliquote progressive per scaglioni di reddito che vanno dallo 0 al 50 per cento. In ogni caso, la normativa consente ulteriori detrazioni correlate alla situazione personale del contribuente, come ad esempio particolari detrazioni per i lavoratori dipendenti, i pensionati, i carichi di famiglia e le famiglie monoreddito. Per quanto riguarda gli ammortamenti, l'unico metodo ammesso dalla normativa austriaca è quello a "quote costanti" sulla base degli anni di utilizzo economico del bene, con l'applicazione di aliquote individuate dalla prassi amministrativa. L'imposta sui redditi delle persone giuridiche è calcolata in riferimento ad un'unica aliquota del 34 per cento. Tuttavia, anche in assenza di reddito imponibile, le società austriache sono tenute al pagamento anticipato di una *minimum tax* di 3.500 euro per le società per azioni (AG) e 1.750 euro per le società a responsabilità limitata, mentre le società di nuova costituzione sono tenute, per il primo anno, al versamento trimestrale di 273 euro. Infine si precisa che in Austria, a livello locale, è previsto il versamento obbligatorio dell'imposta sui salari (*Kommunalsteuer*), secondo l'aliquota del 3 per cento sul monte complessivo dei salari versati ai dipendenti. Sono soggette a tale obbligo non soltanto le società di diritto locale, ma anche le stabili organizzazioni di società estere. In ogni caso, l'imposta sui salari è deducibile dall'imposta sui redditi. La normativa austriaca dell'imposta sul valore aggiunto è di-

disciplinata dalla legge n. 663 del 1994 (*Umsatzsteuergesetz*), con cui l'Austria si è uniformata alla normativa europea dando esecuzione alla sesta direttiva Cee in materia. Tenuti al pagamento dell'imposta sono coloro che esercitano un'attività commerciale o professionale autonoma. Non vi è alcuna distinzione tra soggetti residenti e non residenti. La base imponibile è rappresentata dai corrispettivi pattuiti per tutte le forniture di beni o prestazioni di servizi effettuate all'interno del territorio austriaco. Sono quattro le aliquote Iva cui sono assoggettate attualmente in Austria diverse tipologie di beni e servizi. Più precisamente, la normativa fiscale austriaca prevede le seguenti aliquote:- 0 per cento, applicabile soltanto ai servizi di assistenza sociale;- 10 per cento, applicabile alla vendita di generi alimentari considerati di prima necessità, quali latte, pesce, uova, frutta e verdura, caffè, zucchero, olio, nonché a libri, giornali e riviste, a prestazioni alberghiere, servizi di trasporto pubblico, alla locazione di immobili per uso privato, alla fornitura di energia elettrica, alle prestazioni artistiche e alle manifestazioni culturali;- 12 per cento, applicabile soltanto al vino prodotto da aziende agricole e alla vendita di autovetture elettriche;- 20 per cento, applicabile a tutte le altre tipologie di beni e servizi.

In linea di principio, ogni operatore soggetto all'imposta è tenuto a compilare dichiarazioni Iva periodiche in cui va indicata l'imposta dovuta (a titolo di acconto) o il credito spettante in base ai calcoli da lui stesso effettuati. In particolare la presentazione di dichiarazioni Iva provvisorie ha scadenza mensile mentre la dichiarazione annuale definitiva deve essere presentata entro il successivo 31 marzo. Il pagamento dell'imposta avviene su base mensile, entro il termine massimo di 45 giorni dalla fine del mese di riferimento. Nel mese di ottobre i soggetti Iva sono tenuti a versare un acconto pari a 1/11 dell'imposta complessiva calcolata nei dodici mesi precedenti (da agosto a settembre), a meno che tale importo di riferimento risulti inferiore a 750 euro.

**Belgio:** Contro la decisione del direttore dell'ufficio può essere proposto ricorso alla corte dei ricorsi e quindi alla Corte Suprema: organizzazione anch'essa di tipo amministrativo. Per quanto concerne i contribuenti, essi dovranno archiviare una dichiarazione dei redditi presso l'ispettore di imposta locale per ogni anno del normale anno di valutazione che segue l'anno di reddito. Se nessuna dichiarazione verrà ricevuta, essa deve essere presentata entro il 1 giugno altrimenti la posizione del contribuente sarà considerata in ritardo. Una valutazione relativa al reddito deve essere

trasmessa successivamente al contribuente stesso entro il 30 giugno dell'anno successivo a quello in cui si forma il reddito. Le valutazioni possono essere effettuate lungo un arco di tempo di tre anni che decorre dal 1 gennaio dell'anno di valutazione se il ritorno fosse archiviato in ritardo o fosse incompleto. Questo periodo può essere prorogato di altri due anni qualora vi sia il sospetto di "frode fiscale".

**Danimarca:** Contro un avviso di accertamento relativo ad una tassa locale è previsto un ricorso ad un comitato. Contro la decisione del comitato può essere proposto un ricorso ad una "Administrative tax court", all'Alta corte e poi alla Corte Suprema. Per i tributi delle autorità regionali può essere proposto solo il ricorso all'administrative tax court. Le Corti devono decidere in termini brevi e in caso di silenzio è ammesso il ricorso diretto al giudice superiore. Nonostante la Danimarca sia uno Stato dall'estensione molto piccola si riscontrano tre gradi di giurisdizione e ciò lascia molto da pensare su quanto sia poco omogeneo lo scenario della giurisdizione europea. Per le persone fisiche, le amministrazioni comunali esercitano il loro controllo per tutto l'anno di imposta e la relativa valutazione interessa tutte le imposte sul reddito siano esse nazionali o locali. Su richiesta del contribuente le amministrazioni possono riesaminare le dichiarazioni reddituali e procedere all'ammissione di nuovi documenti qualora vi sia discrepanza tra quanto presentato in dichiarazione e le nuove informazioni prodotte dal contribuente. Questa facoltà di adire l'amministrazione finanziaria è concessa sia al contribuente residente che al non residente e può essere effettuata tenendo conto del termine di tre anni dalla data di presentazione della prima dichiarazione. Per la tassa relativa al reddito di occupazione, il contribuente riceve una "scheda di imposta" che contiene il suo tasso personale di imposta di ritenuta da comunicare al suo datore di lavoro. La valutazione è basata sul reddito percepito dal contribuente negli anni precedenti e a questo viene applicata una percentuale. Se il contribuente considera la valutazione del suo reddito come errata, potrà chiedere una nuova valutazione e comunicare successivamente la sua scheda d'imposta al datore di lavoro. Nelle grandi aziende vi sono delle procedure elettroniche di componimento delle schede d'imposta per accelerare la gestione e fare in modo che non gravi sul lavoratore il dovere di comunicare al datore di lavoro la sua scheda. Contro una valutazione dell'amministrazione finanziaria è ammesso il ricorso in appello ad un comitato di imposta locale. Contro questa decisione è ammes-

so appello, entro tre mesi, alla corte amministrativa di imposta. La Danimarca è suddivisa in divisioni regionali che possono agire autonomamente e andare ben oltre le decisioni prese dall'amministrazione finanziaria locale e dai comitati di imposta locale.

**Finlandia:** Il ricorso può essere proposto al "Rectification board" situato negli uffici provinciali. Contro la decisione può essere proposto ricorso alla Corte amministrativa provinciale e quindi alla Suprema corte amministrativa per questioni di particolare importanza come la uniforme applicazione della legge, l'errore nella decisione, ragioni eccezionali: lampante il riferimento alla giurisdizione italiana in merito ai "filtri" della Cassazione e della Commissione Centrale.

**Francia**<sup>19</sup>: È prevista una fase amministrativa, un contenzioso dinanzi ad un giudice amministrativo o giudice ordinario in base ai singoli tributi. Si assiste allo svolgersi di un sistema caotico con una procedura amministrativa ampia di primo e secondo grado all'interno degli uffici e che prevede da un lato un contenzioso di timbro spiccatamente amministrativo e dall'altro un processo tipico della competenza del giudice ordinario. Ogni persona deve presentare la propria dichiarazione del reddito percepito e compilarlo sotto la propria responsabilità in modo dettagliato avvalendosi sia di un modello generale che riassume tutti i vari elementi del contribuente che di modelli speciali (uno per ogni categoria di reddito), indicanti i redditi dell'anno precedente. Le amministrazioni fiscali calcolano ogni anno d'imposta e valutano l'imposta sul reddito in base alle dichiarazioni sollevando, qualora la situazione lo richieda, le opportune valutazioni. Questa procedura viene inoltrata quando il contribuente: non presenta in tempo la sua dichiarazione dei redditi; non registra in tempo un atto e non riesce a rimediare nel periodo di trenta giorni dalla data dell'omissione; omette di rispondere alle inchieste dell'amministrazione finanziaria; si oppone ad una verifica d'imposta; non procede alla nomina di un rappresentante di imposta qualora non sia residente in territorio francese.

<sup>19</sup> Per un maggiore approfondimento vedi GROSCLAUDE J. MARHESSOU P., *Diritto tributario francese*, Traduzione a cura di Enrico De Mita, Giuffrè, 2006; FENA-LAGÉNY E., *Les impôts en France* F. Lefebvre, 2006,

Prima di procedere alla rivalutazione, trenta giorni prima, l'amministrazione fiscale deve notificare al contribuente i motivi sui quali l'attività si fonda. L'onere della prova è invertito nel senso che, intrapresa l'azione legale, spetterà al contribuente dimostrare che i dati contenuti nella rivalutazione non sono validi e che l'imposta da pagare è eccessiva. La scadenza della valutazione d'imposta cessa al decorrere del terzo anno consecutivo alla presentazione della dichiarazione del contribuente. Non esiste, in Francia, un obbligo di documentazione al momento del deposito delle dichiarazioni di risultato. Nel corso di un controllo fiscale, il contribuente deve fornire questa documentazione entro 60 giorni dalla richiesta dell'Amministrazione. Per quanto riguarda l'IVA, questo termine è di 10 anni a partire dalla data dell'evento che doveva essere dichiarato o registrato. In caso di frode, le suddette scadenze sono aumentate di due anni. Altre tasse come la tassa di bollo o la TVA sono pagate spontaneamente dal contribuente senza alcuna richiesta convenzionale dalle amministrazioni fiscali. Il pagamento ritardato di tali tasse, provoca un pagamento di interesse dello 0,75% al mese e in più una pena del 5%. In caso di evasione fiscale, la pena è di euro 37.500 con un periodo di reclusione di anni 5. Le disposizioni fiscali francesi per l'eliminazione della doppia imposizione e per la lotta contro l'evasione sono principalmente quelle dell'articolo 57 del Codice Generale delle Imposte ("C.G.I."). Dopo il 1996, l'Amministrazione fiscale francese ha completato questo dispositivo legislativo attraverso una serie di istruzioni, che interpretano e integrano i Principi dell'O.C.D.E. nella legislazione francese. In caso di reclamo del contribuente, le amministrazioni fiscali devono rispondere nel termine di sei mesi altrimenti il comportamento contrario verrà considerato come quale smentita tacita. Il contribuente avverso la risposta dell'amministrazione potrà proporre appello, entro due mesi, alla corte amministrativa locale: i mesi diventano 4 se il contribuente non è residente. La sentenza della corte verrà notificata al contribuente e a quest'ultimo spetta anche la possibilità di adire la Corte d'Appello amministrativa che rivedrà il caso sia sui fatti che sui punti di legge. Avverso quest'ultima decisione è ammesso il ricorso alla Corte Suprema (Etat de Conseil) solo in merito a questioni di legittimità entro due mesi dalla data di notifica della sentenza<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> DIBOUT P., *Tax disputes in France*, Riv. Dir. Trib. Int., 2005 5.

**Germania**<sup>21</sup>: La dichiarazione relativa al reddito d'imposta deve essere presentata da ogni contribuente presso gli uffici competenti di imposta locale che variano secondo i luoghi di residenza. Gli impiegati che si conformano al sistema di ritenuta di imposta allo stipendio, non sono tenuti a presentare una dichiarazione annuale dei redditi a meno che non percepiscano reddito da più di una occupazione o da altre fonti. Ricevuta la dichiarazione, l'ispettore d'imposta può procedere ad una sua eventuale revisione e richiedere al contribuente di fornire informazioni. Il passo successivo è dato dall'avviso che l'ufficio di imposta emette nei confronti del contribuente e che può essere da lui stesso contestato nel termine di un mese. Il contribuente viene rappresentato in giudizio da un difensore o attraverso l'assistenza di un ragioniere abilitato o di un consigliere d'imposta qualora decida di appellarsi alla Corte di imposta federale. Gli appelli non sospendono il pagamento di imposta a meno che in determinate circostanze, l'ufficio di imposta o la corte di imposta lo consentano. Se l'appello dovesse risultare infruttuoso, il contribuente sarà tenuto a pagare lo 0,5 % di interessi al mese sulla tassa precedentemente sospesa<sup>22</sup>.

Qualora l'Amministrazione finanziaria tedesca accerta delle anomalie nella dichiarazione dei redditi del contribuente lo convoca presso gli uffici competenti e brevemente lo ascolta su eventuali motivi a sostegno di quanto dichiarato. Se la dichiarazione invece viene emendata, il contribuente sarà informato per iscritto. Contro eventuali correzioni che possono derivare dai libri contabili o dai clienti, e contro gli avvisi dell'ufficio d'imposta, è nel diritto del contribuente proporre appello nel termine di un mese dopo che la valutazione si stata resa pubblica pubblicata e dopo che l'avviso sia stato ricevuto. L'appello deve essere indirizzato alla stessa unità o reparto che ha fatto le correzioni o ha provveduto alla verifica e può essere proposto anche oralmente. In questo caso l'ufficiale di imposta deve prendere nota scritta, come avviene in caso di una dichiarazione dei redditi orale. Quando l'appello arriva alla amministrazione finanziaria, essa in primo luogo lo fa pervenire all'ufficiale che ha

<sup>21</sup> Per una più ampia trattazione vedi ora BIRK D., *Diritto tributario tedesco*, traduzione a cura di Enrico De Mita, Giuffrè, 2006.

<sup>22</sup> MOSSNER J.M., *Legal protection of taxpayers by Courts in Germany*, Riv. Dir. Trib. Int., 200511.

trasmesso l'avviso il quale controlla che non siano stati commessi errori o se sussistono gli elementi per prendere una decisione differente. Se la posizione contenuta nell'avviso di accertamento dell'imposta viene mantenuta, l'appello passa non all'esame di un reparto separato, il "*Rechtsbehelfsstelle*", il dipartimento legale che valuta l'appello sulla base delle relative leggi fiscali. Circa il 40% degli appelli infine derivano dagli errori fatti dal contribuente; il 30% dagli errori fatti tramite la gestione di imposta. Nei casi restanti la disputa è causata da opinioni differenti e non può essere attribuita ad un errore. Dopo aver ricevuto la decisione relativa all'appello dall'amministrazione finanziaria, il contribuente ha la possibilità di impugnare tale decisione nel termine di un mese: l'organo competente è la "*Finanzericht*", una corte fiscale. In ogni distretto vi è una "corte d'imposta" composta da tre giudici d'appello e due esperti. In tutta la Germania, circa 60.000 appelli sono portati ogni anno davanti alle corti di imposta, mentre il numero di appelli proposti, si aggira intorno ai 2.2 milioni. Contro la decisione del "*Finanzericht*", sia il contribuente che l'amministrazione finanziaria possono sollevare un appello proteso alla sua revisione in merito alla regolare applicazione della legge e non sui fatti precedentemente dedotti. Alcuni anni fa risultava davvero alto il numero dei contribuenti che optavano per la revisione tanto che fu necessario introdurre delle limitazioni: oggi un appello per la revisione è permesso soltanto se coinvolge un importo al di sopra di DEM20,000, a meno che il "*Finanzericht*" è del parere che l'appello proposto interessi un aspetto fondamentale che potrebbe portare a gravi conseguenze. Se la procedura secondo legge amministrativa è completamente esaurita, ma non ha prodotto il risultato che il contribuente sperava, egli può ricorrere alla corte costituzionale. Questa corte verifica che il rispetto della legge sulla quale si basa il giudizio è stato osservato così come rigorosamente osservate debbano essere le leggi che regolano l'amministrazione centrale.

In Germania la categoria equivalente a quella delle società di capitali italiane è rappresentata dalle c.d. *kapitalgesellschaften*, che comprendono a loro volta le seguenti tipologie: - *Aktiengesellschaft*, AG; - *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, GmbH; - *Kommanditgesellschaft auf Aktien*, KgaA.

Da un punto di vista fiscale, sono, in linea di massima, assimilabili alle *kapitalgesellschaften* alcune cooperative e compagnie di mutua assicurazione.

Sugli utili delle società di capitali tedesche gravano tre imposte:- l'im-

posta federale sulle società (*Körperschaftsteuer*);- l'imposta locale sulle attività commerciali (*Gewerbeertragsteuer*);- l'imposta di solidarietà (*Solidaritätszuschlag*).

La *Gewerbeertragsteuer* è un'imposta applicata a livello di singoli *länder*, e sebbene non si tratti di una vera e propria imposta sugli utili, viene normalmente trattata come tale nei confronti internazionali. Gli elementi essenziali di questa imposta sono i seguenti:- un coefficiente scelto dai *länder*, da applicare alla base imponibile dell'imposta federale; un'aliquota, scelta a livello federale da applicare a tale coefficiente.

Va tenuto presente che l'imposta locale è deducibile sia dalla propria base imponibile che da quella dell'imposta federale sulle società. Non è invece deducibile dalla base imponibile della *Gewerbeertragsteuer* il 50 % degli interessi passivi relativi a finanziamenti di durata superiore ad 1 anno.

Il sistema tedesco di imposizione personale sul reddito è caratterizzato da una progressività continua ottenuta attraverso l'applicazione di specifiche formule al reddito imponibile.

Diversamente da quanto accade in Italia, le coppie sposate sono tassate congiuntamente, attraverso l'applicazione del metodo dello "*splitting*" del reddito familiare: l'imposta personale è, cioè, calcolata applicando le formule previste soltanto alla metà del reddito imponibile e raddoppiando, successivamente, l'importo ottenuto.

Elementi comuni delle formule per il calcolo delle imposte sono la soglia di reddito esente, le aliquote minima e massima e la soglia di reddito a partire dal quale si applica l'aliquota massima (c.d. soglia massima); gli altri fattori dipendono dal reddito della persona fisica.

Si segnala una recentissima sentenza della Corte di Cassazione – Sezioni Unite del 17/01/2006 n.760 la cui massima dispone: "*Il regio decreto-legge 9 settembre 1983, n. 1676 (che ha dato esecuzione al trattato italo-germanico di collaborazione in materia fiscale, stabilendo criteri di collaborazione fra stati che sono oggi recepiti negli art.5 e 6 del D.L.G 9 aprile 2003, n. 69, di attuazione della direttiva n. 2001/44/CE, relativa all'assistenza reciproca in materia di recupero di crediti tributari) indica una precisa ripartizione di giurisdizione, affidando alle autorità del luogo in cui si è verificato il presupposto impositivo (nel caso di specie, tedesche) il compito di accertare la sussistenza (o meno) del debito tributario disciplinato dalla legge straniera. Spetta pertanto a queste autorità la competenza a pronunciarsi anche sull'eventuale prescrizione del debito, mentre compete all'autorità giudiziaria del luogo in cui si chiede la riscossione del credito il contenzioso ad essa afferente.*" La sentenza in esa-

me riflette su un punto molto controverso e di non immediata risoluzione perché interessa il tema del riparto della giurisdizione tra giudice italiano e giudice straniero, ma anche quello, in ambito nazionale, tra il giudice tributario e le altre giurisdizioni. In merito al rapporto tra giurisdizione italiana e giurisdizione straniera, nel caso tracciato in sentenza si tratta di giurisdizione tedesca, emerge un quadro ben definito e illustrato dal R.D.L. 9 settembre 1983, n.1676: alle autorità tedesche viene affidato il compito di accertare la sussistenza del debito tributario e a queste spetta la competenza a pronunciarsi sulla eventuale prescrizione del debito stesso. Alle autorità italiane spetterà accertare i crediti per imposte dovute in Italia e a quelle tedesche il compito di assicurare la riscossione in territorio germanico di questi crediti. L'autorità italiana, in seguito, procederà a notificare una cartella esattoriale in cui renderà edotto il contribuente sul fatto che l'Amministrazione italiana procede alla riscossione di un debito tributario nell'interesse e per conto della Amministrazione tedesca. Si tratta pur sempre di un atto amministrativo e come tale soggetto a motivi di impugnazione per vizi suoi propri ma allora proprio perché viene emesso da un'autorità italiana sarà impugnabile davanti al giudice italiano, con riferimento precipuo all'ambito della giurisdizione così come delineato dall'art.12, comma 2, della L. 28 dicembre 2001, n. 448, che attribuisce alle commissioni tributarie giurisdizione in merito ai "tributi di ogni genere e specie comunque denominati" secondo la nuova formula introdotta dalla L.n. 248/2005. Pertanto anche se il caso di specie contempla una obbligazione sorta all'estero, questa è stata comunque recepita dalla nostra legge e riconosciuta come obbligo tributario: la giurisdizione spetta, pertanto, al giudice tributario italiano.

**Gran Bretagna:** Il sistema fiscale britannico applica varie imposizioni fiscali su tutti i redditi prodotti nel Regno Unito e sulle entrate di cittadini britannici provenienti dall'estero. Chiunque sia fisicamente presente in Gran Bretagna per un periodo di sei mesi o più in qualsivoglia anno fiscale è considerato residente a fini fiscali. Ma si possono pagare le tasse anche in altre circostanze. Qualsiasi forma di reddito da occupazione nel Regno Unito può essere soggetta al pagamento di imposte, sia nel Regno Unito che nel paese di provenienza. Ciò dipende tuttavia da talune condizioni, per esempio lunghezza del periodo di tempo trascorso all'estero, circostanze dell'occupazione. Per ovviare a tale aspetto, tutti i paesi dell'UE hanno stipulato accordi reciproci in materia di dop-

pia imposizione fiscale per evitare di dover pagare le tasse due volte per lo stesso reddito. La tassa sul reddito viene percepita sul salario, su grafiche, su altre forme di entrate nel Regno Unito (profitti, affitti, dividendi, rendite e pensioni), uso dell'automobile, assicurazione malattia / vita a carico del datore di lavoro ecc. A seconda delle indennità, la tassa sul reddito è dell'ordine del 20%, 25% o 40%. In generale, se si risiede nel Regno Unito lo Stato preleva imposte sul reddito e sulle plusvalenze di capitale a livello mondiale. Il reddito imponibile è calcolato su base annuale. L'esercizio fiscale va dal 6 aprile al 5 aprile dell'anno successivo. Sono tassati solo i redditi superiori ad un ammontare minimo, che può essere elevato tenendo conto di fattori quali l'età e lo stato civile del contribuente. Anche le plusvalenze di capitale sono calcolate su base annuale e sono tassabili solo se superano un certo importo. Chi risiede nel Regno Unito è tenuto a dichiarare tutti i suoi redditi imponibili alle autorità tributarie. Tutte le informazioni relative ai contribuenti sono gestite dagli uffici locali delle imposte. La maggior parte dei contribuenti del Regno Unito pagano le imposte in base ad un sistema denominato "Pay as you Earn" (PAYE). Per tutti coloro che devono presentare tale dichiarazione il Regno Unito ha introdotto un nuovo sistema di valutazione fiscale noto come "autocertificazione". Secondo tale sistema il contribuente fornisce tutti i dettagli sul proprio reddito da lavoro e da capitale nella dichiarazione dei redditi e, successivamente, in base a questi dati viene determinato l'importo dell'imposta da pagare fatti salvi eventuali controlli ulteriori. Attraverso la PAYE, il datore di lavoro trattiene una percentuale del salario settimanale o mensile e la versa alle autorità fiscali. La maggior parte delle persone il cui contributo fiscale viene prelevato con questo sistema non deve compilare la dichiarazione del reddito. L'imposta dovuta può essere calcolata dalle autorità tributarie o dal contribuente stesso. L'imposta societaria viene fatta pagare sui profitti e i guadagni tassabili delle società a responsabilità limitata. I tassi di imposta si riferiscono ai profitti tra il 1° aprile di un anno e il 31 marzo dell'anno successivo. Una società i cui risultati contabili non abbiano una scadenza di fine-anno il 31 di marzo non rientrerà nei limiti di tempo dell'anno di tassazione. I profitti sono ripartiti tra gli anni fiscali in cui vengono guadagnati in base al periodo di tempo e sono tassati in base alla quota di imposta in quell'anno fiscale. Il tasso d'inizio per l'imposta societaria nel Regno Unito è del 10%, ed è considerato estremamente basso in confronto a varie altre nazioni europee. La tassa di bollo è una tassa sui documenti ufficiali, non sulle operazioni. I dazi principali si basano sul

valore dell' articolo che viene trasferito. L'esempio più adatto è quello della vendita, trasferimento o divisione dei terreni. La tassa si applica anche a premi di affitto e una versione speciale di tassa di bollo si applica ad operazioni azionarie. L'ufficio inglese delle tasse amministra la maggior parte delle tasse. La "VAT", la corrispondente IVA italiana, è un'eccezione ed è sotto il controllo dell' ufficio doganale e daziario reale. È una tassa sulle vendite e si applica a beni e servizi. Il tasso principale è del 17.5% ed è rimasto invariato per diversi anni. Un' attività commerciale deve essere registrata per la "VAT" quando il suo giro d'affari annuale supera le 54,000 lire sterline, ma un' attività può essere registrata volontariamente anche al di sotto di questo limite. Il "bilancio preventivo" annuale viene fatto dal Cancelliere dello Scacchiere davanti al parlamento, solitamente a marzo, ogni anno. Il bilancio stabilisce i tassi fiscali da applicare, gli abbuoni fiscali e i cambiamenti da apportare al funzionamento del sistema fiscale. L'anno fiscale va dal 6 aprile di un anno al 5 aprile dell'anno successivo. L'imposta sul reddito è applicata agli individui ed è una tassa sulle entrate totali dall' impiego, i profitti commerciali, i risparmi e gli investimenti. La tassa sulle plusvalenze è una tassa sui profitti o guadagni fatti nel comprare o vendere attività come titoli, azioni, antichità e proprietà. Si applica a individui e società, sebbene esistano norme diverse a seconda che si tratti di un individuo o di una società a responsabilità limitata. Per la tassa di successione lo scopo di questa imposta è tassare gli averi quando vengono trasferiti da una persona ad un' altra. Il caso più comune è alla morte, ma può anche essere applicata a doni fatti in vita. È una tassa insolita, in quanto è cumulativa durante tutta la vita di una persona. Esistono due tipi di quote per questa tassa: una per il passaggio in vita e l' altra per il passaggio alla morte. Per le imposte dirette sono previste speciali commissioni indipendenti composte da soggetti nominati dal Lord Cancelliere tra soggetti pratici di tributi ed avvocati lasciando così il contribuente di decidere se rivolgersi all'una o all'altra commissione. Per l'IVA (VAT) è previsto uno specifico tribunale. Contro le decisioni di questi organi è previsto un ricorso ad una "high court", un appello alla "court of appeal" e quindi alla "House of Lords".

**Grecia:** Il ricorso può essere proposto dopo che sia fallito il tentativo di bonario componimento con l'ufficio alla corte amministrativa di seconda istanza e finalmente al consiglio di stato competente per tutte le controversie di natura amministrativa. La valutazione dell'anno

d'imposta per i diversi contribuenti è l'anno civile. Le dichiarazioni dei redditi dello stipendio così come il trattamento pensionistico, devono essere presentate nel periodo compreso tra il 4 maggio e il 1 giugno dell'anno che segue quello in cui il reddito è stato prodotto: la data esatta dipende dall'ultima cifra di diversi numeri di matricola d'imposta del contribuente. Altri soggetti devono archiviare le loro dichiarazioni dei redditi fra il 1 e il 15 marzo durante l'anno di valutazione secondo l'ultima cifra del loro numero di matricola specifico di imposta. Se la parte di reddito totale è derivata da un'attività di natura commerciale, per la quale era richiesta la tenuta dei libri "double entry" e il loro esercizio finanziario si è concluso in novembre o in dicembre, allora la data è più tarda ed è compresa fra il 16 e il 30 aprile. Tutti i soggetti che percepiscono reddito, devono dichiararlo all'interno della loro dichiarazione e possono dedurre tutte le spese permissibili compresi i permessi personali e le tasse ritenute alla fonte. Gli individui che percepiscono un guadagno di 6000 euro non sono tenuti a presentare la dichiarazione. Le amministrazioni fiscali per il calcolo del reddito vanno a considerare diversi elementi: l'acquisizione di case, l'affitto ritenuto o reale, le spese di manutenzione dell'automobile. Se il reddito così ottenuto non supera il reddito dichiarato dal contribuente del 20%, le amministrazioni fiscali devono accettare come reddito finale, l'importo dichiarato dal contribuente. Il contribuente può mettere in discussione quanto è stato disposto dall'ufficio impositore se può fornire la prova che il suo "spending" deriva da altre fonti "non taxable".

**Irlanda:** L'ufficio non può riesaminare gli atti ma il reclamo deve essere indirizzato ad una speciale commissione composta da funzionari a tempo pieno nominati dal Ministero delle Finanze. La Commissione può ridurre, confermare, o aumentare l'accertato. La decisione può essere riesaminata da un giudice della corte circoscrizionale quindi da una alta corte e quindi dalla corte suprema per motivi di diritto. Così come accadeva in Italia fino al 1972 quando le vecchie Commissioni tributarie italiane rintracciata una materia imponibile superiore a quella accertata dall'ufficio e documentata negli atti del processo potevano rinviare l'avviso di accertamento perché l'ufficio tributario ne producesse uno nuovo. L'Irlanda risponde ad un sistema fiscale di "auto tassazione". Gli ispettori pubblicano i modelli della dichiarazione che i contribuenti dovranno presentare entro il 31 ottobre che segue la conclusione dell'anno relativo di imposta. Saranno specificati al suo interno i dettagli completi

del reddito, dei guadagni, e dei reclami per rilievo così come tutto il capitale fisso acquisito durante l'anno di imposta. Sulle informazioni fornite dal contribuente, l'ispettore può effettuare tutte le inchieste necessarie per convincersi dell'esattezza dei dati forniti dal contribuente. Anche le istituzioni finanziarie e gli agenti che curano gli interessi dei contribuenti sono tenuti sotto controllo e devono segnalare l'eventuale apertura di conti bancari stranieri. Per le persone che intendano operare nel commercio, l'apertura di un esercizio commerciale è subordinata al fatto che il richiedente abbia aderito ai suoi obblighi di imposta. Un ufficio criminale speciale dei beni è stato creato nel 1996, composto dai funzionari dei commissari del reddito, dal "Gardia Siochana" (polizia irlandese) e dal reparto di benessere sociale. Compito dell'ufficio è quello di identificare i beni criminali provenienti da attività illecite e di darne immediatamente notizia all'ufficiale competente.

**Lussemburgo:** L'ordinamento statale del Lussemburgo prevede che l'organo chiamato a svolgere funzioni consultive in materia legislativa e amministrativa sia il Consiglio di Stato e ad esso viene affidata la risoluzione di tutte le controversie di carattere burocratico mentre altri organi di rilievo costituzionale (Consiglio economico e sociale, Consiglio nazionale per gli stranieri e Camere professionali) sono chiamati periodicamente a esprimere pareri su progetti specifici di legge. L'organizzazione della giustizia è di tipo verticistico e l'organigramma è strutturato secondo una ripartizione di indirizzo. In particolare nella posizione apicale dell'ordinamento giudiziario figura la Corte Costituzionale che decide sulla conformità delle leggi al dettato costituzionale con la sola eccezione per quelle di approvazione dei trattati internazionali. Gli organi giudiziari sono invece rappresentati, in ordine di importanza, dalla Corte superiore di giustizia, suddivisa in Corte di Cassazione, Corte d'Appello e ufficio del pubblico ministero, dai tribunali circoscrizionali competenti in materia civile e commerciale, dai giudici di pace (tre con sede in Lussemburgo, Esch sur Alzette e Diekirch) e competenti a deliberare su tutte le controversie non superiori a 750 euro in prima istanza e a 10mila euro in appello. Seguono poi il Consiglio arbitrale e il Consiglio superiore di previdenza sociale che giudicano, rispettivamente in prima istanza e in appello, in materia giuslavoristica. Gli organi amministrativi sono invece rappresentati dal Tribunale amministrativo e dalla Corte amministrativa. Il primo delibera innanzitutto su questioni che ri-

guardano gli interessi privati relativamente alle decisioni amministrative che, per legge o regolamento, non prevedono altro tipo di ricorso ed è competente anche in materia di controversie relative alle imposte dirette e alle tasse comunali. Le decisioni del Tribunale amministrativo sono impugnabili dinanzi alla Corte amministrativa che è giudice di secondo grado anche per le decisioni in materia regolamentare. L'accertamento relativo alle imposte che il contribuente è tenuto a pagare può essere impugnato nel termine di tre mesi dinanzi al tribunale amministrativo e quindi dinanzi alla corte amministrativa. Se nessuna decisione viene presa entro 6 mesi dopo che il reclamo è stato archiviato, il contribuente può inoltrare il suo reclamo davanti alla corte amministrativa. Contro quest'ultima decisione è ammesso l'appello alla Corte d'Appello amministrativa.. Per quanto riguarda il termine di presentazione delle dichiarazioni annuali di reddito si sottolinea che in caso di cambiamento di residenza produce l'effetto di spaccare l'anno civile in due esercizi fiscali: un primo esercizio inerente alla responsabilità limitata d'imposta e un secondo sulla responsabilità illimitata: queste due parti sono tassate esclusivamente in modo che il reddito che appartiene ad ogni parte può trarre beneficio della tassa che si applica ai redditi bassi. Se al momento della presentazione della dichiarazione dei redditi il contribuente fornisce la prova che il reddito che ha ricevuto mentre risiedeva all'estero è stato più basso della media di quanto percepiva in Lussemburgo, la tassa ritenuta eccedente viene rimborsata.

**Olanda:** Il contribuente non soddisfatto dell'esito della domanda di revisione dell'accertamento può ricorrere alla corte dei reclami e quindi alla suprema corte (Hoge Raad): non esiste un vero giudice tributario. Dopo la chiusura delle indagini, la Corte d'Appello deve rendere la relativa decisione scritta in 6 settimane. In circostanze straordinarie, questo periodo è prorogato di altre 6 settimane. La corte d'appello può anche rendere un'adecisione orale a seguito dell'udienza.

**Portogallo:** Il ricorso può essere proposto alla Tax Court di prima istanza, quindi alla corte amministrativa centrale ed infine alla suprema corte amministrativa: in questo stato sono presenti tre gradi di amministrazione della giustizia. Gli eventuali appelli proposti hanno l'obiettivo di ottenere una sentenza che renda invalide le decisioni amministrative o di impedirne l'applicazione.

**Spagna:** Il ricorso è esaminato da un corpo giudiziario amministrativo specializzato e diviso in corti regionale, nazionale e suprema, con la possibilità di ricorrere al Tribunale Costituzionale: la Spagna presenta una struttura di contenzioso fiscale simile a quella italiana. Vigeva la regola generale che preclude al contribuente la possibilità di usufruire della fase giudiziaria non prima che la fase amministrativa relativa alla proposizione dell'appello sia esaurita<sup>23</sup>. Il contribuente dovrà presentare la propria dichiarazione dei redditi e nel caso in cui l'ispettore d'imposta riscontri delle anomalie, egli può presentare dola documentazione necessaria per integrarla o correggerla. Il governo spagnolo negli ultimi mesi ha annunciato una serie di riforme che rappresentano il primo passo verso la realizzazione di una più ampia riforma fiscale. Innanzitutto è prevista la riduzione dell'aliquota d'imposta sul reddito societario di un punto per ogni anno. Allo stesso modo, l'aliquota attuale del 30% prevista per le piccole e medie imprese verrà ridotta al 25%. Secondo il progetto di riforma, i dividendi, gli interessi e i "capital gains" realizzati da soggetti non residenti saranno tassati con l'aliquota del 18%.

Per quanto riguarda le stabili organizzazioni di società non residenti, la "branch profit tax", l'imposta che colpisce il reddito rimesso dalla stabile organizzazione spagnola alla società madre non residente, verrà incrementata dal 15% attuale al 18%. Tale imposta non troverà applicazione quando la società madre è residente in uno stato membro dell'Unione Europea o in uno Stato con il quale la Spagna ha concluso una convenzione contro le doppie imposizioni. Il governo spagnolo prevede inoltre di introdurre alcune misure dirette a contrastare l'elusione fiscale: se vi è una società localizzata in un paradiso fiscale, sarà considerata residente in Spagna se qui possiede la maggior parte dei suoi beni o svolge la sua attività. I soggetti residenti in stati che non hanno attuato con la Spagna uno scambio di informazioni effettivo, saranno tenuti a nominare un rappresentante fiscale in Spagna nell'ipotesi in cui si trovino ad essere titolari di beni nel territorio spagnolo. In tal modo l'Amministrazione della finanziaria potrà controllare gli atti di disposizione del bene e del reddito derivante da tali operazioni.

**Svezia:** È previsto un ricorso alla Corte regionale amministrativa,

<sup>23</sup> PALAO TABOADA C., *Il processo tributario in Spagna*, Riv. dir. trib. int, 2005, 21.

alla Corte amministrativa di appello e quindi alla suprema corte amministrativa: si tratta di un processo di carattere squisitamente amministrativo. La valutazione sul reddito imponibile degli individui viene effettuata attraverso la presentazione di una dichiarazione dei redditi che viene presentata all'ufficio di imposta del distretto di appartenenza. L'eventuale omissione di questo obbligo, farà sollevare un controllo da parte dell'amministrazione finanziaria che è tenuta a richiedere tramite i funzionari d'imposta, le informazioni supplementari al contribuente. L'esito dei controlli sarà suscettibile di cambiamenti su istanza del contribuente nel termine di 5 anni e in caso di pronuncia sfavorevole, tale termine sarà ridotto ad un anno.

**Svizzera:** La tassazione del reddito dei contribuenti avviene sulla base di una dichiarazione d'imposta. L'Amministrazione finanziaria provvede a spedire al contribuente un Modello sul quale l'interessato dovrà indicare tutte le proprie possidenze e i costi sostenuti per conseguire il reddito e restituirlo entro trenta giorni dal ricevimento. La dichiarazione viene elaborata ed effettuata d'ufficio con la liquidazione dell'imposta da versare. In presenza di dati non veritieri, il soggetto passivo viene sottoposto a ispezione e potrà essere accertato sulla base del potere di apprezzamento discrezionale dell'Amministrazione. L'atto di tassazione (il corrispondente dell'avviso di accertamento) viene intimato per iscritto. Contro di esso è ammesso reclamo entro i termini ivi indicati. I reclami variano in relazione alle singole normative cantonali. In genere è prevista una commissione cantonale quale giudice unico per le tasse comunali e cantonali. Per le altre tasse è previsto un appello alla corte federale: questo processo ha il vantaggio di avere i giudici più vicini ai cantoni. Il sistema tributario elvetico riflette la forma federalista dello Stato (Confederazione), nel cui ambito il prelievo fiscale è attuato dallo Stato, dai Cantoni e dai Comuni. La Confederazione e il Cantone possono riscuotere imposte dello stesso genere, nello stesso periodo temporale e in capo allo stesso soggetto passivo. Infatti tra Confederazione e Cantone non vige il divieto di doppia imposizione mentre tale divieto opera per evitare la doppia imposizione intercantonale. Nell'ambito della potestà impositiva, la Confederazione riscuote soltanto le imposte previste dalla Costituzione federale mentre i Cantoni possono liberamente scegliere le imposte da prelevare, tranne quelle espressamente vietate dalla Confederazione. Ne consegue che la pressione fiscale è difforme sul

territorio statale e varia da Cantone a Cantone. Una particolarità del sistema fiscale svizzero è il fatto che, in gran parte dei casi, è il cittadino che si pronuncia, attraverso referendum obbligatori o facoltativi, sulla determinazione delle tariffe, delle aliquote e dei coefficienti d'imposta. Altra nota di rilievo è l'attuazione di un sistema di informazione fiscale sin dalla primissima infanzia. La Confederazione ha inserito la materia fiscale nell'ordinamento scolastico, come parte integrante dell'educazione civica. Le imposte si distinguono in federali, cantonali e comunali. Le imposte federali contengono tipologie di imposte dirette (imposte di reddito sull'utile, sulla sostanza e sul capitale) e imposte indirette (imposte sul consumo, sul possesso o sul dispendio). L'imposta federale sul reddito delle persone fisiche colpisce il reddito complessivo delle persone dimoranti in Svizzera. Per dimorante si intende una persona che svolga un'attività lucrativa nella Confederazione per almeno 30 giorni all'anno o che risieda in Svizzera per almeno 90 giorni annui. Dal reddito complessivo lordo vengono dedotte le spese occorse per il suo conseguimento e altre deduzioni generali (contributi, interessi passivi). L'aliquota legale massima, fissata dalla Costituzione, è pari all'11,5%.

L'imposta sull'utile delle persone giuridiche è applicata nella misura dell'8,5 per cento nei confronti delle società di capitali e delle cooperative. Le società di partecipazioni beneficiano di una riduzione dell'imposta consistente nel rapporto tra il ricavo netto della partecipazione e l'utile netto complessivo. Per tale ragione le holding con il 100 per cento di partecipazioni non pagano l'imposta sull'utile. Le associazioni, le fondazioni e le altre corporazioni scontano la suddetta imposta nella misura del 4,25 per cento.

L'imposta preventiva federale è un'imposta riscossa alla fonte sui redditi di capitale (interessi e dividendi) in misura corrispondente alle seguenti aliquote: 35 per cento sulle rendite vitalizie e sulle pensioni, 15 per cento sulle vincite delle lotterie svizzere e 8 per cento sulle prestazioni assicurative. Sono tributi federali anche la tassa sulle case da gioco e la tassa di esenzione dall'obbligo militare che viene assolta nella misura di 3 franchi ogni 100 franchi di reddito. Tra le imposte indirette la più nota è l'imposta sul valore aggiunto. Le fonti normative dell'Iva sono contenute nell'articolo 130 della Costituzione e nella legge federale del 2 settembre 1999. L'Iva è stata però introdotta nell'ordinamento federale dal 1° gennaio 1995. Il cambiamento della disciplina (dall'imposta sulla cifra d'affari all'imposta sul valore aggiunto) è consequenziale all'af-

fermarsi dell'Iva negli Stati membri della Ue. L'imposta sul valore aggiunto è riscossa in ogni fase di produzione e distribuzione, sull'importazione di beni, sulle prestazioni di servizi effettuati in Svizzera e per la fornitura di servizi da imprese con sede all'estero. È soggetto all'imposta chiunque svolga una attività indipendente, commerciale o professionale, diretta al conseguimento di entrate, anche senza fine di lucro, purché le forniture, le prestazioni di servizi e il consumo sul territorio elvetico (Svizzera e Liechtenstein) superino complessivamente 75mila franchi svizzeri annui. Sono inoltre soggetti coloro che ottengono da imprese estere prestazioni di servizi imponibili per più di 10mila franchi annui ovvero che sono soggetti all'obbligo di pagare il dazio a titolo di imposta sull'importazione di beni. Non sono invece soggetti all'imposta le imprese la cui cifra d'affari non supera 250 mila franchi; le società sportive che non perseguono uno scopo lucrativo e sono gestite a titolo onorifico, le istituzioni di utilità pubblica la cui cifra d'affari annua non supera 150mila franchi, nonché gli agricoltori che forniscono prodotti agricoli della propria azienda. La base di calcolo dell'Iva dovuta è costituita dalla controprestazione lorda convenuta. Il contribuente può dedurre l'imposta che grava sugli acquisti di beni, sull'acquisizione di servizi e anche sulle importazioni di beni: la c.d. "*deduzione dell'imposta precedente*" evita un cumulo di imposta. L'imposta grava sul consumatore finale e può essere inclusa nel prezzo di vendita o esposta in fattura con importo separato. L'imposta non è dovuta sia in caso di operazioni esenti che in caso di operazioni escluse. La differenza esiste tuttavia nel diritto alla detrazione dell'imposta a monte. Il diritto è riconosciuto unicamente per l'acquisto di beni e prestazioni di servizi utilizzati per operazioni esenti dall'imposta (cd. esenzione propria). Nel caso di beni o prestazione di servizi diretti al conseguimento di volumi di affari esclusi dall'imposta, non è ammessa la deduzione dell'imposta precedente (cd. esenzione impropria). Sono operazioni esenti le forniture per l'esportazione, i trasporti oltre confine, le prestazioni rese a destinatari con sede sociale o domicilio all'estero. Tra le operazioni escluse figurano le prestazioni sanitarie pubbliche, la previdenza e la sicurezza sociale, le prestazioni di educazione, insegnamento e assistenza all'infanzia e alla gioventù, le operazioni del traffico monetario e dei capitali (eccetto le gestioni patrimoniali e le operazioni di incasso), la locazione di immobili, la vendita di immobili, le prestazioni assicurative. Per ciò che concerne le aliquote si osserva che esse sono di tre tipi: normale (7,6 per cento), speciale (3,6 per cento), ridotta (2,4 per cen-

to). L'Amministrazione federale accorda ai contribuenti con requisito di cifra d'affari annua fino a 3 milioni di franchi e un debito fiscale massimo di 60mila franchi annui, la possibilità di procedere a un rendiconto semplificato. Il debito fiscale è l'imposta effettivamente dovuta al Fisco e si ottiene moltiplicando la cifra d'affari per l'aliquota della corrispondente attività. Ad esempio un architetto lo calcolerà con l'aliquota della sua categoria (6 per cento) ma nella fattura al contribuente finale l'Iva sarà invece esposta nella misura del 7,6 per cento (aliquota dell'Iva normale sulle transazioni). Il contribuente finale pertanto è soggetto alle aliquote stabilite in ragione della tipologia della prestazione, mentre il soggetto passivo che deve rendicontare, invece, è soggetto all'aliquota della sua categoria. La riscossione dell'imposta generata da operazioni interne è di competenza dell'Amministrazione federale delle Finanze, mentre l'imposta dovuta sulle importazioni è di competenza dell'Amministrazione delle dogane. Secondo le vigenti leggi costituzionali federali, una quota del gettito è destinata a finalità sociali: alla Avs (pensioni), al finanziamento delle grandi strutture ferroviarie, dell'assicurazione contro le malattie e al sovvenzionamento delle classi sociali meno abbienti.

La tassa di bollo si applica, invece, sui titoli in emissione con aliquote variabili dallo 0,6 per cento all'1,2 per cento, e sui titoli in negoziazione con aliquote variabili dall'1,5 al 3 per cento. Altri tributi indiretti sono la tassa sui premi di assicurazione (5 per cento) e le imposte sui consumi di tabacco, birra, oli minerali, autoveicoli, bevande. Vigono inoltre dazi e tributi doganali. La normativa fiscale prevede un regime di tassazione agevolata per merci provenienti da Paesi con rapporti commerciali privilegiati.

\*\*\*\*\*

Dall'esame delle problematiche istituzionali e fiscali della U.E. emerge che tutt'ora sussiste un frazionamento del sistema fiscale europeo al quale non ha certo favorito l'unificazione il progressivo ingresso di nuovi stati con sistemi e tradizioni tributarie proprie. Anche i sistemi processuali tributari subiscono analoga sorte, ma con una tendenza nel vedere gran parte delle controversie tributarie trovare soluzione in sede procedimentale e poi processuale amministrativa. Si deve sottolineare, quindi, il rischio che, in un possibile futuro, il sistema processuale tributario europeo si configuri nella giurisdizione "amministrativa", con una soppressione dei giu-

dici fiscali “veri”, quali giudici di una giurisdizione tributaria speciale, come si è ora delineata in Italia.

È, quindi, opportuno uno sforzo, volto ad affermare l'importanza della funzione svolta da un giudice speciale tributario, nell'ambito del *giusto processo*, che passa necessariamente attraverso una maggiore professionalità dei componenti. L'osmosi di figure specifiche di alcuni stati in altri è già avvenuta con il Garante del contribuente<sup>24</sup> e, quindi, nulla esclude che l'attesa di una migliore tutela giurisdizionale non comporti l'istituzione di un giudice speciale tributario anche nel resto dei paesi dell'Europa.

Concludendo l'aspirazione ad un omogeneo trattamento fiscale per i contribuenti sembra svilupparsi timidamente per quanto riguarda i tributi ed in primis per l'IVA e per i profili doganali. Le tutele processuali non sembrano invece essere al centro di una pressante attenzione da parte dei differenti legislatori, i quali pur riconoscendo il principio del giusto processo riducono la portata del principio ancora nell'interno delle soppresse barriere doganali (*lex loci*).

<sup>24</sup> d'AYALA VALVA F., *Dall'Ombudsman al Garante del contribuente. Studio di un percorso normativo*, Riv. Dir. Trib., 2000, 1037.

GIANMARIA PALMIERI

## **Assemblee telematiche e società di capitali: profili sistematici<sup>1</sup>**

Quando mi è stato proposto di svolgere, in questo convegno, una relazione sull'inquadramento sistematico delle assemblee telematiche, vi confesso, mi ha colto un sensazione di nostalgia e di perplessa curiosità.

Ho infatti immediatamente pensato che un tema del genere, soltanto qualche anno fa – diciamo all'epoca (non lontanissima) dei miei studi universitari (seconda metà degli anni '80) – sarebbe stato improponibile.

Ho pensato – e da qui la nostalgia per i ricordi personali – a quanto i nostri maestri insegnavano a noi studenti di diritto commerciale in materia di assemblea di s.p.a.: che l'assemblea è l'organo collegiale per eccellenza. È un organo, cioè, che delibera in base ad un procedimento complesso il cui fulcro è rappresentato dalla riunione (o adunanza) dei soci.

Si diceva: non vi può essere valida delibera assembleare, senza svolgimento della riunione.

Anzi si aggiungeva, a livello di teoria generale della collegialità, che ai fini della formazione di qualsiasi atto collegiale, l'unica fase del procedimento assembleare davvero ineliminabile è la riunione. Riunione che implica la presenza "fisica" dei soci nello stesso luogo e nello stesso momento al fine di discutere e votare. È siffatta unitarietà spazio-temporale – si diceva – a costituire presupposto essenziale per la formazione di un atto sociale.

Ricordo anche che una certa criticabile giurisprudenza reputava la riunione (così concepita), addirittura, fase indispensabile per l'esistenza stessa della fattispecie deliberativa.

Oggi siamo invece qui, legittimamente, a parlare di assemblee telematiche. Se volete, con espressione che farebbe inorridire qualche vecchio cultore della nostra materia, di assemblee virtuali. Di assemblee nelle quali l'incontro personale dei soci, l'animato susseguirsi (talvolta il so-

<sup>1</sup> *Relazione al Convegno "Funzione notarile e strumenti informatici", Napoli, 30 maggio 2008.*

vrapporsi) dei loro interventi è sostituito dall'incrociarsi di (apparentemente fredde) comunicazioni trasmesse attraverso pc o altri moderni mezzi di telecomunicazione.

E nessuno di noi è certo sorpreso di farlo. Internet e la tecnologia sono diventate parte della nostra vita, come della gran parte delle attività umane. Comprese ovviamente quelle di cui ci occupiamo professionalmente.

Ora la perplessa curiosità di cui vi dicevo. Mi sono detto: cosa mai dovrò dire sull'inquadramento sistematico delle assemblee telematiche?

Dopo la riforma del diritto societario è infatti ormai pacifico che l'assemblea si possa svolgere con i soci che intervengono (o votano) *in absentia*. Ciò che fino a non molto tempo fa era considerato vero e proprio ossimoro, è pienamente consentito dall'art. 2370 ult. comma, c.c. così come (per i consigli di amministrazione e i collegi sindacali) dagli artt. 2388 e 2404 c.c.

Dov'è il problema? Mi chiedevo perplesso. È oggi tema trattato anche nei manuali. Direi dato quasi per scontato. Cosa posso dire sull'inquadramento sistematico?

Avvertivo però una certa curiosità, forse perché intuitivo che stavo sbagliando.

Mi sbagliavo infatti.

Al di là delle affermazioni di principio e della disciplina contenuta, per l'assemblea, nell'ultimo comma dell'art. 2370 il tema è infatti ancora largamente inesplorato in dottrina, pur non mancando alcuni recenti contributi che hanno gettato le basi per una più approfondita disamina.

Vorrei partire, visto il contesto in cui mi trovo, dalla massima n. 14 del Consiglio notarile di Milano del 2003 e da un'affermazione, che condivido.

La massima, formulata con riferimento alla s.r.l. dice "“nella s.r.l. devono ritenersi ammissibili le assemblee tenute con mezzi di telecomunicazione e i voti per corrispondenza alle stesse condizioni in presenza delle quali tali modalità di svolgimento delle riunioni assembleari e di partecipazioni alle decisioni dei soci sono ammesse nelle s.p.a. che non fanno appello al mercato del capitale di rischio”". Si tratta di una massima, lo dico subito, esitante e reticente ed, a mio avviso, anche opinabile sul piano dell'impostazione metodologica su cui si fonda: di trarre per la s.r.l. la soluzione dalla disciplina della s.p.a. Ma su quest'ultimo punto torneremo più avanti.

Per ora c'è da chiedersi: quali sono le condizioni in base alle quali nella s.p.a possono, come dice la massima, tenersi le assemblee con mezzi di telecomunicazione?

Quelle ricavabili dall'art. 2370 c.c.?

Ma di cosa si occupa l'art. 2370? Cosa davvero consente l'art. 2370?

Ed è questo un primo punto che vorrei sviluppare.

Il secondo punto che vorrei trattare, tocca un'ulteriore affermazione recisa che talvolta compare nella letteratura recente: si deve ritenere possibile convocare una riunione collegiale che si svolge interamente a distanza senza che alcuno dei partecipanti incontri fisicamente l'altro.

È un'affermazione – ripeto – che condivido. Altrimenti non sarei qui. Ma è un'affermazione tutt'altro che scontata e pacifica.

Tale affermazione non si può fondare infatti soltanto sull'art. 2370 c.c.. Perché l'art. 2370 non dice questo (lo vedremo tra breve).

Tale affermazione richiede di risolvere piuttosto un quesito, direi, di vertice: l'assemblea può costituirsi e deliberare senza la presenza fisica dei membri legittimati a parteciparvi? E ancora: superata l'esigenza della presenza "fisica" alla riunione dei membri del collegio, è possibile spingersi fino a considerare superabile anche l'esigenza della contestuale presenza (qui veramente saremmo dinanzi ad una assemblea senza riunione)?

Interrogativi ai quali si può rispondere solo attraverso un itinerario "sistematico" che tocchi non solo l'art. 2370 c.c., ma diverse altre norme.

Prima di dedicarmi ai due punti che vi ho indicato, devo tuttavia svolgere alcune considerazioni sui risvolti che la soluzione più permissiva avrebbe sul piano della funzionalità degli istituti, sugli interessi toccati dalla questione e sui rischi connessi. È evidente a tutti che l'impiego dei mezzi telematici non può che potenziare la vitalità dell'organo assembleare, sia nelle società ad azionariato diffuso sia nelle *close corporations*. Nelle prime, la possibilità di intervenire in assemblea senza spostarsi dal proprio domicilio può infatti costituire mezzo per attenuare l'«apatia razionale» dei piccoli azionisti invogliandoli ad una più attenta partecipazione alla vita sociale, che sarebbe sostanzialmente priva di costi. In questa prospettiva, si è parlato, non a caso, di strumento di democrazia assembleare. Nelle seconde, più semplicemente, consentirebbe di snellire lo svolgimento della seduta assembleare, agevolando la partecipazione di tutti i soci ai lavori e con essa il raggiungimento dei *quorum*. In questa prospettiva, attraverso l'utilizzo dei mezzi telematici verrebbe soddisfatta la medesima esigenza cui risponde l'istituto della rap-

presentanza in assemblea, senza tuttavia i pericoli che vi sono connessi di uso distorto e strumentale delle deleghe di voto o di concentrazione di potere in capo agli amministratori o a terzi (ad es. banche).

Non vi può essere dubbio, dunque, che l'ausilio della tecnologia in sede assembleare, sul piano funzionale, ha effetti positivi, perché in definitiva, agevolando la funzionalità dell'organo deliberativo, aumenta il grado di effettività dei principi che regolano l'organizzazione societaria. D'altra parte, l'attenzione con cui il fenomeno è considerato in altri sistemi sia a livello normativo che dottrinario (si pensi all'ordinamento tedesco) lo conferma.

Il che si riflette in positivo su una pluralità di interessi in gioco: quello degli azionisti, quello della società e dell'impresa. Di riflesso, quello del mercato e quello generale.

Certo. Non mi nascondo le controindicazioni dell'impiego di tali mezzi. I rischi di malfunzionamento. Quelli legati alla perdita delle percezioni sensoriali. Le difficoltà connesse all'identificazione dei partecipanti. Ma si tratta di controindicazioni che non creano, come dirò tra breve, insuperabili problemi giuridici e sono, spesso, ovviabili con l'impiego di tecnologia adeguata.

Vediamo ora quello che, a mio avviso, è sicuramente consentito ai sensi dell'art. 2370 ult. comma codice civile.

Comincio dal voto per corrispondenza, sul quale il discorso è agevole. Ed invero, il presupposto del "successo operativo" – per ora molto limitato – di tale istituto è, in larga parte, condizionato dal significato che si intende conferire alla parola "*corrispondenza*". Sul punto ritengo di poter condividere l'opinione che interpreta in senso ampio siffatto riferimento normativo, includendovi non solo il voto per posta, ma, altresì, il voto per fax, telefax e, soprattutto, via e-mail. Nessun argomento letterale o sistematico consente, al riguardo, di accedere ad una interpretazione restrittiva della nozione di "*corrispondenza*": in particolare, nessun rilievo spiega, in merito, la disciplina dettata dalla Consob in attuazione dell'art. 127 T.u.f., anche perché essa è anteriore alla riforma del 2003 ed all'ampio ricorso ai mezzi di telecomunicazione da quest'ultima consentito.

Né può sottacersi una serie di ulteriori riflessioni.

Da un punto di vista sistematico, la critica fondamentale tradizionalmente rivolta al voto per corrispondenza risiede nella censura – frequente – che esso annetterebbe carattere normativo a quel fenomeno – empirico e presente in tutti i paesi ad economia capitalistica – di svuo-

tamento, progressivo, di funzioni e poteri dell'assemblea, specie ordinaria, ridotta, secondo le parole di un'illustre commercialista, a "vuoto rituale" (Cottino). Ma così non è. Tale considerazione omette, in effetti, di valutare che il voto per corrispondenza vuole essere, nelle intenzioni del legislatore, un vero e proprio antidoto all'astensionismo di massa, specie da parte dei piccoli investitori, poco interessati all'esercizio dei diritti amministrativi e inclini all'assenteismo. In tale quadro, dunque, il voto per corrispondenza non solo non contribuisce a rendere vuoto il rituale assembleare ma, al contrario, rappresenta, in una visione realistica dei fenomeni societari, l'unico rimedio – o, se si vuole, argine – al diffuso "non-voto".

Dal punto di vista tecnico-giuridico, ciò che l'art. 2370, quarto comma, non consente è, piuttosto, la sostituzione del procedimento assembleare. Al riguardo, è sufficiente evidenziare come l'intervento statutario sia limitato, da un canto, alla previsione di un "*intervento [in] assemblea mediante mezzi di telecomunicazione*"; e, dall'altro canto, alla "*espressione del voto per corrispondenza*". Ma, in entrambi i casi, con salvezza dello svolgimento – necessario – del procedimento assembleare per gli altri profili: convocazione; costituzione del collegio (con la verifica della legittimazione degli intervenuti); votazione; proclamazione dei risultati; verbalizzazione.

Un punto rimane, però, fermo: il voto espresso per corrispondenza introduce una deroga al principio tradizionale che esige la contestualità nello svolgimento della riunione. E, si badi, è in questo modo introdotta una deroga riferita alla contestualità *cronologica* o *temporale* dell'espressione del voto all'interno del procedimento assembleare.

Diverso è il profilo su cui incide l'intervento in assemblea, statutariamente autorizzato, mediante il ricorso a mezzi di telecomunicazione.

Al riguardo, è da preferire la tesi favorevole alla più ampia interpretazione delle parole "*mezzi di telecomunicazione*". In tale prospettiva, dovrà reputarsi senz'altro consentito sia il ricorso a mezzi che consentano l'intervento *de visu et auditu* (sistemi di video e tele conferenza); sia l'utilizzo di strumenti tecnici che permettano la partecipazione *de auditu* (c.d. *conference call*: è l'assistenza alla riunione per telefono); infine, l'impiego esclusivo di internet (e si pensi all'intervento in assemblea consentito mediante la spedizione di messaggi di posta elettronica ad un *forum* aperto sul sito della società, allorquando i soci che intendano optare per tale forma di intervento siano dotati di password dagli amministratori).

L'ammissibilità delle prime due forme di intervento telematico sembra oramai fuori contestazione: è sufficiente riflettere, al riguardo, sulla contestualità cronologica in tal modo consentita ai soci nella discussione e nella votazione. Ma decisiva nel senso dell'ammissibilità anche dell'ultimo sistema di telecomunicazione risulta essere, in effetti, l'adozione di particolari modalità di svolgimento della riunione che consentano di mantenere la contestualità *cronologica* nello svolgimento del procedimento assembleare: ad esempio, mediante la ritrascrizione in tempo reale degli interventi svolti nella sede sociale da quanti sono fisicamente presenti in assemblea; la concessione di un tempo sufficiente all'espressione del voto dopo l'esame del testo delle proposte reso disponibile su internet; l'allungamento del periodo di svolgimento della riunione.

Non diversamente da ciò che accade con il voto per corrispondenza, l'intervento mediante mezzi di telecomunicazione – per quanto ipotizzabile per tutti i soci legittimati all'intervento – non fa venire meno, però, la necessità che un'assemblea si costituisca ed operi. In definitiva, non è certamente più necessario assicurare la necessaria partecipazione *fisica* alla riunione – o, se si preferisce, la compresenza in unico luogo – di tutti i soci. Pure nelle ipotesi di intervento telematico dovrà, non di meno, reputarsi costituita ed operante un'assemblea. Presso la sede sociale, infatti, dovranno pur sempre essere presenti gli amministratori ed i sindaci e dovrà essere insediato l'ufficio di presidenza (Presidente; Segretario; assistenti dell'ufficio) per coordinare i lavori assembleari.

Sul piano sistematico, siamo così giunti a porre in evidenza un secondo elemento di rottura rispetto al passato: vale a dire che come a certe condizioni (voto per corrispondenza) la contestualità cronologica non connota più il procedimento assembleare, così, nel concorso di altre condizioni (intervento telematico), il metodo collegiale nelle s.p.a. non richiede più la partecipazione fisica alla riunione, quanto meno dei soci.

A questo punto, occorre, peraltro, rilevare come sia preferibile inserire nello statuto, e non già nel regolamento assembleare adottato dall'assemblea ordinaria (art. 2364 n. 6 c.c.), la disciplina di dettaglio per il voto per corrispondenza e per l'intervento telematico. Ferma restando la facoltà, e non l'obbligo, dei soci di avvalersi di tali forme di intervento (il che esclude possa incidere in materia il principio parità di trattamento dei soci), le disposizioni, anche di dettaglio, previste dall'atto costitutivo andranno a condizionare la conformità *ex art. 2377 c.c.* della delibera allo statuto, con la conseguenza che la violazione delle stesse prescrizioni esporrebbe la de-

libera all'annullamento ed eviterebbe, altresì, quel grave stato di incertezza – oscillante tra la qualifica in termini di mera irregolarità o per rilevanza *ex artt.* 1175 e 1375 – connesso all'inadempimento delle prescrizioni contenute nel regolamento di assemblea.

Veniamo ora al secondo punto: l'assemblea virtuale.

Consideriamo, al riguardo, i dati desumibili dal sistema. In effetti, una riunione telematica è espressamente prevista, in primo luogo, per le adunanze del consiglio di amministrazione (art. 2388 c.c.), oltre che per quelle del collegio sindacale (art. 2404 c.c.). E tale previsione per gli organi di amministrazione e controllo, ma non per quello formato dalle persone dei soci è, in un certo senso, peculiare, ove solo si pensi che la partecipazione all'assemblea da parte degli azionisti rappresenta l'esercizio di un diritto; la partecipazione degli amministratori e dei sindaci alle sedute dei propri organi collegiali è, piuttosto, qualificabile come un dovere funzionale, loro imposto sempre al consueto fine della attuazione del contratto sociale, nell'interesse dei soci e nel rispetto delle norme di legge e statutarie. Dal punto di vista sistematico, quindi, se ne trae l'impressione più che fondata che, pure quando l'intervento alla riunione sia un obbligo, nessun interesse inderogabile richieda la presenza *fisica* alla stessa – come si desume dalla stessa lettera dell'art. 2388 (“*la presenza avvenga*”) – e che sia rimesso, su tale presupposto, all'autonomia statutaria l'alterazione di tale disciplina.

Ma un secondo argomento sistematico si ricava, a mio avviso, dalla disciplina della s.r.l. E - si badi - si tratta di un argomento particolarmente forte, in quanto dimostra con molta chiarezza che, alla luce della riforma del 2003, le esigenze legate allo svolgimento dell'assemblea con modalità “tradizionali”, non possono impedire l'adozione di sistemi “alternativi” di formazione della volontà sociale.

Ed invero, la possibilità di prevedere in via statutaria l'adozione di decisioni dei soci mediante consultazione scritta o consenso espresso per iscritto (art. 2479, comma 2, c.c.), comporta un esonero totale dall'obbligo di osservare, nell'adozione della decisione, il procedimento assembleare pur previsto in mancanza di una contraria disciplina dello statuto. Svincolo dalle relative forme procedurali, questo, che viene completato da uno specifico regime formale, caratterizzato dalla equivalenza tra il documento scritto – in cui si esprime la volontà dei soci – e il verbale d'assemblea.

Nella s.r.l., dunque, ed è qui la perplessità suscitata dalla massima del consiglio notarile milanese citata in apertura, il problema della unitarietà spazio-temporale del procedimento di formazione della decisio-

ne non si pone. Anzi, la tecnica delle decisioni scritte (per la cui operatività reputo sufficiente la semplice clausola cd. *opt-in*) costituisce veicolo privilegiato per introdurre anche modalità telematiche di assunzione delle decisioni, pur se del tutto svincolate dalla contestuale presenza, fisica o virtuale, dei soci. Di conseguenza, almeno nei limiti in cui è consentita la modalità extrassembleare di formazione della decisione, il richiamo della disciplina della s.p.a, in particolare dell'art. 2370 c.c., al fine di argomentare la legittimità dell'impiego di strumenti telematici per l'approvazione di decisioni dei soci è del tutto superfluo.

D'altra parte, nulla impedisce, sul piano formale, di reputare del tutto equivalente alla forma scritta (indispensabile per le decisioni extrassembleari nella s.r.l.) la forma telematica, con riguardo sia alla espressione del voto che alla formazione della volontà dei soci. Né si pone un problema di compatibilità con le regole che governano la formazione del contratto *inter absentes*, posto che le decisioni scritte si perfezionano secondo schemi procedimentali, tipicamente societari, cui sono estranei i tradizionali canoni negoziali.

La prospettiva ora tracciata, che pone in evidenza il forte ridimensionamento "sistematico" della fase della riunione, deve tuttavia tener conto della circostanza che nella s.r.l non si può superare la necessità dell'assemblea quando si tratti di approvare le decisioni indicate nell'art. 2479 n. 4 e 5 c.c., o quando lo richiedano tanto soci che rappresentano il terzo del capitale sociale (art. 2479 comma 4, c.c.). Circostanza che, lungi dal contraddire le considerazioni sin qui svolte, consente di individuare con precisione il significato che nel sistema attuale assume la modalità assembleare. In altri termini, gli interessi cui la stessa risponde.

Al riguardo, non è difficile scorgere nell'esigenza di garantire lo svolgimento di una discussione sulle materie in questione, onde addivenire a determinazioni più consapevoli e ponderate, la ragione sulla quale si fonda la regola sancita nell'art. 2479 comma 4. Discussione che richiede la contestuale partecipazione dei soci e non, invece, la loro presenza fisica, come d'altra parte inequivocabilmente dimostrato dagli artt. 2388, 2404 c.c. Tali disposizioni consentono – lo si è visto – lo svolgimento di consigli di amministrazione o collegi sindacali in via telematica; non certo l'adozione di decisioni in cui non è data ai membri del collegio la possibilità del contestuale confronto di opinioni.

È dunque la contestuale presenza dei membri a costituire condizione indefettibile della riunione assembleare, quale presupposto per lo svol-

gimento della discussione.

Tale presenza può essere fisica, o virtuale se lo statuto lo consente. Nella s.p.a. come nella s.r.l.

Certo, potranno in tal modo sorgere problemi collegati al costante accertamento della sussistenza del *quorum* costitutivo in assemblea; e, proprio con riguardo a questo profilo, mi sembra si possa aderire alla tesi secondo la quale il relativo *quorum* vada accertato in apertura di assemblea ma non ne sia necessaria la permanenza in seguito, durante l'intero corso della riunione.

Non mi sentirei invece di sostenere, proprio in virtù delle citate disposizioni di cui agli artt. 2479, comma 4, 2388 e 2404 c.c., che sia possibile derogare in via statutaria al principio di necessaria contestualità cronologica dello svolgimento dell'adunanza, salva l'ipotesi del voto per corrispondenza (peraltro, senz'altro ammissibile pure nella s.r.l.); con la puntualizzazione che siffatta esigenza di contestualità non impedisce che la discussione "virtuale", con l'impiego di programmi o sistemi informatici adeguati, possa svolgersi in un arco temporale definito, ma comunque temporalmente esteso.

### **Bibliografia**

- CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, 2. *Diritto delle società*<sup>6</sup>, Torino, 2006;
- BUSANI, *Commento all'art. 2370*, in AA. VV., *Il nuovo diritto delle società*, diretto da A. Maffei Alberti, vol. I, Padova, 2005, 474 ss.; DEMURO, *Collegialità societaria e nuove tecnologie*, in *Riv. notariato*, 2001, 59 ss.; ID., *Partecipazione virtuale alle riunioni collegiali di società*, in *Giur. comm.*, 2002, 398 ss.; MONTAGNANI, *Commento all'art. 2370*, in AA.VV., *Società di capitali. Commentario*, a cura di Niccolini e Stagno d'Alcontres, vol. I, Napoli, 2004, 495 ss.; FIORIO, *Commento all'art. 2377*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario*, a cura di Cottino, Bonfante, Cagnasso e Montalenti, Roma – Bologna, 2004, vol. I, 533 ss.; FEDERZINI, *Intervento del socio mediante mezzi di telecomunicazione e democrazia assembleare*, in *Giur. comm.*, 2006, 98 ss.; RESCIO, *L'assemblea della public company e la sua verbalizzazione*, in *Riv. soc.* 1998, 1366 ss.; SERRA, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, vol. III\*, Torino, 1993, 51 ss.; ID., *Il procedimento assembleare*, in AA. VV., *Il nuovo diritto societario. Liber Amicorum Gian Franco Campobasso*, vol. II, Torino, 2006, 37 ss.; TURELLI, *Assemblea di società per azioni e nuove tecnologie*, in *Riv. soc.*, 2004, 116 ss.

CARLA PANSINI

## **I sostitutivi del carcere tra esigenze punitive e bisogni di risocializzazione\***

In un seminario di studi come questo, dedicato alle “prospettive per la effettività e la certezza della pena” nel contesto della esecuzione penale, un tema quale quello assegnatomi, così costruito, desta qualche perplessità perché i c.d. “sostitutivi del carcere” dovrebbero costituire proprio il punto di equilibrio tra esigenze punitive e bisogni di risocializzazione, ovvero tra le esigenze contrapposte del nostro sistema sanzionatorio.

Forse, allora, bisognerebbe domandarsi perché il nostro attuale sistema sanzionatorio - che ruota proprio attorno alle alternative al carcere - non rende effettiva la pena.

Ieri è stato puntualmente osservato come l’effettività della pena non si rifletta solo sulla prevenzione speciale, ma anche su quella generale nel senso che quest’ultima si realizza soprattutto nella applicazione concreta della pena; quindi, la funzione di deterrenza o di orientamento comportamentale propria del diritto penale è affidata alla pena reale ancor prima che alla pena edittale.

L’evoluzione che ha caratterizzato la disciplina normativa in materia di misure alternative alla detenzione sembra, però, aver condotto ad una dissociazione tra la fase della commisurazione ed irrogazione della pena e quella dell’esecuzione della sentenza di condanna. Un “malinteso senso di premialità”, fondato sulla possibilità di accesso ad una fascia sempre più ampia di benefici penitenziari, ha fatto ritenere fisiologico che, una volta manifestata la forza intimidativa dello Stato nella fase della commisurazione della pena, nella successiva fase di attuazione della sanzione si determini un “dissolvimento delle aspettative punitive”, attraverso l’ap-

\*Il testo riproduce l’intervento svolto nell’ambito del Convegno tenutosi a Campobasso il 15 marzo 2008 su “L’esecuzione penale: prospettive per la effettività e la certezza della pena”, organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell’Università degli Studi del Molise e dal Ministero della Giustizia – Direzione generale del personale e della formazione – Ispettorato generale.

plicazione generalizzata dei numerosi istituti di favore<sup>1</sup>. Situazione ulteriormente compromessa dal ricorso che ciclicamente il legislatore ha fatto a provvedimenti di clemenza generalizzati che, oltre ad alleggerire il numero dei detenuti negli istituti penitenziari, ha finito per compromettere il senso di effettività della pena.

Quale, allora, il punto critico di un siffatto sistema?

Per tentare di dare una risposta a questa domanda mi sia consentito fare una brevissima premessa. In questi lunghi anni di vigenza del codice penale il ventaglio delle pene è molto cambiato rispetto alle tre tipologie di pena originariamente previste dal legislatore del 1930. Il tentativo del legislatore di coniugare esigenze punitive e bisogni di risocializzazione si manifesta in maniera significativa con le misure alternative alla detenzione, intendendo con questa dizione ricomprendere tutti i “sostitutivi del carcere”, ovvero non solo le misure alternative alla detenzione vere e proprie, introdotte per la prima volta nel nostro ordinamento con la riforma dell’ordinamento penitenziario del 1975 e le successive modificazioni, ma anche, ad esempio, le sanzioni sostitutive alle pene detentive brevi (l. 24 novembre 1981, n. 689) e le nuove pene recentemente introdotte dal d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274 per la competenza penale del giudice di pace. Peraltro, il riconoscimento costituzionale della finalità rieducativa della pena - da conseguire in concreto con riguardo particolare alle pene carcerarie, per impedire che la componente afflittiva concretantesi nella restrizione della libertà personale assuma una valenza assorbente o esclusiva - aveva portato originariamente ad intendere proprio quella finalità rieducativa nel senso di risocializzazione e riadattamento sociale del condannato, da conseguirsi attraverso il TRATTAMENTO INDIVIDUALIZZATO, secondo una progressione premiale. È questo il punto che, secondo me, va sottolineato: il trattamento era risultato il punto di forza dell’intero settore dell’esecuzione delle pene detentive<sup>2</sup> ed il perseguimento della finalità rieducativa attraverso il trattamento individualizzato costituiva l’anello di congiunzione tra le differenti finalità della pena.

<sup>1</sup> In questi termini V. PATALANO, in P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, Torino, 2006.

<sup>2</sup> Cfr. M.G.COPPETTA, voce *Ordinamento penitenziario*, in *Enc. dir.*, IV Agg., Giuffrè, 2000, p. 874 ss.

L'applicazione di questi principi ha dovuto, però, fare i conti con una realtà complessa e carente di risorse; ha dovuto fare i conti con le difficoltà incontrate dal nostro sistema repressivo nel fronteggiare le cicliche esplosioni del fenomeno della criminalità organizzata. Ha dovuto fare i conti – come ci ha illustrato ieri il prof. Fiore - con un sistema punitivo “bloccato” per la mancata riforma del codice penale. Ha dovuto, altresì, fare i conti con la duttilità dello stesso concetto di trattamento rieducativo, capace di recepire valenze profondamente diverse.

È noto, allora, come tutto il sistema delle “alternative alla detenzione” sia stato oggetto di successivi interventi da parte del legislatore, il cui tratto comune può individuarsi in un progressivo ampliamento dell'ambito di applicazione delle diverse pene limitative della libertà *extra moenia*. Esemplificativamente, e senza pretesa di completezza, vorrei ricordare la l. n. 663 del 1986, che, accentuando il carattere premiale delle misure alternative, non solo ha ampliato l'ambito dei trattamenti in libertà, ma ha anche ridotto quello intramurario ad esclusivo strumento per l'ammissione ai “benefici”, ovvero la l. n. 165 del 1998, che ha trasformato in regola l'anticipata operatività dei trattamenti in libertà. Faccio, poi, rientrare in questa scia novellistica anche la l. n. 207 del 2003 disciplinante la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni. Questa è la strada scelta dal legislatore nel tentativo di tenere sotto controllo le dimensioni della popolazione penitenziaria, per evitare il collasso degli istituti di pena ed arginare il rischio di condizioni di vita in carcere sempre meno rispettose di uno *standard* minimo di “umanità”<sup>3</sup>.

In questo contesto, però, la finalità rieducativa collegata al trattamento individualizzato inevitabilmente ha assunto una valenza “minimale”. Risocializzare è diventato sinonimo di non desocializzare: in altri termini, lo scopo dell'esecuzione penale si è ridimensionato in quello di prevenire gli effetti desocializzanti o, peggio ancora, criminogeni della pena detentiva.

Facevo riferimento prima al trattamento individualizzato perché, secondo me è il punto di armonizzazione tra le istanze punitive e le esigenze di risocializzazione dei condannati e che è oggi assolutamente ca-

<sup>3</sup> Analogamente, E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo alla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 96.

duto nell'oblio. Ieri, puntualmente, il Prof. Riccio ricordava come l'idea del trattamento individualizzato trova disarmonia tra adulti e minorenni giacché per i primi il trattamento è affidato alla magistratura di sorveglianza mentre per i minori è anticipato al momento del processo. Direi, invero, che c'è qualcosa in più: per i minori, ancorché ancora imputati, il trattamento è operato mentre nei confronti degli adulti è assolutamente dimenticato.

E, forse, è proprio questo il PUNTO PROBLEMATICO del sistema, che, peraltro, emerge chiaramente da un vero e proprio "scontro" in atto tra Legislatore e Corte costituzionale. Le scelte più recenti del legislatore vanno nella direzione di perseguire, nella rimodulazione delle condizioni di accesso ai benefici penitenziari ed alle misure alternative alla detenzione, finalità di difesa sociale o, all'opposto, di deflazione carceraria, a scapito delle esigenze rieducative connesse all'esecuzione della pena. Mi riferisco, ad esempio, sotto il primo profilo, alla l. 5 dicembre 2005 n. 354, cd. ex Cirielli, che ha introdotto rigide preclusioni legali all'accesso ai benefici penitenziari per i soggetti plurirecidenti. Mi riferisco, ancora, e all'opposto, alla l. 1 agosto 2003, n. 207 che ha previsto la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni (c.d. "indultino").

Forse, anzi sicuramente, nessuna coerenza o scelta di politica criminale lega questi due interventi che si pongono assolutamente agli antipodi. La prima si ispira ad esigenze repressive e, condivisibile o meno, tutto sommato poteva avere anche una sua razionalità nel contesto del nostro sistema penitenziario fondato sul finalismo della pena: la recidiva è, difatti, sempre stata considerata indice di riferimento dell'efficienza del sistema penitenziario; sicché la ricaduta reiterata nel delitto significa che la precedente esperienza penitenziaria (ancorché limitata alla sola irrogazione di una pena non eseguita) non è servita e, quindi, è necessario applicare un regime sanzionatorio più rigoroso, non solo sotto il profilo del *quantum* di pena, ma anche delle modalità esecutive<sup>4</sup>. La legge n. 207 del 2003, invece, è ispirata a scelte clemenziali. Entrambe, però, hanno un punto in comune: hanno introdotto degli AUTOMATISMI nel meccanismo di accesso ai benefici penitenziari che incrinano il sistema. Que-

<sup>4</sup> V. A. PENNISI, *La Consulta fissa i limiti alle scelte (clemenziali o repressive) del legislatore in materia penitenziaria*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 1236.

sti automatismi sviscerano i margini di discrezionalità della magistratura di sorveglianza, in quanto non temperati da alcuna valutazione di merito del giudice sia laddove si prevede la obbligatoria concessione dell'“indultino”, sulla sola base dell'assenza di situazioni ritenute in astratto dal legislatore sintomatiche di pericolosità sociale; sia laddove la legge *ex Cirielli* introduce una sorta di presunzione assoluta di pericolosità in capo ad alcuni soggetti, collegata alla qualifica di recidivo reiterato.

La Corte costituzionale, invece, in tutte le sue pronunce non perde occasione per ribadire la finalità rieducativa della pena e, soprattutto, delle misure alternative alla detenzione e il dovere del legislatore di rispettare tale fondamentale canone costituzionale. In vero, due sono i punti fermi della giurisprudenza costituzionale in tema di finalismo rieducativo della pena. In primo luogo, il principio in base al quale la legislazione penitenziaria può attenuare, se del caso, l'obiettivo della rieducazione, ma non sacrificarlo *in toto*<sup>5</sup>. In secondo luogo, che non può, per salvaguardare esigenze generalpreventive in armonia con la funzione afflittiva e retributiva della pena, penalizzarsi un condannato escludendolo dai concreti vantaggi connessi alla logica della rieducazione, ricorrendo a preclusioni automatiche che non diano il dovuto rilievo al suo reale cammino lungo la strada del reinserimento sociale<sup>6</sup>. Il dato, importante, però, è che la Corte costituzionale ha cominciato a censurare non solo gli automatismi per così dire “in negativo”, ossia quelle previsioni automaticamente ed indistintamente ostative all'applicabilità dei più importanti benefici penitenziari, ma anche gli automatismi “in positivo” ovvero quelli che assegnano un identico beneficio a condannati che presentino fra loro differenti stadi di percorso di risocializzazione: un esempio è la sent. n. 255 del 2006 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo l'art. 1, comma 1, l. n. 207 del 2003 (indultino) nella parte in cui non prevedeva che il giudice di sorveglianza potesse negare la sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva al condannato qualora avesse ritenuto il be-

<sup>5</sup> Cfr., in questi termini, Corte cost., sent. n. 306 del 1993 di non fondatezza della questione di legittimità dell'art. 4*bis*, comma 1, o.p.

<sup>6</sup> Tra le tante sentenze v. ad es. Corte cost., sent. 5 giugno 1997 n. 173, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 47*ter*, u.c., l. 354 del 1975 nella parte in cui faceva derivare automaticamente la sospensione della detenzione domiciliare dalla presentazione di una denuncia per il reato di evasione o, più di recente, Corte cost., sentt. 21 giugno 2006 n. 257 e 5 marzo 2007 n. 79 sull'articolato sistema di preclusioni introdotte dalla l. n.251 del 2005.

neficio non adeguato alle finalità previste dall'art. 27, terzo comma, Cost.

E la novità di tale pronuncia sta nel fatto che l'illegittimità si collega ad una legge di contenuto clemenziale, che rappresenta un'eccezione nel panorama normativo penitenziario ancorato alla logica premiale alla quale s'ispira la fondamentale legge di riforma n. 354 del 1975. «Per realizzare appieno i principi di proporzionalità e individualizzazione della pena che caratterizzano il trattamento penitenziario e che a loro volta discendono dagli artt. 27, primo e terzo comma e 3 Cost. .... è necessario assicurare progressività trattamentale e flessibilità della pena e conseguentemente, un potere discrezionale al magistrato di sorveglianza nella concessione dei benefici penitenziari»<sup>7</sup>.

Il principio di diritto non è sicuramente nuovo, ma la novità sta nel fatto che la Corte lo utilizza non come aveva fatto sino ad ora, ovvero a favore del condannato, per limitare gli eccessi repressivi del legislatore che non lasciavano alcuno spazio alla funzione rieducativa della pena ma, al contrario, *contra reum*, per limitare le scelte clemenziali del legislatore, assolutamente ingiustificate tutte le volte in cui la pena non ha raggiunto, o non può raggiungere, la sua finalità rieducativa.

In altri termini, pur nella diversità delle tematiche affrontate, i recenti interventi della Corte costituzionale hanno un comune denominatore: l'illegittimità costituzionale degli automatismi normativi nel settore penitenziario che è governato dal finalismo rieducativo della pena e, quindi, dall'individualizzazione del trattamento, la cui progressione o regressione è affidata alla valutazione della magistratura di sorveglianza ed è fondata sul criterio di premialità.

Insomma, la Corte non solo non tollera invasioni di campo del legislatore ordinario con provvedimenti di natura clemenziale che condizionino il potere discrezionale della magistratura di sorveglianza e minano l'effettività della pena, ma ricuce il punto di rottura dell'armonia del sistema dell'esecuzione penitenziaria – incentrato, lo si ripete, sui principi del finalismo rieducativo della pena, dell'individualizzazione del trattamento e della progressività trattamentale – provocato dall'introduzione di meccanismi automatici, fornendo, poi, di volta in volta parametri di valutazione cui dovrà attingere il giudice chiamato a decidere sull'istanza dell'interessato.

<sup>7</sup> Così Corte cost., sent. 21 giugno 2006, n. 257

In definitiva, la costituzionalizzazione del principio di rieducazione, per quanto si possa essere pessimisti o dubbiosi sulla reale capacità legislativa di attuarlo, ha il preciso significato di “punto di non ritorno”<sup>8</sup>, di garanzia contro le spinte regressive che sono quasi naturali nel sistema penitenziario e che periodicamente ed in modo emotivo ripropongono l’idea o reclamano l’attuazione di pene più severe e rigide.

Occorre, però, accorciare il divario oggi esistente tra pena legale e pena reale, ancorché non detentiva. Dolcini ha icasticamente rappresentato il nostro attuale sistema sanzionatorio come una “tigre di carta”<sup>9</sup>: un sistema, cioè, che in astratto minaccia pene molto severe ma che, poi, per il concorrere di vari meccanismi di diritto penale sostanziale, di diritto penale processuale e dell’ordinamento penitenziario, si sgretola, dando vita in concreto a risposte punitive meramente virtuali ed offrendo un’impunità pressoché totale anche ad autori di reati di rilevante gravità.

Occorre, allora, forse, riaffermare che la fase dell’esecuzione della sanzione penale non può essere il campo per “metamorfosi sanzionatorie”. La pena resta il momento centrale dell’esercizio di forza di uno Stato democratico che, anche in presenza del principio costituzionale di “rieducazione del condannato”, rende attuale l’istanza punitiva prevedendo strumenti diversi, i cui profili, però, confermano la natura repressiva della pena<sup>10</sup>.

Le misure alternative, allora, non devono intendersi come strumenti normativi di elusione della pena detentiva, ma come i mezzi più efficaci per confermarne, sotto una veste diversa, i criteri di afflittività e di proporzione rispetto al reato commesso e come occasione di risocializzazione e di integrazione sociale del condannato. Questo, però, secondo me, passa per una valorizzazione del momento giurisdizionale di esecuzione della pena, che innanzitutto deve attivarsi a ridosso del momento in cui la pena stessa diventa esecutiva: oggi nei tribunali di sorveglianza delle grandi città decorre in media 1 anno e 6 mesi dall’emanazione dell’ordine di esecuzione, con contestuale decreto di sospensione, alla decisione del tribunale. Durante questo periodo i condannati attendono l’esito dell’or-

<sup>8</sup> P.M. CORSO, *Manuale della esecuzione penitenziaria*, Bologna, 2006, p. 5.

<sup>9</sup> E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena. Atti del XXIII convegno di studi “Enrico de Nicola”*, 2002, p. 31.

<sup>10</sup> Ancora V. PATALANO, in P. TRONCONE, *Manuale di diritto penitenziario*, cit.

dinanza in uno stato di libertà incondizionato, sulla base della semplice presentazione di un'istanza e a prescindere da una qualsiasi valutazione prognostica. Ma la valorizzazione del momento giurisdizionale potrebbe attuarsi, in una prospettiva *de iure condendo*, addirittura anticipando, in alcuni casi, l'applicazione delle misure alternative già in sentenza (sulla falsariga del modello penale di pace) o attraverso la previsione di una struttura bifasica del processo. Questo, però, non significa esautorare il legislatore dall'indicazione, a lui esclusivamente spettante, dei confini entro cui può attuarsi il potere discrezionale del giudice, senza i quali la garanzia di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge sarebbe messa in crisi ancor più che dalla determinazione astratta della pena senza alcun riferimento al caso concreto.

FEDERICO PERNAZZA

## **Il ruolo dell'impresa sociale nel quadro degli enti non profit\***

SOMMARIO: 1. Premessa. Impresa sociale ed intervento pubblico. - 2. L'impresa sociale e fondamenti della disciplina dell'impresa. - 3. Gli elementi di caratterizzazione dell'impresa sociale. - 4. Impresa sociale e modelli organizzativi. - 5. Impresa sociale: status facoltativo o normazione imperativa? - 6. Riflessioni conclusive

### **1. Premessa. Impresa sociale ed intervento pubblico**

Il perseguimento di interessi generali o collettivi attraverso attività di impresa trova tradizionalmente il proprio più importante ambito di concretamento nell'ampio e variegato fenomeno delle imprese pubbliche.

Negli ultimi decenni del XX secolo, tuttavia, in molti paesi industrializzati si è evidenziato un diffuso processo di liberalizzazione e privatizzazione che ha ridotto la portata dell'intervento pubblico diretto nelle attività economiche; inoltre, i vincoli ed i controlli introdotti in ossequio alle esigenze di una sana concorrenza hanno di fatto limitato l'utilizzazione dello strumento dell'impresa pubblica nel perseguimento di interessi generali.

Correlativamente, l'esigenza di contenimento della spesa pubblica e di flessibilità delle strutture organizzative ha indotto le Pubbliche Amministrazioni, a livello nazionale e a livello locale, ad esternalizzare attività loro proprie, tradizionalmente estranee all'intervento di organizzazioni di impresa.

Nel contempo, i servizi di assistenza sociale e sanitaria, di tutela dell'ambiente, di formazione extrascolastica, di valorizzazione del patrimonio culturale, di inserimento di lavoratori svantaggiati e disabili, pur rientrando negli ambiti di intervento di una moderna concezione dello Sta-

\* Il presente saggio costituisce la versione rivista ed integrata della relazione presentata l'11 settembre 2007 al convegno italo-brasiliano organizzato dall'Università di San Paolo del Brasile sul tema "Lo Stato, l'Impresa ed il Mercato. Nuove tendenze del Diritto Commerciale e dell'Economia".

to e delle Amministrazioni Pubbliche locali hanno assunto dimensioni che rendono non sostenibile il loro espletamento diretto da parte della Pubblica Amministrazione.

D'altronde, i servizi che oggi definiamo di utilità sociale hanno costituito da sempre l'oggetto di attività di secolari istituzioni, religiose e laiche, caratterizzate da una grande varietà di modelli organizzativi (enti ecclesiastici, fondazioni, *charitable trusts*, associazioni, etc.), che sono sopravvissute alle ricorrenti stagioni legislative contro i cosiddetti "enti intermedi", dalla legislazione rivoluzionaria francese alle leggi contro la "manomorta" agli albori dello Stato Italiano<sup>1</sup>.

Le dimensioni degli ambiti di intervento e la necessità di disporre di strutture, di strumenti tecnici, di personale specializzato e di adeguate risorse finanziarie, ha attribuito progressivamente maggiore importanza ai profili organizzativi e all'adozione di efficienti criteri di gestione. Gli enti privati che forniscono servizi di interesse sociale debbono ormai dotarsi di strutture organizzative stabili e seguire modelli gestionali assimilabili a quelli propri delle imprese commerciali.

Nel contempo, i servizi ed i prodotti frutto dell'attività di enti non-profit non sono distinguibili sul piano merceologico da servizi e prodotti di imprese con fini di lucro. Si pone, quindi, la necessità, sul piano teorico come sul piano normativo, di delineare la correlazione tra tali enti e l'istituto dell'impresa e di valutare in che misura lo statuto dell'imprenditore sia loro applicabile.

## 2. *L'impresa sociale e fondamenti della disciplina dell'impresa*

Nell'ordinamento italiano la regolamentazione delle attività economiche è imperniata sulla figura dell'imprenditore, cui è riferito uno statuto generale, che si articola ed arricchisce di ulteriori complessi di regole correlati alle sub-fattispecie dell'imprenditore commerciale, dell'imprenditore agricolo e del piccolo imprenditore.

Gli elementi qualificanti la figura dell'imprenditore sono, come noto, lo svolgimento di un'attività produttiva di beni o di servizi destinati al mercato, la sussistenza di una organizzazione ed il carattere professio-

<sup>1</sup> In Italia hanno assunto particolare rilievo nel Regno di Sardegna la legge 5.6.1850, n. 1037 (legge Siccardi) e dopo l'unificazione nazionale la legge 21.6.1896, n. 218.

nale ed il metodo economico con cui l'attività è esercitata.

Non vi è dubbio che anche in relazione agli enti che sono deputati statutariamente alla fornitura di servizi o alla produzione di beni di utilità sociale siano riscontrabili i primi tre elementi caratterizzanti l'impresa: l'eterodestinazione dei beni e dei servizi prodotti è elemento intrinseco dello scopo che essi si prefiggono, mentre la continuità e stabilità dell'attività, aspetti richiamati nell'art. 2082 c.c. con il termine "professionalità", sono quanto meno normali in enti che si prefiggono statutariamente scopi che vengono perseguiti attraverso un'attività e non singoli interventi occasionali. Parimenti, nel settore delle attività di interesse sociale l'elemento dell'organizzazione è ormai ineludibile, non soltanto rispetto all'ente, che spesso è strutturato secondo modelli complessi, ma anche in relazione all'espletamento delle attività che tendono a coinvolgere diverse professionalità ed a utilizzare locali e mezzi con le conseguenti crescenti esigenze organizzative.

L'unico elemento che potrebbe mettere in discussione la riconduzione ad attività di impresa dell'esercizio di attività di produzione di beni e servizi di utilità sociale da parte di enti non-profit è dunque il criterio della "economicità" propria dell'impresa.

Tuttavia, la dottrina italiana è ormai da tempo prevalentemente orientata ad escludere che il criterio dell'economicità dell'attività d'impresa vada interpretato restrittivamente nel senso di ricondurre ad essa soltanto le attività svolte con fine di lucro, ovvero con l'intento di ottenere un'eccedenza dei ricavi rispetto ai costi<sup>2</sup>.

L'approfondimento della tematica dell'impresa pubblica, che ha costituito uno degli ambiti più rilevanti in cui si è sviluppato il dibattito sul significato del criterio di economicità e di conseguenza sull'ampiezza della figura dell'imprenditore e della sfera di applicazione del suo statuto, ha condotto ad analoghi risultati<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> In tal senso *ex multis* G. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2005, p. 16; F. GALGANO, *Diritto commerciale*, I, Zanichelli, 1996, 5 ed. 40; P. SPADA, *Impresa*, in *Dig. Disc. Priv., sez. comm.*, VII, p. 50; *contra* G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Utet, 2002, 11 ed., p. 43; FERRARA-CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1999, 11 ed., p. 41.

<sup>3</sup> La riflessione più matura sul tema ha configurato l'economicità di gestione come un limite ineludibile alla strumentalizzazione dell'impresa pubblica che ha trovato numerosi riscontri nel diritto positivo: cfr. M.T. CIRENEL, *L'impresa pubblica*, Giuffrè, 1983, *passim* ed in part. p. 379 e ss..

Pertanto, è oggi un dato pressoché indiscusso che qualsiasi attività di produzione di beni e di servizi che sia svolta nell'intento di ottenere quanto meno il pareggio tra i costi ed i ricavi possa qualificarsi economica e sia riconducibile, in presenza degli altri requisiti già descritti, ad attività d'impresa.

Restano, quindi, escluse dall'ambito dell'impresa quelle attività che siano svolte con la mera funzione di erogare beni o servizi, senza curare che i ricavi coprano almeno i costi.

In base a quanto sopra le attività di produzione di beni e servizi di utilità sociale svolte con criterio di mera economicità sono qualificabili attività di impresa o, più specificamente, di "impresa sociale". L'impresa sociale è dunque sul piano logico-sistematico una sub-fattispecie dell'impresa e, pertanto, le si applica lo statuto generale dell'imprenditore, in quanto non specificamente derogato. È evidente, tuttavia, che l'importanza e l'utilità per la collettività dei servizi offerti dall'impresa sociale e l'assenza di uno scopo di lucro possano giustificare interventi normativi che rendano per le imprese sociali meno gravoso l'adempimento degli obblighi propri dell'imprenditore ovvero agevolino od incentivino direttamente o indirettamente la loro attività.

D'altronde, ciò corrisponde ad esplicite indicazioni della costituzione italiana che, oltre ad individuare il contrasto con l'utilità sociale quale limite dell'iniziativa economica privata, prevede la possibilità di interventi legislativi volti ad indirizzare e coordinare l'attività economica pubblica e privata a fini sociali (art. 41.3).

L'introduzione di una legislazione speciale per l'impresa sociale presenta peculiari problematiche in relazione all'individuazione delle attività di utilità sociale, al coordinamento della regolamentazione sull'impresa sociale con quella dei soggetti che ne sono i potenziali titolari, agli strumenti di incentivazione, alla crisi e all'insolvenza. Si pone, infine, la necessità di una scelta di fondo: attribuire natura imperativa o facoltativa alle norme speciali. Con riferimento a questi specifici profili è interessante esaminare la disciplina dell'impresa sociale introdotta in Italia dal D. Lgs. 24 marzo 2006, n. 155 emanato in base alla legge delega 13 giugno 2005, n. 118, che, dopo vari interventi normativi specifici, tenta di offrire un quadro organico di settore<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Alla normazione primaria si sono aggiunti quattro decreti attuativi del Ministero dello Sviluppo Economico e del Ministero della Solidarietà Sociale del 24 marzo 2008, rispetti-

### **3. Gli elementi di caratterizzazione dell'impresa sociale**

La qualificazione di "impresa sociale" ai sensi della recente normativa italiana può essere ottenuta da enti che abbiano tre principali caratteristiche, una di carattere soggettivo (a), una relativa alla natura dell'attività svolta (b) e la terza concernente le finalità dell'ente (c).

a) La natura dell'ente non è specificata al di fuori della previsione che si deve trattare di organizzazioni "private", ivi compresi gli enti di cui al libro V del codice civile ovvero le società di persone, le società di capitali e le società cooperative. Sono, quindi, escluse le amministrazioni e gli enti pubblici che non possono neppure assumere una partecipazione di controllo in organizzazioni private qualificate "imprese sociali". Gli enti ecclesiastici possono, invece, ottenere la qualifica limitatamente allo svolgimento delle attività di utilità sociale, così come individuate dall'articolo 2 dello stesso D. Lgs. 155/06, purché adottino uno specifico regolamento di recepimento della legge e tengano una contabilità separata. Sono, infine, escluse le organizzazioni che limitino l'espletamento delle attività ai propri aderenti, intendendosi così garantire la finalità prevalentemente altruistica dell'impresa sociale.

Deve, quindi, osservarsi, in primo luogo, che, come già avvenuto in relazione a precedenti atti normativi concernenti il settore non-profit<sup>5</sup>, il legislatore ha rinunciato a delineare un nuovo modello organizzativo prescrivendo una serie di regole suscettibili di applicazione a tutti quegli enti strutturati secondo tipi già normati, che presentino le caratteristiche necessarie per ottenere la qualificazione di "impresa sociale".

b) In relazione all'attività svolta, l'art. 2 del D. Lgs. n. 155/06 elenca i settori per i quali la produzione, lo scambio di beni o di servizi sono

vamente dedicati: a) alla registrazione nel registro delle imprese; b) ai criteri quantitativi e temporali per il computo delle percentuali previste dall'art. 2 del D. Lgs. n. 155/2006; c) alle operazioni di trasformazione, fusione, scissione e cessione d'azienda; d) al bilancio sociale.

<sup>5</sup> Si vedano, in particolare la legge 11.8.1991, n. 266, legge quadro sul volontariato e il D. Lgs n. 4.12.1997, n. 460 per quanto concerne la disciplina tributaria delle ONLUS e la legge 7.12.2000, n. 383 sulle associazioni di promozione sociale. Un riferimento puntuale al modello organizzativo si riscontra invece nella legge 8.11.1991, n. 381 sulle cooperative sociali.

considerati di utilità sociale. L'elenco è ampio e comprende una serie di aree di attività a loro volta assai variegata, anche se per lo più individuate attraverso altre fonti normative: assistenza sociale, assistenza sanitaria, assistenza socio-sanitaria, istruzione e formazione, tutela dell'ambiente, valorizzazione del patrimonio culturale e ricerca ed erogazione di servizi culturali.

Si tratta di ambiti di competenza pubblica, specie a livello regionale e locale, ed in relazione alle quali si prospetta, quindi, uno spazio di collaborazione tra l'impresa sociale e la Pubblica Amministrazione.

L'impresa sociale, peraltro, non deve svolgere necessariamente tali attività in via esclusiva, essendo sufficiente che esse contribuiscano per almeno il 70% alla formazione dei suoi ricavi. Inoltre, le imprese che svolgono qualsiasi altra attività possono assumere la qualifica di impresa sociale se impiegano lavoratori disabili o svantaggiati in misura non inferiore al 30%.

Ne risulta confermata, rispetto al profilo dell'attività, la riconduzione dell'impresa sociale nell'alveo dell'impresa *tout court*. La qualificazione ulteriore di impresa sociale trova per questo aspetto giustificazione soltanto per l'accentuato beneficio collettivo che può derivare dallo svolgimento di determinate attività ovvero dal coinvolgimento di lavoratori in condizioni di difficoltà.

c) Il terzo elemento necessario per accedere alla qualificazione di impresa sociale consiste nell'assenza dello scopo di lucro che nell'art. 3 del D. Lgs n. 155/06 viene rappresentata con rigore.

L'impresa sociale non può, pena la perdita della qualificazione di "impresa sociale", distribuire in forma diretta o indiretta utili, avanzi di gestione, fondi o riserve né ai soci o partecipanti, né agli amministratori, ai lavoratori o ai collaboratori.

Perciò, anche nelle ipotesi in cui l'impresa sociale sia così qualificabile non per le attività svolte, ma per l'assunzione di lavoratori con handicap o svantaggiati nelle quote prescritte, è precluso il perseguimento di uno scopo lucrativo e gli eventuali utili ed avanzi di gestione possono essere destinati soltanto agli scopi statutari o all'incremento del patrimonio.

Al fine di evitare l'aggiramento della norma sono precluse anche forme di distribuzione indiretta attraverso una remunerazione di amministratori, lavoratori dipendenti ed autonomi in misura superiore a quelle di mercato, o dei titolari di strumenti finanziari in misura di cinque punti superiore al tasso di riferimento.

Il rigore della norma impone di affrontare almeno due nodi interpretativi: la possibilità o meno che nelle imprese sociali ed in particolare nelle cooperative che aspirino alla qualifica di imprese sociali siano attribuiti ai soci benefici attraverso le condizioni a cui vengono forniti i servizi ovvero mediante eventuali ristorni degli avanzi di gestione; la possibilità o meno di offrire agli utenti servizi a condizioni migliori di quelle correnti, fatto salvo il rispetto del principio dell'economicità della gestione complessiva dell'ente.

La risposta negativa al primo quesito deriva dalla natura, che deve ritenersi non tassativa, dell'art. 3, II comma, del citato decreto laddove, dopo aver vietato la distribuzione anche in forma indiretta di utili ed avanzi di gestione, enumera tre ipotesi ricadenti nella fattispecie e pertanto vietate. Lo spirito della norma appare chiaro nell'escludere ogni tipo di lucro anche nella forma del lucro mutualistico dovendo i vantaggi economici dell'impresa essere esclusivamente destinati ai beneficiari/utenti dell'attività di utilità sociale<sup>6</sup>.

Proprio tale finalità sottostante all'intera disciplina dell'impresa sociale consente di ritenere che i beni e servizi possano essere prodotti e proposti in modo tale che risultino economicamente vantaggiosi per i destinatari, purché resti salvaguardato l'equilibrio economico dell'impresa.

D'altronde, avrebbe poco senso imporre che un'impresa che realizza beni e servizi in favore di persone svantaggiate o in condizioni di disagio sociale sia obbligata a pretendere una remunerazione di mercato degli stessi (e quindi logicamente inclusiva di un margine di lucro), poiché verrebbe di fatto meno allo scopo che si prefigge.

#### **4. Impresa sociale e modelli organizzativi**

Il D. Lgs. n. 155/2006 non ha creato un nuovo modello organizzativo proprio dell'impresa sociale prevedendo che tale qualificazione possa essere assunta da tutte le organizzazioni private che presentino le de-

<sup>6</sup> Nel senso del testo A. FICI, *Commento all'art. 3, in Commentario al decreto sull'impresa sociale*, a cura di A. FICI e D. GALLETI, Giappichelli, 2007, p. 46, che ne deduce che "una società cooperativa (o, più in generale) un'organizzazione che aspiri alla qualifica di "impresa sociale" non potrebbe destinare ai propri soci – neppure sotto forma di ristorno e neppure nel caso in cui osservi le evidenziazioni contabili di cui all'art. 2513, c.c. – gli avanzi di gestione provenienti dall'attività mutualistica".

scritte caratteristiche soggettive, di attività e di scopo<sup>7</sup>.

La scelta deriva presumibilmente dalla consapevolezza della sussistenza di un ampio ventaglio di enti, variamente strutturati, che svolgono attività economiche di utilità sociale e che sono peraltro già destinatari di specifici interventi legislativi. Tra questi basti ricordare, da un lato, la legge quadro sul volontariato (L. 11 agosto 1991, n. 266) ed il decreto legislativo sulla disciplina tributaria delle ONLUS (D. Lgs. 4 dicembre 1997, n. 460) che, come la legge sull'impresa sociale, fanno riferimento ad una pluralità di enti non individuati soggettivamente ma in relazione alla natura dell'attività ed agli scopi perseguiti e, dall'altro, alcuni interventi normativi riferiti ad enti individuati tanto per attività e scopi che per il modello organizzativo prescelto (L. 8 novembre 1991, n. 381 sulle cooperative sociali; L. 7 dicembre 2000, n. 383 sulle associazioni di promozione sociale).

Il problema del coordinamento tra legislazioni non è particolarmente complesso laddove le fonti abbiano intenti diversi, come nel caso del D. Lgs n. 460/1997 sulle ONLUS, che ha fini prettamente fiscali. In tal caso l'autonomia delle due discipline comporta soltanto che esse trovino autonoma applicazione, come specificamente previsto dall'art. 17 del D. Lgs. n. 155/2006 al ricorrere dei rispettivi presupposti.

Qualora, invece, le diverse fonti incidano su profili omogenei della disciplina con previsioni contrastanti, si pone il problema di quale prevalga. Tre tra i problemi di coordinamento appaiono di particolare interesse.

a) Tra le organizzazioni che hanno svolto un ruolo rilevante nell'espletamento di servizi di utilità sociale figurano le cooperative sociali, appositamente regolate con legge 8 novembre 1991, n. 381, che prevede in loro favore agevolazioni fiscali, previdenziali nonché norme preferenziali negli affidamenti da parte di pubbliche amministrazioni di servizi che rientrino nei loro scopi sociali. L'interpretazione rigorosa del divieto dello scopo di lucro di cui alla legge sull'impresa sociale, se estesa anche ai vantaggi ottenibili dai soci in strutture mutualistiche pone il dubbio della configurabilità delle cooperative quali imprese sociali.

<sup>7</sup> L'opzione italiana non è condivisa da altri ordinamenti quale, da ultimo, quello inglese, in cui si è introdotto con il Company Act 2004 un modello ad hoc, la Community Interest Company (CIC), benché evidentemente non esclusiva e giustapposta ad altri enti svolgenti attività economica non-profit.

In realtà, la migliore interpretazione della normativa sulle cooperative sociali consente di qualificare tali enti tra le cooperative "a mutualità esterna" previste dall'art. 2520 c.c., in base al quale possono configurarsi cooperative destinate a procurare beni o servizi "a soggetti appartenenti a particolari categorie anche di non soci". Nella specie lo scopo mutualistico interno, e quindi, egoistico in senso lato, è sostituito dallo scopo altruistico di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini, risultando quindi preclusi quei vantaggi diretti o indiretti dei soci che l'art. 2 del D. Lgs. n. 155/2006 vieta.

b) Un problema di coordinamento si pone poi tra la disciplina dell'impresa sociale e quella dei modelli societari e di società cooperative di cui al titolo V del codice civile, atteso che il decreto n. 155/06 li richiama esplicitamente nell'art. 1, ma solo per alcuni aspetti si preoccupa di coordinare le fonti.

Le difficoltà si pongono tanto sul piano causale quanto sul piano organizzativo e su quello del regime della responsabilità.

Sul piano causale la rigorosa esclusione di fini lucrativi perseguiti in via diretta o indiretta, come pure di un intento esclusivamente mutualistico, evidenziano il contrasto con la disciplina delle società, in particolare delle società di persone e delle cooperative.

Per queste ultime l'art. 2520, II comma, prevede, come già ricordato, le cooperative a mutualità esterna per lo svolgimento di attività in favore di particolari categorie anche di non soci e quindi ad esse potranno essere ricondotte le imprese sociali che operano secondo il modello cooperativo. Il divieto di lucro soggettivo incide, invece, decisamente sulla disciplina delle società, proponendo una nuova ipotesi in cui i modelli societari sono utilizzati *ex lege* neutralizzandone la causa lucrativa.

Il fenomeno, come noto, non è nuovo. La legislazione speciale, specie in materia di imprese pubbliche, contempla da tempo numerosi esempi di utilizzo non lucrativo dei modelli societari capitalistici che la dottrina ha puntualmente evidenziato<sup>8</sup>. Nel decreto n. 155/06 si riscontrano, tuttavia, due peculiarità.

<sup>8</sup> D'obbligo il richiamo a G. MARASA, *Le società senza scopo di lucro*, Giuffrè, 1984, ed in particolare ai paragrafi dedicati alle società pubbliche ed alle società sportive, rispettivamente p. 353 e p. 392 e seguenti.

In primo luogo, l'utilizzo non lucrativo dei modelli societari non è individualizzato nè specificato neppure per categorie, così da evidenziarne l'eccezionalità, ma si estende a tutta l'amplissima congerie di imprese svolgenti servizi di utilità sociale.

In secondo luogo, le imprese sociali possono utilizzare anche i modelli organizzativi propri delle società di persone, laddove la neutralizzazione della causa lucrativa entra in diretto contrasto con il fine di lucro soggettivo.

L'altro profilo di difficoltà nella composizione della disciplina dell'impresa sociale con quella dei modelli organizzativi da essa utilizzabili attiene all'organizzazione. Le imprese sociali sono soggette ad obblighi nella selezione degli amministratori (in maggioranza soci e comunque dotati di requisiti di onorabilità e professionalità da stabilirsi nello statuto), debbono designare dei sindaci quando raggiungono livelli del capitale, del fatturato o dei dipendenti rilevanti ma comunque inferiori della metà di quelli previsti ai fini dell'imposizione dell'obbligo di redigere un bilancio in forma non abbreviata (art. 2435 bis).

Le imprese sociali, inoltre, sono tenute ad assicurare il coinvolgimento dei lavoratori e dei destinatari dei servizi. Tale previsione condurrebbe ad una radicale riorganizzazione dei modelli societari e non societari che intendano essere qualificati come imprese sociali, se la stessa norma non consentisse, in alternativa a forme di partecipazione, forme di consultazione o di mera informazione, peraltro obbligatorie limitatamente alle decisioni che attengono alle condizioni di lavoro ed alla qualità dei beni e dei servizi.

In tali termini l'obbligo non comporta necessariamente un impatto sull'organizzazione degli enti che intendano essere qualificati come imprese sociali, almeno quando si limitano alle forme più blande di coinvolgimento, come l'informazione o la consultazione. Spetterà ai costituenti determinare l'entità del coinvolgimento e conseguentemente la sussistenza di potenziali deviazioni dai modelli organizzativi tipici delle società lucrative che non prevedono la necessaria partecipazione dei lavoratori (e tanto meno dei terzi destinatari dell'attività sociale) sugli organi di amministrazione.

Un ulteriore rilevante obbligo cui l'impresa sociale è assoggettata è costituito dal cosiddetto "bilancio sociale". Infatti, oltre alla contabilità d'impresa, è prevista la redazione ed il deposito presso il registro delle imprese di un documento così denominato, i cui contenuti sono definiti dal Ministero della Solidarietà Sociale, atto ad attestare l'osservan-

za delle finalità sociali da parte dell'impresa.

Il bilancio sociale deve documentare l'effettivo perseguimento degli scopi sociali e la realizzazione degli interventi e dei servizi che l'impresa si è prefissa, nonché il rispetto del divieto di distribuzione diretta e indiretta di utili ed il coinvolgimento dei lavoratori. Dal decreto attuativo emerge la struttura ed il contenuto del documento che appare articolato in cinque parti ed assai dettagliato. Alle informazioni generali sull'ente e sugli amministratori, infatti, si affianca una seconda sezione dedicata alla struttura, al governo ed all'amministrazione, da cui dovrebbero emergere una serie di elementi intesi a scopi diversi tra cui principalmente la verifica della "democraticità" della gestione, l'individuazione dei beneficiari dell'attività, dei volontari e dei dipendenti, il controllo sulle remunerazioni, l'evidenziazione dei rapporti di partecipazione con altre imprese, con o senza scopo di lucro ed enti pubblici, l'analisi dei rischi economico-finanziari. Inoltre, il bilancio sociale presenta una sezione dedicata agli obiettivi ed alle attività, che implica anche valutazioni di impatto sul tessuto sociale di riferimento, nonché una sezione dedicata alla situazione finanziaria ed un'ultima per informazioni opzionali.

Si tratta dunque di un documento complesso, la cui redazione implica diverse professionalità e presumibilmente non irrilevanti oneri; inoltre, i criteri di redazione dovranno essere assoggettati ad un processo di specificazione e standardizzazione, anche al fine della valutazione delle connesse responsabilità degli organi di amministrazione e controllo.

c) Il terzo profilo di coordinamento tra disciplina dell'impresa sociale e modelli organizzativi attiene all'innovativo sistema di responsabilità patrimoniale introdotto dall'art. 6 del decreto. Secondo tale disposizione, nelle imprese sociali organizzate secondo modelli diversi da quelli di cui al titolo V del codice civile – ovvero, logicamente, secondo modelli che già non si caratterizzano per l'autonomia patrimoniale perfetta – e che dispongano di un patrimonio di oltre € 20.000,00, dopo l'iscrizione nel registro delle imprese, delle obbligazioni dell'ente risponde soltanto quest'ultimo. Tuttavia, se il patrimonio è diminuito per perdite di oltre un terzo di Euro 20.000,00, delle obbligazioni successivamente insorte risponde anche personalmente chi ha agito per conto dell'ente<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> È questa l'interpretazione preferibile perché attribuisce un significato alla dispo-

Due rilievi di carattere sistematico. In tal modo anche organizzazioni tipicamente caratterizzate dalla responsabilità illimitata degli amministratori possono beneficiare della responsabilità limitata (associazioni non riconosciute, società di persone), se presentano i requisiti richiesti dall'impresa sociale. Ne risulta sconvolto tanto il quadro delle società di persone quanto quello delle associazioni: il primo per l'introduzione di fattispecie caratterizzate per l'assenza dello scopo di lucro e per la limitazione della responsabilità degli amministratori, l'altro per la concorrenza sul piano causale (ovvero nel perseguimento di fini altruistici) di modelli organizzativi tipicamente lucrativi e per l'introduzione della responsabilità limitata degli amministratori.

Non solo, il meccanismo che fa scattare nuovamente la responsabilità illimitata (la perdita di un terzo del patrimonio minimo di € 20.000,00) richiede meccanismi di rendicontazione, se non la redazione di un vero e proprio bilancio, che non sono obbligatori per le associazioni e le società di persone. Non a caso l'art. 10 del decreto sull'impresa sociale introduce obblighi contabili che non sono, tuttavia, equivalenti a quelli propri delle società di capitali.

La norma che sembra introdurre il maggiore beneficio, sul piano civilistico, di cui al decreto sull'impresa sociale, rischia quindi di essere difficilmente attuabile e fonte di un delicato contenzioso.

##### **5. Impresa sociale: statuto facoltativo o normazione imperativa?**

Una delle scelte fondamentali che il legislatore deve affrontare nell'introduzione di un nuovo statuto dell'impresa sociale, attiene alla natura imperativa o facoltativa dello stesso.

L'introduzione di uno statuto imperativo comporta una contrazione della libertà di iniziativa economica, sua pure a fini non lucrativi, e necessita quindi che si individuino interessi pubblici che la giustificano anche sul piano

sizione, pur creando gravi problemi teorico-pratici: cfr. V. CALANDRA BONAURA, *Impresa sociale e responsabilità limitata*, *Giur. Comm.*, 2006, I, p. 849 ss. . Qualora, infatti, si intenda la disposizione nel senso che, una volta che il patrimonio scenda al di sotto del limite, chi ha agito risponde anche delle obbligazioni già assunte dall'ente, la disposizione risulterebbe priva di valore giuridico, poco discostandosi dal regime codicistico previsto per le associazioni non riconosciute: cfr. in tal senso P. MORO, *Commento all'art. 6*, in A. FICI – D. GALLETTI (a cura di), *Commentario*, cit., p. 104 ss..

costituzionale. Uno statuto facoltativo ha un senso in quanto contenga disposizioni di favore o quantomeno un complesso di norme in cui gli eventuali oneri siano bilanciati da adeguati benefici che rendano lo statuto, ovvero il complesso di norme, appetibile, risultando altrimenti lettera morta.

Il D. Lgs n. 155/06 ha attribuito allo statuto dell'impresa sociale carattere facoltativo (art. 1): occorre, dunque, verificare quali benefici abbia introdotto per bilanciare gli oneri organizzativi ed i vicoli operativi sopra descritti. Nella legislazione speciale sulle organizzazioni non lucrative i benefici sono ordinariamente di tre tipi: fiscale, contributivo e di agevolazione nell'affidamento di servizi da parte delle Pubbliche Amministrazioni. Nessuna di queste agevolazioni è prevista per l'impresa sociale. L'unico beneficio deriva dalle norme organizzative e dalla disciplina della responsabilità e dell'insolvenza: la limitazione della responsabilità, condizionata ai requisiti sopra esplicitati, anche per le organizzazioni che non ne dispongono già, ed una procedura amministrativa in caso di insolvenza (liquidazione coatta amministrativa) in luogo della procedura fallimentare.

I benefici appaiono insufficienti. Una legislazione efficace in materia di impresa sociale non può limitarsi a benefici che derivino dal modello organizzativo, ma deve concretizzarsi anche in agevolazioni nell'esercizio dell'impresa.

## **6. Riflessioni conclusive**

Quanto precede consente qualche riflessione conclusiva.

L'espletamento di servizi di utilità sociale da parte di organizzazioni private senza scopo di lucro è una caratteristica ed una necessità degli stati moderni che vogliono dotarsi di un livello elevato di welfare.

È quindi legittimo, opportuno ed anzi necessario che gli ordinamenti si dotino di regole che agevolino organizzazioni private che espletino attività di utilità sociale, senza perseguire un fine di lucro soggettivo, ma operando con criteri di economicità che ne assicurino la persistenza e la crescita.

A tal fine è necessario quindi che ciascun ordinamento selezioni i servizi di utilità sociale che ritiene degni di una legislazione di favore per chi li svolge ed individui i requisiti che le organizzazioni private debbano rivestire per avere benefici.

Non sembra logico creare un unico nuovo modello organizzativo

a tale fine: non si vede, infatti, perché le attività economiche dovrebbero disporre di diversi modelli organizzativi (a seconda di dimensioni, esigenze finanziarie etc.), se hanno scopo di lucro, e di un solo modello, se non hanno scopo di lucro.

D'altronde, l'introduzione di una qualificazione di impresa sociale che si applica ai modelli organizzativi dell'impresa lucrativa o mutualistica, oltre che alle organizzazioni con fini tipici altruistici, implica difficoltà di coordinamento e di sistema con il rischio di creare tanti sub-statuti quante sono le organizzazioni economiche utilizzabili ovvero di stravolgere il sistema delle organizzazioni di impresa e delle società.

In ogni caso, i concetti stessi di impresa e società non possono restare insensibili a tali nuove sfere di applicazione.

La legislazione di favore per le imprese sociali deve essere facoltativa e prevedere benefici adeguati a bilanciare gli oneri che essa comporta. Benefici che non possono investire solo i soggetti, le organizzazioni, ma debbono affrontare anche la disciplina dell'attività e dei contratti d'impresa.

D'altronde, il fenomeno di attività commerciali con finalità non lucrative è in crescita ed in fase di diversificazione, penso ad esempio al commercio equo e solidale<sup>10</sup>, ed imporrà di ripensare non soltanto il diritto dei modelli organizzativi ma anche altri profili del diritto commerciale.

<sup>10</sup> A tale fenomeno, non a caso, è stato dedicato un convegno organizzato ad Isernia il 9 novembre 2007 dalla Facoltà di Economia e dal Dipartimento di Scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione dell'Università del Molise.

SILVIA PICCININI

## Vita "artificiale" e composizione "ragionevole" dei contrasti

SOMMARIO: 1. "Vita artificiale". - 2. La "persona" nei grandi codici civili ottocenteschi. - 3. Il diritto e la vita. - 3.1 Crisi del criterio democratico? - 4. Come regolamentare le questioni poste dalle innovazioni della scienza. - 5. Atti internazionali di indirizzo sulla bioetica. - 5.1. Timore dell'eugenetica di massa e tutela della dignità della persona. - 6. Tutela e rispetto della dignità della persona. - 7. Il legislatore italiano e l'accesso ai test genetici. - 7.1. Test genetici e dati genetici. - 7.2. I test genetici sull'embrione formato nella fecondazione in vitro. - 7.3. Alcune osservazioni. - 8. La logica del "com-promesso".

### 1. "Vita artificiale"

Nel sistema delle dicotomie concettuali (caos/cosmo, buono/cattivo, maschile/femminile...), che la nostra mente ha costruito come griglia possente di descrizione/comprendimento del mondo e in cui si esprime la contraddizione tra la luce e l'ombra della nostra stessa coscienza, quella tra natura e cultura si rivela una delle più complesse, problematiche e articolate. Pertanto, riflettere sulla "vita artificiale" significa aprire uno spazio di interrogazione infinita e di controversie prolungate o insolte sul significato del termine "artificiale" contrapposto all'espressione "naturale". Cosa si intende oggi per "vita naturale", giacché l'uomo da sempre è intervenuto sulla natura e sulla vita mutandole, cioè rendendole diverse da come esse si presentavano o manifestavano in precedenza<sup>1</sup>? Si può, in-

<sup>1</sup> Occorre ricordare a proposito, tra l'altro, che quando si riflette sulle attuali biotecnologie (definite dall'Enciclopedia Larousse, come un «complesso di discipline a base biologica che utilizzano organismi viventi al fine di produrre sostanze utili in quantità commerciali o al fine di migliorare caratteristiche di piante e animali») si usa distinguere tra quelle tradizionali (cioè le tecnologie produttive utilizzate da millenni, quali l'agricoltura, la zootecnia e lo sfruttamento delle attività fermentative dei microrganismi: si pensi alle bevande e ai cibi fermentati prodotti sin dal 6000 A.C. dai Sumeri e 4000 A.C. dagli Egizi e si pensi anche agli esperimenti svolti, già nell'Ottocento, da G. Mendel sull'ibridazione delle piante che portarono all'elaborazione delle leggi sulla trasmissione ereditaria dei caratteri) e quelle innovative, certamente più rivoluzionarie, caratterizzate dal cambiamento mirato di at-

fatti, affermare che nulla in natura si presenta più come “veramente naturale”, tutto essendo passato, nel tempo, sotto la mano dell’uomo e che anche ciò che si ritiene naturale è comunque tale in un contesto culturale poiché, come è stato ben sottolineato, «niente è più culturale del concetto di natura»<sup>2</sup>.

Dovendo allora rappresentare la realtà che ci circonda potremmo piuttosto descriverla come un *continuum* tra un estremo, (maggiormente) naturale, e un altro opposto, (maggiormente) artificiale. A questo ultimo polo si collocano le manifestazioni della vita “artificiale” che si presentano in modi inediti (il topo transgenico; l’uomo totalmente sintetico che, secondo lo scienziato Craig Venter, nel XXII secolo, sarà possibile creare e così via); in una posizione, potremmo dire, intermedia, si posiziona la vita “naturale” confrontata con nuove tecnologie (si pensi, ad es., alla procreazione detta “artificiale” in quanto ottenuta attraverso metodologie nuove per la produzione di una vita in sé non manipolata). All’altra estremità troviamo il “naturale” da valutare come si manifesta oggi, nella nostra società e nel nostro tempo. Possiamo qui includere: la nascita naturale, espressione di nostalgie neoromantiche, ma che si vuole sia comunque sottratta alla fatalità del dolore e al riparo da rischi considerati ormai intollerabili; il corpo, sempre più oggetto di cure, manutenzioni, terapie che, nel momento in cui lo elaborano, lo modellano, lo ricostruiscono e lo proteggono, lo rendono sempre più dipendente e fragile come tutte le costruzioni complesse, in un rimpianto di carnalità che ha trasformato il nudo stesso nella forma più sofisticata ed estrema di abbigliamento; la morte, estremo manifestarsi della naturalità dell’esistenza, che viene, paradossalmente, accertata proprio attraverso rilievi tecnico-scientifici<sup>3</sup> ed è dai più aborrita nella sue manifestazioni più degradanti per lasciare il posto a procedure che permettano una fine nella dignità, propria di quell’anomala creatura “naturale” che è la persona umana.

tività di organismi ottenute modificandone il patrimonio genetico (dando vita, ad es., a piante transgeniche, animali modificati, clonazione).

L’avvento dell’ingegneria genetica è ritenuta rappresentare la linea di demarcazione tra le biotecnologie tradizionali e quelle innovative.

<sup>2</sup> C. CAPORALE, A. MASSARENTI, A.M. PETRONI, S. RODOTÀ, Così aumentano le *chances* della vita, in *Il sole 24 Ore*, 1° marzo 1998.

<sup>3</sup> È la legge n. 578 del 1993 che dà una definizione di morte (come «cessazione irreversibile di tutte le funzioni dell’encefalo») e fissa criteri rigorosi per l’accertamento.

Qualunque cosa si intenda per "vita artificiale", si tratta sempre di riferirsi a situazioni in evoluzione e assai problematiche perché talvolta scarsamente leggibili dalla stessa scienza medica e biologica (che non riesce a dire, ad es., chi sia la "madre" nel caso della maternità surrogata) e conseguentemente difficili da regolare legislativamente.

Non si può poi dimenticare che l'espressione "vita artificiale" è anche utilizzata per riferirsi alle "simulazione della vita" che vengono attuate attraverso metodi informatici. Le simulazioni sono infatti un nuovo modo di esprimere le teorie e i modelli della scienza, traducendo tali teorie e modelli in programmi di calcolatore<sup>4</sup>. Ma questo va certamente al di là delle questioni cui intendiamo qui riferirci.

## 2. La "persona" nei grandi codici civili ottocenteschi

Dato il cambiamento oggi così accelerato (che a causa del diffondersi delle nuove tecnologie si sta determinando nella vita delle persone e degli animali e nell'ambiente) e il conseguente diffuso timore che l'"artificiale", oggi "costruibile" attraverso le nuove scienze, possa ledere la (dignità della) persona umana, il diritto è chiamato a disporre normative tese a prevenire i possibili abusi e conflitti e, in definitiva, a assicurare di una "tranquilla evoluzione" della scienza. Così, in ogni Paese si definiscono regole che, direttamente o indirettamente, influiscono sulla vita delle persone le quali possono godere delle innovazioni biomediche ammesse, ma che risultano anche talvolta limitate (per legge) nella fruizione dei nuovi ritrovati della scienza. Il diritto entra, dunque, pesantemente, nel "personale". Occorre peraltro ricordare che questa "cura" della vita umana da parte del legislatore è un fenomeno piuttosto nuovo. I grandi codici civili ottocenteschi (francese, italiano tedesco) si riferivano alla persona perlopiù prendendola in considerazione non nella sua fisicità (tranne, ad es., per quel che per quel che riguardava la nascita, la morte e soprattutto per le conseguenze personali e patrimoniali che ne derivavano) ma piuttosto in modo astratto: l'intento che muoveva tale scelta (di trattare in modo, per così dire, asettico la persona) era quello di tentare

<sup>4</sup> Creare forme di vita artificiale è l'idea cui lavorano ricercatori di tutto il mondo; in Italia tali studi vengono effettuati, ad es., sotto la guida di D. PARISI, presso l'Istituto di Psicologia del CNR (Roma).

di «cancellare le differenze legate al ceto o al censo che, nel diritto pre-moderno, avevano fondato e alimentato la disuguaglianza»<sup>5</sup>. La vita, peraltro, sembrava in quei tempi risultare dominata dalla natura o dal caso<sup>6</sup> mentre ai nostri giorni le innovazioni scientifiche e tecnologiche, imponendo nuovi dati della realtà (influenando sulla vita e sulla morte, sulla salute, sui sistemi di parentela, mettendo in discussione l'unicità delle persone e, addirittura, "creando"), aprono spazi alle scelte individuali che il legislatore si preoccupa di regolamentare.

Oggi conosciamo e possiamo decidere aiutati dalla scienza e dalla tecnologia. Ma proprio questa maggiore libertà pone problemi bioetici (cioè sulla eticità di certe scelte)<sup>7</sup> e giuridici (cioè sull'opportunità di trasformare queste possibilità in diritti). Sono questi problemi vecchi che presentano però numerosi aspetti di novità<sup>8</sup>. Infatti, in realtà, sempre si sono fatte riflessioni morali sulla nascita (se far nascere un figlio in condizioni di povertà o di malattia dei genitori), sulla morte e sulla cura (se sia giustificato interrompere le cure che mantengono in vita persone inesorabilmente destinate a morire) come forme di responsabilità morale nei

<sup>5</sup> S. RODOTÀ, *La vita e regole*, Milano, 2006, p. 25.

<sup>6</sup> S. RODOTÀ, *Tra diritto e società. Informazioni genetiche e tecniche di tutela*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2000, sottolinea come molto di ciò che in precedenza era considerato "naturale" (sia nel senso di "fatale", e a cui ci si riteneva quindi ineluttabilmente condannati, sia nel senso di "casuale", o non-dominabile, come per molte malattie) oggi, nelle mutate condizioni di vita, è entrato nel campo di nuove e più ampie possibilità di scelta e di responsabilità.

<sup>7</sup> Storicamente, il termine "bioetica" è un neologismo proposto da un biochimico oncologo americano, Van RENSSLAER POTTER, autore di un libro pubblicato nel 1971 col titolo *Bioethics: Bridge to the Future*. R. VENTURINI, *Bioetica alla luce del Dharma*, in *Dharma*, 2001, 7, p. 66, «intendendo per etica l'orientamento globale della condotta in vista di una vita migliore (distinta pertanto dalla morale prescrittiva e particolaristica)», ha definito la «bioetica come quella branca dell'etica che si riferisce alle scelte relative agli interventi sulla vita e, in particolare poiché tali interventi avvengono sempre più attraverso la mediazione tecnologica, a quegli interventi connessi con la pratica e lo sviluppo delle attuali tecnologie biomediche». Per l'A., «l'etica medica rientra certamente in questo ambito e ha lontane radici; tuttavia, dal giuramento di Ippocrate alle norme deontologiche formulate dagli Ordini dei medici, essa riguarda e regola i doveri dei singoli medici o di loro gruppi nei confronti dei pazienti, ma non può in alcun modo [...] risultare sufficiente di fronte ai grandi mutamenti in corso».

<sup>8</sup> Già Giovanni Paolo II (Concistoro maggio 2001) aveva autorevolmente sottolineato che «mai come oggi, soprattutto sul piano della bioetica, [...] l'umanità è interpellata da problemi formidabili, che mettono in questione il suo stesso destino».

confronti del mondo vivente, «quello che ora si presenta come nuovo è dovuto alle diverse condizioni in cui tali questioni si affacciano: da un lato, per la loro ampiezza e rilevanza sociale e dall'altro, per l'incidenza sempre più rilevante dei progressi medico-scientifici sulla vita umana»<sup>9</sup>.

### 3. Il diritto e la vita

Il diritto si colloca normalmente a valle di processi di scelte prevalenti se non totalmente condivise: in queste materie, caratterizzate dal fatto di essere eticamente "sensibili", accade che le soluzioni legislative vengano adottate pur in presenza di orientamenti (etici, morali, esistenziali) profondamente divergenti; è come se talvolta si chiedesse al diritto di mettere fine alle controversie e ai dibattiti, assumendo decisioni che risultino valide per tutti. Peraltro, l'elevata conflittualità che si è sovente manifestata in occasione dell'introduzione, nel sistema, di normative su tematiche di rilevanza bioetica, testimonia della problematicità delle questioni. Come possa pertanto il diritto, anch'esso nottola di Minerva, che si colloca al manifestarsi di istanze particolarmente conflittuali e delicate, dare risposte che risultino da tutti accettabili e quali risposte abbia, ad oggi, offerto, sono i temi delle nostre riflessioni<sup>10</sup>.

#### 3.1. Crisi del criterio democratico?

Le scelte legislative sono attuate, oggi, nei nostri Paesi più evoluti, secondo il tradizionale metodo democratico<sup>11</sup>, cioè in base al volere della maggioranza espressa in Parlamento; lo stesso accade nell'adozione di regole su questioni di rilevanza bioetica. Tale sistema è ritenuto, infatti, il migliore possibile in quanto, impedisce il prevalere di soluzioni discriminatorie. Il metodo democratico, sottolinea Guido Calogero, fa sca-

<sup>9</sup> Cft., R. VENTURINI, *Bioetica alla luce del Dharma*, in *Dharma*, 2001, 7, p. 65 ss.

<sup>10</sup> Sui compiti del giurista chiamato a redigere un testo normativo sulla procreazione assistita o ad interpretarlo o, ancora, ad applicarlo, v. AA.VV., *La fecondazione assistita. Riflessioni di otto grandi giuristi*, Milano, 2005 e, in particolare, G. ALPA, *Lo statuto dell'embrione tra libertà, responsabilità, divieti*, p. 139 ss.

<sup>11</sup> Sulle differenti prospettive legislative possibili, cfr. S. PICCININI, *Atteggiamenti "totalitario", "maggioritario" e "laico" in tema di biopotere: la legge sulla procreazione medicalmente assistita*, in S. PICCININI e F. PILLA, *Aspetti del biopotere, Gli organismi geneticamente modificati, La procreazione assistita*, Napoli, 2005, p. 127 ss.

turire le scelte dal consenso unanime ad «accogliere e rispettare il consenso dei più», «ma ciò conferma - aggiunge l'A. - che a fondamento di ogni consenso maggioritario deve sempre sussistere un consenso universale». Tale consenso universale è, infatti, proprio quello che, sulla base della distinzione tra decisione a maggioranza, strumento tecnico del processo decisionale, e governo di una maggioranza impegnata a non mortificare i diritti delle minoranze, costituisce la più valida difesa dal rischio di trasformare un governo democratico in dittatura della maggioranza»<sup>12</sup>. In realtà, sui problemi della vita in particolare, si è sempre più venuta ad affermare la convinzione che persino il criterio della decisione a maggioranza possa risultare inadeguato proprio perché si evidenzia un conflitto con quel presupposto di unanimità di base che costituisce la legittimazione del pluralismo democratico. La mancanza del "consenso universale" ad attribuire ai più il compito di attuare scelte riguardanti questioni bioetiche che siano valide per tutti, rende dunque particolarmente problematiche le scelte del legislatore.

Peraltro, l'osservazione è stata autorevolmente proposta dal Pontefice Benedetto XVI nell'alto messaggio recentemente indirizzato alla comunità universitaria. Sottolineando le differenti caratteristiche esistenti tra le Facoltà attuali e quelle medioevali (di teologia, diritto, medicina e filosofia), a proposito della Facoltà di giurisprudenza, il Pontefice si domandava come si possa costruire "una normativa giuridica che costituisca un ordinamento della libertà, della dignità e dei diritti dell'uomo". Benedetto XVI si è, dunque, soffermato sulla soluzione prospettata da Habermas secondo cui la legittimità di una Carta costituzionale deriverebbe dalla partecipazione politica egualitaria di tutti i cittadini e dalla «forma ragionevole in cui i contrasti politici vengono risolti», con l'annotazione che tale forma non può essere determinata dalle maggioranze aritmetiche ma deve caratterizzarsi come un processo di «argomentazione sensibile alla verità».

Simile preoccupazione è stata espressa, nel tempo, con differenti motivazioni e finalità, da numerosa dottrina<sup>13</sup>. In effetti, messo in crisi il va-

<sup>12</sup> G. CALOGERO, *Il principio liberale*, in *Etica, Giuridica, Politica*, Torino, 1948, p. 329.

<sup>13</sup> Tra gli altri, v. S. RODOTÀ, *Per un statuto del corpo umano*, in A. DI MEO e C. MANCINA (a cura di), *Bioetica*, Roma-Bari, 1989, 44 s. e, dello stesso A., *Tecnologie e diritti*, Bologna, 1995, p. 144; G. FERRANDO, *Modelli giuridici di controllo delle tecniche di procreazione artificiale*, in *Pol. dir.*, 1991, p. 588 ss.; P. RESCIGNO, *I criteri generali ispiratori delle proposte di legge*, in *Procreazione artificiale e interventi di genetica umana*, *Atti del convegno di Verona*, Ottobre 1986, Padova, 1987, p. 44.

lore della "mera" maggioranza (intesa come somma di voti), si pone il problema di trovare valori condivisi che consentano, anche in questioni di rilevanza bioetica, l'attribuzione del potere di rappresentanza. Chi ritiene questo non realizzabile auspica quantomeno l'adozione di regolamentazioni che, (come scrive Stefano Rodotà, «in una società che si usa definire complessa, in un tempo di forti e rapide trasformazioni e di perdita di valori di riferimento comunemente accettati, in un clima che fa sentire fortissimo il bisogno del pluralismo») mettano l'accento «su un diritto inteso come coesistenza di valori e modelli diversi», tale da riconoscere cioè la legittimità di comportamenti che si riferiscono a differenti premesse di valore; che si ponga «come mezzo elastico, non come fattore di rigidità», rischiando altrimenti la compromissione di una delle «funzioni essenziali del diritto, che è pure di essere mezzo per la risoluzione dei conflitti»<sup>14</sup>.

#### **4. Come regolamentare le questioni poste dalle innovazioni della scienza**

La novità dei problemi posti dalle scienze bio-mediche e la sensibilità delle questioni sottostanti esaltano dunque il problema di come possano essere affrontate sul piano giuridico le questioni poste dalle innovazioni della scienza.

I nodi da sciogliere sono molteplici. La questione fondamentale che un legislatore deve esaminare attiene innanzitutto all'opportunità di porre limiti alla ricerca. In riferimento all'uomo, il legislatore deve definire se essa debba essere finalizzata al raggiungimento di particolari obiettivi o se, in relazione al controllo della vita e della specie umana, ci si possa fondamentalmente affidare al senso di responsabilità dei ricercatori, cioè ai principi dell'etica che sono interni alla scienza (la quale si è data proprie regole: del rispetto della verità; della comunicazione sulle procedure seguite che consenta una verifica attraverso una riproducibilità e così via)<sup>15</sup>.

La riflessione si sposta anche sulla realtà su cui intervenire o sulle tecnologie da consentire: ci si può interrogare, ad es., sull'opportunità di rendere legittimo l'utilizzo dell'embrione umano (inizio della vita del-

<sup>14</sup> S. RODOTÀ, *Per uno statuto del corpo umano*, cit., p. 44 s.

<sup>15</sup> Sulla specifica responsabilità del medico e del ricercatore, v. anche la Dichiarazione universale delle responsabilità dell'uomo, proposta dall'InterAction Council.

la persona) ai fini di ricerca o sulla tecnica della crioconservazione degli embrioni. A questo proposito, pare emblematica la questione della liceità della ricerca finalizzata alla realizzazione della clonazione umana su cui, peraltro, è stato unanimemente espresso parere negativo.

Altri problemi riguardano il limite alla diffusione e all'uso dei risultati della ricerca e della brevettabilità delle novità delle biotecnologie e del vivente<sup>16</sup>. E le innovazioni biomediche impongono scelte che tengano poi conto della necessità di salvaguardare massimamente gli animali, i cui diritti vengono sempre più fortemente invocati<sup>17</sup>, e l'ambiente (tutelando, ad es., la biodiversità), ma anche l'uomo, poiché la produzione e l'immissione di prodotti realizzati per via biotecnologica può presentare dei rischi apprezzabili per la sua salute (ad es., nell'assunzione di farmaci o di alimenti biotecnologici).

L'ambito di indagine è dunque evidentemente amplissimo, qui ci si soffermerà ad analizzare alcune delle risposte date dal nostro legislatore a proposito dei test genetici e qualche caso di giurisprudenza. Per ultimo, alcune riflessioni di fondo.

### 5. *Atti internazionali di indirizzo sulla bioetica*

Il legislatore nazionale, chiamato a porre delle regole su questioni di rilevanza bioetica, non è solo né isolato (essendo, tra l'altro, la ricerca fortemente globalizzata) ma agisce all'interno di un sistema di principi enunciati, nel tempo, sia in ambito europeo che in ambito Nazioni Unite. Conviene subito considerare, seppur brevemente, alcuni atti europei e internazionali<sup>18</sup> a cui il nostro Paese ha aderito, impegnandosi a

<sup>16</sup> A tal proposito, v. la Direttiva CE n. 98/44 del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche (ove si esclude la «utilizzazione di embrioni umani a fini industriali o commerciali») e il testo del Decreto legge 10 gennaio 2006, n. 3 (ove, all'art. 4, si esclude dalla brevettabilità il corpo umano sino dal concepimento); v. anche V. DI CATALDO, *Biotechnologie e diritto. Verso un nuovo diritto dei brevetti*, in *Contratto e impresa*, 2003, p. 319 ss.

<sup>17</sup> Ampio è il dibattito bioetico sul tema dei diritti degli animali; fra gli altri, v. R.G. FREY, *On The Ethics of using animals for Human Benefit*, in T.B. MEFHAM, G.A. TUCKER, J. WISEMAN (a cura di), *Issues in, Agricultural Bioethics*, Nottingham, 1995, p. 335 ss.; e v. anche P. SINGER (a cura di), *In defense of animal*, Oxford, 2006.

<sup>18</sup> Sul tema, ampiamente, in A. BOMPIANI, *Etica e diritto nella ricerca biomedica: i documenti del Consiglio d'Europa e dell'UNESCO*, in *Ann. Ist. Superiore di Sanità*, 1998, 34, p. 187 ss.

legiferare in conseguenza o, comunque, a rispettare i principi enunciati, per analizzare le indicazioni contenute in tali documenti e la loro attuabilità.

### 5.1. *Timore dell'eugenetica di massa e tutela della dignità della persona*

La seconda guerra mondiale è appena finita e ancora assai vivo, dolorosamente, è il ricordo delle segregazioni e delle torture cui sono state sottoposte molte persone e degli esperimenti attuati in modo assolutamente arbitrario, violento e ingiustificato nei confronti di uomini, donne e bambini ritenuti "colpevoli" di essere diversi per razza, orientamento sessuale, scelte politiche, etnia. In questo contesto, le possibilità di manipolazione della persona umana, facilitate dall'evoluzione della scienza, allarma particolarmente i legislatori nazionali e la comunità internazionale: nasce, forte, l'esigenza di definire un generale principio di tutela della dignità della persona. Non è certo un caso che la Germania<sup>19</sup> (manifestando una forma di responsabilità per i ben noti eventi di sovrapproduzione e di sterminio perpetrati nel periodo nazista) abbia elaborato, nel 1948, un nuovo testo costituzionale contenente un elenco dei diritti fondamentali e l'enunciazione, all'art. 1, che: «la dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla. Il popolo tedesco riconosce gli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo come fondamento di ogni comunità umana, della pace e della giustizia nel mondo». Lo stesso timore che si potessero attuare interventi di manipolazione genetica generalizzati (eugenetica di massa) induce il Consiglio d'Europa<sup>20</sup> a istituire nel tempo vari comitati che valutassero le diverse problematiche poste dalla ricerca biomedica e offrirono indicazioni: è, ad es., del 1982 la Raccomandazione n. 934 sull'ingegneria genetica ove è enunciato il principio di un «diritto di ereditare caratteri genetici che non abbiano subito alcuna manipolazione»<sup>21</sup>. E sempre in ambito europeo, grazie alle

<sup>19</sup> Legge fondamentale della Germania del 1949, in *Le Costituzioni dei Paesi dell'Unione Europea*, 2ª ed., Padova, 2001, con il saggio di P. HÄBERLE, *Introduzione. La "genealogia" della Legge Fondamentale*, p. 321.

<sup>20</sup> Il Consiglio d'Europa, organismo di cooperazione intereuropea, è stato costituito a Londra nel maggio del 1949 come Associazione dei Paesi europei con lo scopo di cooperare al fine di promuovere l'armonizzazione delle rispettive legislazioni, preservare la pace e assicurare lo sviluppo dei diritti umani e del benessere delle popolazioni d'Europa.

<sup>21</sup> Tale principio risulta tuttavia attenuato dalla specificazione che il riconoscimento esplicito di un diritto a un patrimonio genetico non manipolato non deve «contrapporsi

elaborazioni svolte in ambito del Consiglio e del Parlamento europeo, si è giunti a redigere il testo della “Convenzione per la protezione dei Diritti dell’Uomo e della dignità dell’essere umano nei confronti delle applicazioni della biologia e della medicina (Convenzione sui Diritti dell’uomo e la biomedicina)”<sup>22</sup> che afferma, all’art. 1, il suo intento: di «proteggere l’essere umano nella sua dignità e nella sua identità»<sup>23</sup>.

Anche in ambito ONU, l’attenzione si concentra su queste problematiche. L’Unesco (Organizzazione delle Nazioni Unite per l’educazione, la scienza e la cultura)<sup>24</sup>, già nel 1987, nella 27ª Conferenza generale, ravvisa la necessità di promuovere lo studio di condizioni di esercizio effettivo dei diritti delle persone di fronte alle sfide della tecnologia e, definiti programmi e competenze, dà vita a un Comitato permanente di esperti (Comité international de bioéthique)<sup>25</sup>. Da queste riflessioni nasce la Dichiarazione universale sul genoma umano e i diritti dell’uomo (votata nel Dicembre 1997 ed eccezionalmente adottata, per la sua stra-

al perfezionamento di applicazioni terapeutiche dell’ingegneria genetica (terapia dei geni), gravida di promesse per il trattamento e l’eliminazione di alcune patologie trasmesse per via genetica».

<sup>22</sup> Il documento, approvato a Strasburgo dal Consiglio dei Ministri, nel novembre del 1996 è stato sottoposto alla firma di adesione degli stati a Oviedo nel 1997.

<sup>23</sup> Alla Convenzione si sono poi aggiunti protocolli, tra cui quello sulla clonazione umana (sottoscritto a Parigi il 12 gennaio 1998) che esordisce vietando gli interventi tendenti a «creare un essere umano geneticamente identico a un essere umano vivo o morto». In relazione alla clonazione umana si possono anche ricordare: la Raccomandazione n. 1046 del Consiglio d’Europa (1986) contraria alla “creazione di esseri umani identici mediante clonazione o con altri mezzi, a fini di selezione della razza o per altri fini, e la creazione di gemelli identici”; la richiesta di una «esplicita messa al bando, a livello mondiale, della clonazione di esseri umani” del Parlamento europeo; la Dichiarazione dell’OMS; la Carta europea dei diritti ove, all’art. 3, è vietata la clonazione riproduttiva di esseri umani; la Legge n. 40/2004 che all’art. 13 vieta gli interventi di clonazione mediante trasferimento di nucleo o di scissione precoce dell’embrione o di ectogenesi sia a fini procreativi sia di ricerca; i documenti su *Le tecniche di procreazione assistita* (1994) e su *Identità e statuto dell’embrione umano* (1996) del Comitato Nazionale per la Bioetica che raccomandano il divieto della clonazione umana.

<sup>24</sup> È una istituzione specializzata fondata giuridicamente il 4 novembre 1946 allo scopo di «contribuire al mantenimento della pace, rafforzando la collaborazione tra nazioni attraverso l’educazione, la scienza e la cultura e assicurando il rispetto universale della legge, dei diritti, delle libertà fondamentali dell’uomo senza distinzione di razza, di sesso, di lingua, di religione».

<sup>25</sup> Più diffusamente in G. SCUDERI, *Gli indirizzi dati da alcuni atti internazionali alla normativa italiana relativa agli aspetti bioetici della ricerca scientifica*, in *Ann. Ist. super. Sanità*, 2, 2001, p. 195 ss.

ordinaria rilevanza, dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel dicembre dell'anno seguente) ove, nella prima parte dedicata alla "dignità umana e il genoma umano", all'art. 1 è enunciato che «il genoma umano sottende l'unità fondamentale di tutti i membri della famiglia umana, come pure il riconoscimento della loro intrinseca dignità e della loro diversità. In senso simbolico, esso è patrimonio dell'umanità»<sup>26</sup>. E, sempre in ambito Unesco, vengono adottate la Dichiarazione internazionale sui dati genetici umani (2003), e la Dichiarazione universale di bioetica e diritti umani (2005) contenenti un quadro universale di principi e procedure atti, tra l'altro, a guidare gli Stati nella formulazione delle leggi e delle politiche che dovranno tendere a promuovere il "pieno" rispetto della dignità umana, dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (art. 3, 1° co.).

Altro documento, cui occorre indubbiamente far riferimento, è la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sottoscritta e proclamata a Nizza nel dicembre 2000 (che pur ancora non al termine del processo di ratifica, ha un indubbio valore, non solo meramente politico<sup>27</sup>) ove il principio del rispetto e della tutela della dignità umana viene enunciato già in apertura (con l'espressione: «la dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata») e il divieto di discriminazioni fondate su «caratteristiche genetiche» è sancito all'art. 21<sup>28</sup>.

## 6. Tutela e rispetto della dignità della persona

Dalla lettura dei citati documenti emerge, dunque, una piena affermazione del rispetto e tutela della dignità della persona, intendendo per "dignità" la collocazione al posto giusto (cioè nella posizione che corrisponde alla "natura") e quindi per "tutela della dignità della persona"

<sup>26</sup> Intendendo, con questa espressione, escludere la legittimità di qualsivoglia intervento autoritativo sul genoma umano.

<sup>27</sup> Occorre, infatti, ricordare che numerosi documenti dell'Unione europea fanno esplicito riferimento alla Carta dei diritti. Sul tema, S. RODOTÀ, *Ma l'Europa già applica la nuova Carta dei diritti*, in *La Repubblica*, 1 marzo 2001.

<sup>28</sup> La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea prevede, tra gli altri: «il divieto di pratiche eugenetiche, in particolare di quelle aventi come scopo la selezione delle persone»; la necessità del consenso libero e informato della persona interessata; il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali una fonte di lucro; il divieto della clonazione riproduttiva degli esseri umani.

(come tutte le etiche sostengono) il trattarla come fine e non come mezzo. Peraltro, tale finalità è chiaramente espressa nella nostra Costituzione italiana, ad es., all'art. 2 in cui si enuncia che «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili della persona sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità», all'art. 13 ove è specificata la inviolabilità della libertà personale, o ancora nella tutela della salute dichiarata «fondamentale diritto dell'individuo» (art. 32).

Anche se i principî e i diritti espressi nei vari atti internazionali (della tutela della dignità della persona, della sua salute, della sua libertà, della vita) risultano assolutamente condivisibili, e già ampiamente recepiti all'interno della nostra Carta costituzionale, il problema sembra riemergere quando il legislatore nazionale è chiamato a definire le regole relative a situazioni particolari, quando, cioè, dall'«etica» dei principî generali si passa a quella sorta di «etica applicata» che è il diritto positivo. E ciò deriva dal fatto che tali valori possono in realtà venire diversamente declinati proprio perché diversamente considerati. Si pensi alla salute<sup>29</sup>, una volta intesa come «mera assenza di malattia» e successivamente riconosciuta dall'Organizzazione Mondiale della Sanità quale «stato di completo benessere fisico, psichico e sociale»<sup>30</sup>: l'estremo interesse di questa visione del benessere si accompagna, infatti, a una serie di difficoltà di definirne la consistenza e, conseguentemente, di attuare una regolamentazione ampiamente accettabile. La stessa OMS, per cercare di offrire una valutazione del benessere che, come si è detto, è l'aspetto fondamentale della definizione di salute, ha fatto riferimento al concetto di «qualità della vita» definendola come la «percezione che gli individui hanno della loro posizione nella vita, nel contesto della cultura e del sistema dei valori in cui essi vivono e in relazione ai loro obiettivi, aspettative, *standars* e preoccupazioni. È un concetto che riguarda un ampio ambito influenzato in modo complesso dalla salute fisica della persona, dallo stato psicologico, dalle credenze personali, dalle relazioni sociali e dai rapporti con gli aspetti più salienti dell'ambiente»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Sul tema, v. A. SANTOSUOSSO, *Evoluzione del concetto di "salute"*, in G. BONACCHI (a cura di), *Dialoghi di bioetica*, annali 2002 della Fondazione Lelio e Lisli Basso Issoco, Roma, 2003, p. 103 ss.

<sup>30</sup> WHO, 1948.

<sup>31</sup> Tra le dimensioni che compaiono nella misurazione della qualità della vita, che come abbiamo detto servono a valutare lo stato di salute-benessere, troviamo quella psi-

Si conferma, da tutto ciò, quanto sia da considerare fondamentale la dimensione soggettiva, dal momento che, anche per quanto concerne la salute fisica, accanto alle misure oggettive, di frequenza e gravità delle malattie, e di efficacia delle cure proposte, viene messa in luce l'importanza della valutazione del benessere soggettivo, misurato in termini di qualità della vita relativa alle cure ricevute (va comunque sottolineato che parlare di importanza della soggettività non significa certo optare per il soggettivismo individualistico).

Persino il concetto di "persona" è diversamente considerato, essendo da taluni ritenuta presente fin dal momento del concepimento<sup>32</sup> e per altri considerata una conquista progressiva che giunge a compimento quando il soggetto realizza la sua piena maturità.

I bisogni della persona possono dunque risultare sacrificati ogni volta che, in una cultura, all'interesse dei singoli si faccia prevalere quello della comunità (individualismo-personalismo *versus* comunitarismo): proprio per il riconoscimento giuridico di tali bisogni<sup>33</sup> sempre più frequentemente si levano istanze tese a limitare le possibili invadenze dello Stato e delle comunità (in ordine alla riproduzione<sup>34</sup>, alla questione femminile, alle differenti espressioni di sessualità, alle forme di convivenza, al diritto di morire quando si ritenga che la qualità della vita sia divenuta soggettivamente intollerabile, e così via).

cologica (che si riferisce oltre che ai possibili disturbi del pensiero, apprendimento, memoria, etc., anche all'aspetto e all'immagine corporea, all'autostima, al livello di autonomia individuale), quelle sociali e ambientali (che riguardano le relazioni interpersonali, la condotta sessuale, il sostegno sociale, la qualità dei servizi sociali; la salubrità dell'ambiente fisico, la disponibilità e qualità abitativa e di trasporti, la sicurezza sociale, etc.) e infine quella spirituale/religiosa (riferita al significato di vita e alla capacità di affrontare le difficoltà esistenziali, etc.) (WHOQOL-100, 1995).

<sup>32</sup> Conseguentemente essi propongono una modifica dell'art. 1 del c.c. che preveda un'anticipazione dell'acquisto della capacità giuridica.

<sup>33</sup> Sono questi i bisogni di cui oggi si chiede in modo sempre più convinto il riconoscimento e che N. Bobbio (*L'età dei diritti*, Torino, 1990, XV) ha definito "nuovi diritti" (di quarta generazione), caratterizzati dal fatto di nascere «quando l'aumento del potere dell'uomo sull'uomo, che segue inevitabilmente al progresso tecnico cioè al progresso della capacità dell'uomo di dominare la natura e gli altri uomini, crea nuove minacce alla libertà dell'individuo (...): minacce cui si contravviene con richieste di limiti del potere».

<sup>34</sup> Ricordando, ad es., che la Gran Bretagna ha ritenuto non lesiva della dignità della donna la maternità surrogata quando si realizzi per motivi di solidarietà.

## 7. Il legislatore italiano e l'accesso ai test genetici

Alla luce di queste diverse questioni e all'interno dello scenario normativo sopra brevemente descritti, il nostro legislatore è più volte intervenuto e, a proposito dell'"artificiale" nella procreazione, ha adottato la legge l. 19 febbraio 2004, n. 40. È questa una legge molto discussa e contestata, e già sottoposta al controllo di legittimità da parte della Corte costituzionale, che enuncia regole fondate su principi che evidentemente appaiono non sufficientemente condivisi.

Utile esempio di questa problematicità è proprio la regolamentazione dei test genetici così come definita nella citata legge 40.

### 7.1. Test genetici e dati genetici

Come si è detto, i test genetici<sup>35</sup> consegnano alla persona una massa crescente di informazioni<sup>36</sup>: dicono se una persona è sana ma anche se è predisposta a una malattia o se è portatrice sana<sup>37</sup>, se è genitore o figlio, se è colpevole e così via.

Tali informazioni sono caratteristiche, perché (secondo la definizione data nella Raccomandazione N. R (97) 5 del Consiglio d'Europa) indipendentemente dalla tipologia, «riguardano i caratteri ereditari di un gruppo o sono in relazione con tali caratteri e formano il patrimonio di un gruppo di individui legato da vincoli di parentela», e sono indubbiamente as-

<sup>35</sup> G. CORBELLINI, P. DONGHI e A. MASSARENTI, *Bioetica*, Torino, 2006, p. 162, definiscono il test genetico come «un'analisi a livello biochimico-molecolare che ha lo scopo di stabilire, attraverso lo studio dei cromosomi, del Dna, o delle proteine, se un determinato quadro clinico patologico è causato da una variazione nella struttura delle molecole che controllano la fisiologia delle cellule: in ultima istanza a livello di struttura del Dna. L'indagine molecolare consente quindi di diagnosticare la presenza della forma patogena di un gene».

<sup>36</sup> Come scrive S. RODOTÀ, *La vita e regole*, Milano, 2006, p. 165, «l'avvento della società "post-genomica" consegnerà a tutti e a ciascuno il genoma umano, vale a dire una massa crescente di informazioni capace di approfondire l'attuale conoscenza del sé e di orientarla verso il futuro».

<sup>37</sup> Per il Comitato Nazionale di Bioetica (nel Parere su orientamenti bioetici per i test genetici del 19 novembre 1999) gli "obiettivi eticamente rilevanti" dei test e degli screening genetici sono: contribuire a migliorare la salute delle persone affette da patologia genetica; permettere ai portatori di un gene che si esprime o si esprimerà in una malattia di effettuare scelte riproduttive sulla base di informazioni il più possibili esaurienti, che assicurino loro pari opportunità; contribuire ad alleviare ansie di famiglie o comunità, di fronte alla prospettiva di essere affette da gravi malattie genetiche.

sai preziose (perché, ad es., consentono interventi di cura precoce). Ma, proprio per la loro peculiarità e importanza, se comunicate o utilizzate in modo improprio, possono diventare "pericolose" e causare sofferenze (ad es., in termini psicologici, per chi scopre di essere destinato a sviluppare una malattia) o potenziali discriminazioni sociali (ad es., nell'accesso al lavoro o nella conclusione di un contratto di assicurazione, qualora si diffondesse l'informazione che certe persone siano anche semplici "portatrici sane" di malattie) o violazioni della dignità (nel caso, ad es., si procedesse a utilizzarle a scopo eugenetico)<sup>38</sup>.

La possibilità di acquisire tali dati ("preziosi" e "pericolosi"), rende indispensabile l'elaborazione di strumenti giuridici di protezione dei diritti della persona, della sua libertà e dignità. Il nostro legislatore è, infatti, intervenuto sia definendo la assoluta non obbligatorietà di sottoporsi ad alcun test sia (con il Codice in materia di protezione dei dati personali, Decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196) ponendo varie ulteriori regole di protezione: prescrivendo che il trattamento debba svolgersi nel «rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato» (art. 2); prevedendo l'obbligo di notificare al Garante il trattamento dei dati genetici (art. 37), considerati anch'essi "dati sensibili"; sancendo il divieto di diffondere dati idonei a rivelare lo stato di salute, salvo che sia necessario per finalità di prevenzione, accertamento o repressione dei reati (art. 22). Poiché poi la conoscenza del dato genetico implica sempre un forte coinvolgimento emotivo, nel Codice (all'art. 84) è imposta l'intermediazione del "medico designato dall'interessato" (il quale conserva comunque un diritto di "sapere" e di "non sapere") o dal titolare, mentre a tutela dei consanguinei è attribuito il diritto di accedere all'informazione purché vi sia un legittimo interesse<sup>39</sup>.

<sup>38</sup> Ricordando che la Convenzione di Oviedo del 1996, ratificata dall'Italia con l. 145 del 2001 indica, all'art. 12, che si possa «procedere ai test volti a prevedere delle malattie genetiche o che permettano l'identificazione del soggetto come portatore di un gene responsabile di una malattia o di rilevare una predisposizione o una suscettibilità genetica ad una malattia solo a fini medici o di ricerca medica e con riserva di un consiglio genetico adeguato».

<sup>39</sup> È nota la decisione con cui il Garante, nel 1999, ha accolto la richiesta di una donna (desiderosa di effettuare una scelta procreativa consapevole) di accedere ai dati genetici del proprio padre (che pure che aveva negato il suo consenso).

## 7.2. I test genetici sull'embrione formato nella fecondazione in vitro

Se le questioni relative alla tutela della persona nel trattamento dei dati genetici paiono dunque, in un certo senso, risolte, più problematica sembra la scelta operata nella legge n. 40 del 2004 a proposito dei test genetici da effettuare sull'embrione formato in una fecondazione in vitro, prima del suo impianto in utero: test che, come detto, consentono il rilevamento precoce dello stato di salute e dunque, nel caso particolare, della salute del nascituro e che, fino all'introduzione della citata legge, veniva comunemente praticato. L'acquisizione di tali informazioni dà, infatti, l'opportunità di attuare (eventuali) interventi di cura sul feto e conferisce ai genitori la possibilità di predisporre all'evento della nascita in modo più consapevole «anche in funzione della tutela della salute gestazionale della donna»<sup>40</sup>; la conoscenza di tali elementi potrà anche indurre i genitori a rifiutare l'impianto di un "embrione malato".

Ebbene, sulla liceità di accedere ai test genetici sull'embrione da impiantare nel corpo della madre sono sorte dispute dovute, anche, all'ambiguità del dato normativo. Infatti, la legge n. 40 del 2004, non fa esplicito riferimento alla diagnosi preimpianto solo definisce i limiti della «ricerca clinica e sperimentale» (art. 13<sup>41</sup>) e riconosce ai soggetti che hanno fatto accesso alle tecniche di riproduzione, il diritto di essere «informati sul numero e, su loro richiesta, sullo stato di salute degli embrioni» (art. 14, 5° co.). Le "Linee Guida" sulle procedure e tecniche di procreazione medicalmente assistita (approvate, ai sensi dell'art. 7 della legge, con De-

<sup>40</sup> Così, testualmente, nella sentenza del Trib. Cagliari del 24 settembre 2007.

<sup>41</sup> L'art. 13 della legge, a proposito della Sperimentazione sugli embrioni umani, così recita:

1. È vietata qualsiasi sperimentazione su ciascun embrione umano.

2. La ricerca clinica e sperimentale su ciascun embrione umano è consentita a condizione che si perseguano finalità terapeutiche e diagnostiche ad essa collegate volte alla tutela della salute e allo sviluppo dell'embrione stesso, e qualora non siano disponibili metodologie alternative.

3. Sono comunque vietati:

a) la produzione di embrioni umani a fini di ricerca o di sperimentazione o comunque a fini diversi da quello della presente legge;

b) Ogni forma di selezione a scopo eugenetico degli embrioni e dei gameti ovvero interventi che, attraverso tecniche di selezione, di manipolazione o comunque tramite procedimenti artificiali, siano diretti ad alterare il patrimonio genetico dell'embrione o del gamete ovvero a predeterminare caratteristiche genetiche, ad eccezione degli interventi aventi finalità diagnostiche e terapeutiche, di cui al comma 2 del presente articolo; [...].

creto del Ministero della salute del 21 luglio 2004) specificavano poi che «è proibita ogni diagnosi preimpianto a finalità eugenetica» e che «ogni indagine relativa allo stato di salute degli embrioni creati in vitro, ai sensi dell'art. 14, 5° co., dovrà essere di tipo osservazionale. Qualora dall'indagine vengano evidenziate gravi anomalie irreversibili dello sviluppo dell'embrione, il medico responsabile della struttura ne informa la coppia ai sensi dell'art. 14, 5° co.».

E le considerazioni che la legge fosse da leggere secondo le indicazioni delle "Linee guida" hanno fatto perlopiù propendere i Tribunali a ritenere l'indagine preimpianto vietata<sup>42</sup>.

Solo recentemente si è manifestato un diverso orientamento. Ci si riferisce innanzitutto all'ampia e articolata sentenza del 24 settembre 2007 con cui il Tribunale di Cagliari<sup>43</sup>, offrendo una «interpretazione costituzionalmente orientata della norma»<sup>44</sup>, ha affermato che la diagnosi preimpianto dell'embrione è legittima «quando, come nel caso di specie, la stessa risponda alle seguenti caratteristiche: sia stata richiesta dai soggetti indicati nell'art. 14, 5° comma, l. n. 40/2004; abbia ad oggetto gli embrioni destinati all'impianto nel grembo materno (destinazione che, ad esempio, deve invece ritenersi esclusa per gli embrioni che si trovino in stato di crioconservazione in attesa di estinzione); sia strumentale all'accertamento di eventuali malattie dell'embrione e finalizzata a garantire a coloro che abbiano avuto legittimo accesso alle tecniche di procreazione medicalmente assistita una adeguata informazione sullo stato di salute degli embrioni da impiantare. Secondo quel Tribunale, infatti, la donna ha il diritto di essere esaustivamente informata sullo stato di salute degli embrioni destinati all'impianto, indispensabile oltre che nella prospettiva di una gravidanza pienamente consapevole, in funzione della necessaria tutela della propria salute gestazionale (art. 32 cost.) e ne ha

<sup>42</sup> Trib. Catania 3 maggio 2004, in *Giur. it.*, 2004, II, 2088; Tar Lazio 5 maggio 2005, n. 3452; Tar Lazio 23 maggio 2005, n. 4047; e v. anche Corte Costituzionale, ordinanza 24 ottobre – 9 novembre 2006, n. 369.

<sup>43</sup> In [www.personaedanno.it](http://www.personaedanno.it)

<sup>44</sup> Cioè adottando l'unica interpretazione che consente alle disposizioni in questione di superare le censure di incostituzionalità («in considerazione del dovere del giudice di scegliere, tra le varie interpretazioni possibili della disposizione da applicare al caso concreto, quella che assicuri una lettura costituzionalmente orientata») e non entrare in contraddizione con i principi che la legge n. 194 del 1978 pone a tutela della salute della donna.

diritto non potendo essere trattata diversamente dalla donna che, in gravidanza, può accertare le patologie dell'embrione con le comuni tecniche di diagnosi prenatale violandosi altrimenti il principio di uguaglianza enunciato dall'art. 3 della Costituzione<sup>45</sup>. Tale interpretazione è stata successivamente condivisa dal Tribunale di Firenze con l'ordinanza 17 dicembre 2007 che (ritenendo la legge non solo «non preveda un divieto di diagnosi preimpianto, ma addirittura la sottintenda»; e che «il Dm 21 luglio 2004 nella parte in cui aggiunge al comma 3 dell'art. 13 l'ulteriore divieto dell'indagine non osservazionale» abbia «previsto un divieto *contra legem*, incidendo su normazione primaria superiore che va pertanto disapplicata ex art. 5 L. 20 marzo 1865 n. 2248 all. E») ha legittimato il ricorso alla «diagnosi preimpianto, con trasferimento in utero, conformemente alla richiesta della parte ricorrente, dei soli embrioni sani o portatori sani, secondo le tecniche della migliore scienza medica e con crioconservazione degli ulteriori embrioni sino alla definizione dell'istaurando processo di merito».

Offrendo una diversa seppur convergente lettura delle disposizioni, il Tribunale amministrativo del Lazio, con la sentenza del 21 gennaio 2008, ha successivamente accolto il ricorso presentato da alcune associazioni operanti nel settore della procreazione assistita giungendo così ad annullare le Linee Guida del 2004 nella «parte inerente alle misure di tutela dell'embrione, laddove si stabilisce che ogni indagine relativa allo stato di salute dell'embrione creato in vitro deve essere di tipo osservazionale», rimettendo alla Corte Costituzionale la questione di legittimità costituzionale dell'art. 14, commi 2 e 3, della legge n. 40/2004, per contrasto con gli articoli 3 e 32 della Costituzione.

La questione, come s'è visto assai problematica, si può dire, ad oggi, giunta a una (forse temporanea) soluzione essendo state adottate, alla scadenza della XV legislatura, nuove Linee Guida che confermano il divieto di qualsiasi diagnosi a scopo eugenetico ma escludono ogni riferimento a divieti di diagnosi preimpianto sull'embrione<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Per il Tribunale il divieto della diagnosi reimpianto, non identificabile nel sistema della legge n. 40/2004, è «in realtà il frutto di un'impostazione restrittiva fortemente voluta dall'esecutivo che, in contrasto con le stesse disposizioni di legge, e quindi in palese violazione delle prerogative proprie degli atti di emanazione secondaria, lo ha espressamente sancito proprio in occasione delle Linee guida».

<sup>46</sup> Le novità delle nuove Linee guida riguardano inoltre: l'ampliamento delle possibilità di ricorrere alle tecniche di riproduzione assistita con l'estensione dell'accesso

### 7.3. Alcune osservazioni

Il dibattito sulla liceità dell'indagine preimpianto, tratteggiato qui solo nelle sue linee generali a scopo esemplificativo, sembra derivare proprio dalla legislazione adottata, piuttosto ambigua e caratterizzata da una carica fortemente<sup>47</sup> ideologica risultando prevalentemente portatrice di valori evidentemente non condivisi. In particolare, il valore della tutela dell'aspettativa di vita dell'embrione, ampiamente accolto nella legge e sostenuto da molti, deve, secondo altri, affermarsi in un bilanciamento dei diversi interessi costituzionalmente garantiti: tra questi, il diritto della madre alla sua salute fisica e psichica che può risultare compromessa dal fatto di non poter godere delle informazioni che le consentano di fare una scelta procreativa consapevole e responsabile. La circostanza poi che i Paesi culturalmente a noi vicini abbiano diversamente disciplinato questa materia porta a ritenere che tale scelta legislativa possa risultare fonte di discriminazioni qualora induca a far ricorso a centri ove quei test (o quelle tecniche) siano invece consentiti.

### 8. La logica del "com-promesso"

Data la contrapposizione evidenziata, come trovare allora quella minima intesa sui valori indispensabile per la definizione di regole su materie tanto sensibili? E, per riprendere le parole autorevolmente espresse dal Pontefice, come costruire quella «normativa giuridica che costituisca un ordinamento della libertà, della dignità e dei diritti dell'uomo»? Come trovare una «forma ragionevole», cioè una forma che sappia risolvere i contrasti politici sottraendosi alla logica particolaristica e ascoltare istanze diverse da quelle dei gruppi di interesse e dei partiti?

Il riferimento, nelle indicazioni del Pontefice, è evidentemente al magistero della Chiesa in quanto depositaria di una tradizione plurimillennaria. Per chi si riconosce nella tradizione cristiano-cattolica questa è una risposta sufficientemente valida, ma in un mondo complesso, plurale, iper-

anche alla coppia in cui l'uomo sia portatore di malattie sessualmente trasmissibili; l'indicazione che ogni centro per la PMA deve assicurare alla coppia un adeguato sostegno psicologico.

<sup>47</sup> Anche se non "esclusivamente", come è stato ben rilevato dal Tribunale di Cagliari nella citata sentenza.

dinamico, come quello attuale, questa stessa tradizione non può non porsi come posizione particolare per chi non si riconosca in essa. Sarà necessario pertanto non solo ricorrere alle riflessioni di tutte le tradizioni religiose e morali ma anche a quella cornice di tolleranza e di pensiero critico in modo tale che l'“argomentazione sensibile alla verità”, di cui parla Benedetto XVI, veda questa scaturire non dallo scontro ma dall'incontro, non dall'interdizione ma dalla relazione, in cui il rispetto della dignità sia risolto nel rispetto della libertà e quello della conservazione nel giusto riconoscimento dell'attività responsabile dell'uomo come partner della creazione.

È questa la “logica del com-promesso”, che presuppone un promettersi insieme di ricercare la verità sempre sulla base del comune riconoscimento della dignità della persona, che sembra a volte smarrita proprio da chi vorrebbe difenderla fin dal suo inizio.

GIUSEPPE REALE

## **Il concetto di nave da guerra e la sua applicabilità alle unità navali della Guardia di Finanza\***

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La nave da guerra nel diritto interno. - 3. La nave da guerra nel diritto internazionale. - 4. L'inchiesta di bandiera, il diritto di visita, il diritto di inseguimento. - 5. Le unità navali della Guardia di Finanza. - 6. La giurisprudenza relativa alle unità navali della Guardia di Finanza. - 7. La sentenza della Corte costituzionale 7 febbraio 2000, n. 35. - 8. Conclusioni.

### **1. Premessa**

La navigazione militare, tradizionalmente, è stata tenuta distinta e separata rispetto a quella mercantile, ritenendosi che le norme del diritto della navigazione non possano trovare applicazione, salvo ipotesi particolari, alle navi militari, costituendo tale tipologia di navigazione un sistema a sé stante, governato da proprie leggi<sup>1</sup>.

(\*) Il presente lavoro riprende, con alcune aggiunte ed integrazioni, il testo della relazione presentata in occasione del Seminario di studi dal titolo «Le attività in mare della Guardia di Finanza», organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi del Molise in collaborazione con la Scuola Nautica della Guardia di Finanza di Gaeta, svoltosi a Gaeta sulla Nave Scuola «Giorgio Cini» il 4 aprile 2008.

(<sup>1</sup>) Il codice della navigazione, di regola, non si applica alla navigazione militare. Il codice stesso sottolinea la sua non riferibilità alla navigazione militare, in alcuni casi affermandola esplicitamente, come avviene attraverso l'art. 748 cod. nav., secondo cui, salvo che sia diversamente disposto, le norme del codice non si applicano agli aeromobili militari, di dogana, delle forze di polizia dello Stato, del corpo dei vigili del fuoco, oppure in altri stabilendo esplicitamente le fattispecie in cui le sue norme si applicano, in linea eccezionale, alle navi da guerra, come avveniva con l'art. 589, ultimo comma, cod. nav., relativo alla competenza per materia e per valore in materia di cause marittime. In effetti, l'esercizio nautico, presuppone il suo svolgimento per finalità diverse da quelle militari. Tuttavia, secondo autorevole dottrina, un dato rapporto giuridico rientra nell'ambito del diritto della navigazione allorquando uno solo dei soggetti che ne è coinvolto svolge la navigazione militare mentre l'altro esercita quella mercantile. Difatti, in caso di rapporti cd. misti, ossia in presenza di rapporti in cui partecipino navi mercantili e navi militari (urto di navi, assistenza e salvataggio, recupero), si applica il diritto della navigazione. Nel concorso, dun-

Tuttavia, al fine di delineare il concetto di nave da guerra e di individuare i requisiti necessari affinché una data unità possa ricoprire tale *status* giuridico, occorre in ogni caso fare riferimento al concetto generale di nave che, come è stato autorevolmente sostenuto, assume una distinta fisionomia a seconda che il veicolo in questione venga preso in considerazione dall'ordinamento nazionale o da quello internazionale, in considerazione della diversità dei rapporti che da questi ordinamenti sono regolati. Ciò in quanto, in applicazione del principio della relatività dei valori giuridici, ciascun ordinamento può offrire, sotto vari aspetti, una differente valutazione e qualificazione dei medesimi fatti materiali o rapporti<sup>2</sup>.

Per quanto concerne il diritto interno, il codice della navigazione fornisce la definizione generale di nave (art. 136 cod. nav.) e ne individua l'elemento essenziale e caratterizzante nella sua destinazione ed attitudine al «trasporto per acqua»<sup>3</sup>, mentre non fornisce alcuna specifica de-

que, di norme afferenti al diritto comune e di norme del diritto della navigazione queste ultime prevalgono in virtù del principio di specialità. Sull'argomento, cfr. G. PESCATORE, *Oggetto e limiti del diritto della navigazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 420 ss.; ID., *Nave*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 3; A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008, p. 4 ss. Secondo G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, I, 2, Milano, 1987, p. 938 ss., sfavorevole all'impostazione costituita dal cd. sistema del diritto della navigazione, non è condivisibile la tesi volta ad escludere il fenomeno della navigazione militare dal campo del diritto marittimo. Secondo questa opinione, le norme di diritto marittimo non troverebbero applicazione nei confronti delle navi militari soltanto in quelle parti dichiaratamente e funzionalmente volte alla disciplina della costruzione, ammissione alla navigazione, proprietà ed esercizio di navi commerciali ad ai contratti relativi, mentre tutte le alte norme del diritto marittimo aventi cogenza generale riguardo ai rapporti giuridici afferenti ad ogni categoria di navi dovrebbero trovare applicazione anche nei confronti delle navi militari, salvo che la specifica disposizione normativa non esenti dalla propria sfera di applicazione i rapporti giuridici aventi per oggetto una o più navi militari o che essi vengano regolati attraverso norme particolari. Questa tesi, in sostanza, finisce per ribaltare il postulato della separazione fra le due navigazioni (militare e mercantile), affermando che tutte le norme di diritto marittimo aventi cogenza generale si applicano anche alle navi militari, salvo che vi sia un'espressa disposizione in senso contrario.

<sup>2</sup> Cfr. U. LEANZA, *Nave*, in *Enc. giur.*, XX, Roma, 1990, p. 1 ss., secondo cui, mentre ai fini dei rapporti intercorrenti fra individui o fra Stato e individui la nave viene in rilievo, nell'ordinamento giuridico dello Stato, in alcuni casi come mero oggetto ed in altri come ambito di attività, ai fini dei rapporti intercorrenti fra Stati la nave viene invece in rilievo, per l'ordinamento internazionale, sempre essenzialmente come comunità umana presente a bordo, che costituisce il momento essenziale ed assorbente del fenomeno giuridico in questione allorquando ci si riferisce all'ordinamento internazionale.

<sup>3</sup> Sul tema, cfr. E. SPASIANO, *Sul concetto di nave*, in *Riv. dir. nav.*, 1935, II, p. 152 ss.; G.

finizione di nave militare o di nave da guerra.

La definizione recata dall'art. 136 cod. nav. non comprende le navi militari o da guerra<sup>4</sup>.

Per l'ordinamento internazionale rileva, in primo luogo, la fondamentale distinzione delle navi in due principali categorie: navi pubbliche e navi private<sup>5</sup>.

La distinzione si basa sul differente *status* che le navi rivestono e sul diverso regime giuridico cui sono assoggettate<sup>6</sup>.

Nel corso degli anni molteplici sono stati i criteri proposti al fine di individuare l'appartenenza di una data unità navale all'una anziché all'altra categoria<sup>7</sup>.

In linea generale, quale criterio di selezione, appare preferibile propendere per quello che fa leva sull'individuazione dell'esatta funzione svolta dalla nave.

Pertanto, appartengono alla prima categoria, indipendentemente dalla loro proprietà, quelle navi che svolgono una funzione riconducibile all'esercizio di poteri ascrivibili allo Stato, mentre, al contrario, apparten-

RIGHETTI, *Nave*, in *Noviss. Dig. it.*, XI, Torino, 1965, p. 84 ss.; D. GAETA, *Nave*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 601 ss.; G. PESCATORE, *Nave*, cit., p. 1 ss.; G. REALE, *Attitudine alla navigazione, destinazione a trasporto e fattispecie nave*, in *Dir. trasp.*, 2007, p. 827 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., p. 227 ss.

<sup>4</sup> In tal senso, cfr. A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, cit., pp. 228-229. In senso contrario, v. G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, cit., p. 938 ss.

<sup>5</sup> Cfr. D. GAETA, *Nave*, cit., p. 609 ss.; U. LEANZA, *Nave*, cit., p. 1 ss.

<sup>6</sup> In precedenza la differenza di trattamento si incentrava soprattutto sulla distinzione fra navi da guerra e navi commerciali. Tale criterio ben presto si rivelò del tutto insufficiente ed inidonea e finì per essere sostituito da quello basato sul carattere pubblico o privato della nave, che meglio riesce ad individuare due ampie categorie, caratterizzate da una netta differenza: le navi pubbliche, a differenza di quelle private, godono di immunità assoluta da interferenze provenienti dal potere statale straniero. Sul tema, Cfr. U. LEANZA, *Nave*, cit., p. 1 ss.

<sup>7</sup> Tra i vari criteri utilizzati è possibile ricordare: la proprietà pubblica o privata della nave; il servizio pubblico o privato cui essa è adibita; la funzione afferente al potere statale esplicita o il fine in senso lato economico perseguito. Tra i vari criteri utilizzati quest'ultimo sembrerebbe quello da preferire, atteso che esso appare l'unico in grado di esprimere la *ratio* della distinzione, poiché è proprio il potere statale che l'ordinamento internazionale protegge da ogni interferenza esterna, sia negli atti attraverso i quali esso si esercita che nei mezzi di cui esso si avvale. Per cui è l'esplicazione di una funzione di potere facente capo allo Stato che giustifica la diversità di condizione e di trattamento che contrassegna le due categorie.

gono alla seconda categoria, indipendentemente dalla loro proprietà (che può essere anche statale), quelle navi che perseguono finalità in senso lato economiche, non riconducibili all'esercizio del potere statale.

Nell'ambito delle navi pubbliche, appartenenti allo Stato o da quest'ultimo utilizzate per essere adibite esclusivamente ad un servizio di governo di carattere non commerciale, si colloca la categoria delle navi militari e, all'interno di essa, la *species* costituita dalle navi da guerra<sup>8</sup>.

In questa sede non è possibile affrontare compiutamente le molteplici questioni emerse nel corso degli anni nell'ambito del complesso dibattito volto all'esatta individuazione della vasta categoria delle navi pubbliche, per cui l'esame verrà limitato soltanto ad alcune di quelle che appaiono le principali e più significative questioni affrontate dalla dottrina e dalla giurisprudenza con riferimento esclusivo alla specifica tipologia costituita dalle navi da guerra, cercando di verificare - una volta individuati i requisiti propri della categoria - se tale qualifica compete o meno alle unità navali in dotazione al Corpo della Guardia di Finanza.

L'esatta individuazione dei requisiti necessari per attribuire ad una data unità navale la qualifica di nave da guerra, come accennato, è stata oggetto nel corso degli anni di un annoso dibattito<sup>9</sup>, sotto certi aspetti non ancora del tutto sopito. La questione assume notevole rilievo, in quanto il peculiare *status* di nave da guerra consente al veicolo che ne è portatore il legittimo esercizio di prerogative e di poteri spettanti esclusivamente alle navi appartenenti a tale categoria (e, in alcuni casi, anche alle navi pubbliche in servizio di Stato ad esse equiparate)<sup>10</sup> oppure, sot-

<sup>8</sup> Il concetto di nave militare è più ampio rispetto a quello di nave da guerra. Sulle navi militari, cfr. G. CIARDI, *Istituzioni di diritto penale militare*, Roma, 1950, p. 116 ss.; D. GAETA, *Nave*, cit., 608 ss.

<sup>9</sup> Per un approfondimento di queste tematiche, cfr. G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, cit., p. 938 ss.; F. CAFFIO, *Lo status giuridico delle navi da guerra. Analogie e differenze rispetto alle unità navali della Guardia di Finanza*, in *Riv. mar.*, II, 1992, p. 83 ss.; ID., *La ratifica della Convenzione sul diritto del mare*, in *Riv. mar.*, I, 1995, p. 83 ss.; G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, in *Dir. mar.*, 1995, p. 1177 ss.; M. M. ANGELONI - A. SENESE, *Il concetto di nave da guerra nel diritto interno e internazionale*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1997, p. 2565 ss., nonché in *Dir. trasp.*, 1998, p. 383 ss.; ID., *Le unità navali della Guardia di Finanza quali navi da guerra*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2002, p. 1573 ss.; M. GRIMALDI, *Sull'applicabilità della nozione di "nave da guerra" alle unità navali della Guardia di Finanza*, in *Dir. mar.*, 2007, p. 832 ss.

<sup>10</sup> Ad esempio, con riferimento al diritto interno: la polizia sulle navi mercantili na-

to altro profilo, per la configurabilità di alcune particolari ipotesi di reato previste dal codice della navigazione<sup>11</sup>.

## **2. La nave da guerra nel diritto interno**

Il codice della navigazione, come già detto, non fornisce la nozione di nave da guerra.

Ai fini dell'esatta individuazione della categoria, per quanto concerne il diritto interno, è comunque possibile fare riferimento ad alcune specifiche disposizioni normative.

Il R.D. 24 agosto 1933, n. 2423, recante «Norme per la concessione del permesso di ancoraggio in tempo di pace alle navi da guerra estere nei porti e negli ancoraggi del Regno, dei possedimenti dell'Egeo e delle Colonie», all'art. 2 stabilisce che «per nave da guerra deve intendersi non solo ogni nave designata come tale nel senso accettato per questo ter-

zionali (art. 200 cod. nav.) e l'inchiesta di bandiera (art. 201 cod. nav.). Con riferimento, invece, alla disciplina internazionale: l'immunità in alto mare (artt. 95 e 96 della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982), il sequestro per atti di pirateria (art. 107 della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982), il diritto di visita (art. 110 della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982), il diritto di inseguimento (art. 111 della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982). Mentre le navi addette ad un servizio governativo di Stato possono operare nei confronti delle navi nazionali e straniere entro le acque territoriali, le sole navi da guerra, ex art. 200 cod. nav., sono autorizzate a svolgere compiti di polizia marittima al di fuori del territorio nazionale. La differenza sostanziale fra le navi da guerra e quelle in servizio di Stato consiste nella differente funzione e legittimazione giuridica. Le navi da guerra costituiscono lo strumento politico-militare dello Stato nei rapporti con gli altri Stati e rappresentano la Nazione all'estero sia nel corso di attività militari che in occasione di visite ufficiali. Sul piano giuridico, poi, le navi da guerra dispongono di una legittimazione piena in acque internazionali al fine di esercitare funzioni e poteri di controllo della legalità dei traffici marittimi internazionali e di vigilare sulle navi mercantili nazionali, mentre le navi in servizio di Stato dispongono di una sfera di legittimazione più limitata e, al di là del limite delle acque territoriali, possono esercitare soltanto quei poteri che sono funzionali ai loro specifici compiti e per specifiche materie. La normativa nazionale non prevede che queste navi possano svolgere in alto mare, con carattere di generalità, quei poteri di polizia attribuiti invece alle navi da guerra ex art. 200 cod. nav. nei confronti delle navi mercantili nazionali, né che possano sottoporre a fermo navi mercantili straniere al di fuori delle ipotesi del legittimo esercizio del diritto di inseguimento continuo o di altri casi specificamente contemplati.

<sup>11</sup> I reati di rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.) e quello di resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.).

mine, ma anche ogni nave di qualunque specie, che batte bandiera di guerra e sia adibita a servizio dello Stato».

La disposizione in esame pone l'accento sull'uso della bandiera da guerra e sulla destinazione al servizio dello Stato. Essa, tuttavia, almeno direttamente, si riferisce alle navi da guerra estere.

Inoltre, assumono rilievo le definizioni offerte dagli artt. 133 e 134 del R.D. 8 luglio 1938, n. 1415 recante «Approvazione dei testi della legge di guerra e della legge di neutralità».

L'art. 133 definisce navi da guerra «quelle comandate ed equipaggiate da personale militare o militarizzato, iscritte nelle liste del naviglio da guerra, e che legittimano la propria qualità mediante i segni distintivi adottati, a questo fine, dallo Stato al quale appartengono».

L'art. 134 considera navi da guerra «le navi mercantili qualora: siano poste sotto la diretta autorità, l'immediato controllo e la responsabilità dello Stato al quale appartengono, e usino i segni distintivi da questo adottati per le navi da guerra; il comandante sia al servizio dello Stato e iscritto nelle liste del personale della marina da guerra; l'equipaggio sia soggetto alle regole della disciplina militare. La nave mercantile trasformata in nave da guerra deve essere iscritta al più presto nelle liste del naviglio da guerra».

L'art. 133, quali requisiti necessari affinché una data unità possa qualificarsi nave da guerra, richiede: a) lo *status* militare del comandante e del relativo equipaggio; b) l'iscrizione della nave in un'apposita lista del naviglio da guerra; c) l'adozione di appositi segni distintivi esteriori dello Stato di appartenenza.

Le disposizioni appena esaminate, tuttavia, avrebbero portata limitata al periodo di guerra<sup>12</sup>.

Altra disposizione di interesse ai fini dell'individuazione della categoria in esame è offerta dal R.D. 20 febbraio 1941, n. 303, relativo ai codici penali militari di pace e di guerra.

L'art. 11, secondo comma, c.p.m.p. stabilisce che «agli effetti della legge penale militare, sono navi militari e aeromobili militari le navi e gli aeromobili da guerra, le altre navi o aeromobili regolarmente trasformate in navi o aeromobili da guerra, e ogni altra nave e ogni altro aeromobi-

(<sup>12</sup>) Cfr. M. CAPASSO, *Guerra marittima*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, pp. 72-73; G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1183.

le adibite al servizio delle forze armate dello Stato alla dipendenza di un comandante militare».

La disposizione in parola inquadra nella più vasta categoria costituita dalle navi militari tre sottocategorie: a) le navi da guerra; b) le navi mercantili trasformate in navi da guerra; c) ogni altra nave adibita al servizio delle forze armate dello Stato alle dipendenze di un comandante militare.

Tuttavia, anche l'articolo in questione, nell'effettuare la richiamata classificazione, non definisce in maniera esplicita i requisiti della nave da guerra, occupandosi invece dell'ambito di applicazione della legge penale militare nei confronti dei soggetti componenti la peculiare comunità viaggiante.

In definitiva, nel nostro ordinamento non compare una esplicita ed univoca disposizione diretta ad individuare i requisiti essenziali cui deve rispondere un'unità per poter essere classificata quale nave da guerra e godere, quindi, del relativo *status*, per cui il problema va affrontato facendo riferimento alla normativa internazionale.

### **3. La nave da guerra nel diritto internazionale**

Passando ad esaminare la normativa internazionale, sia la Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 29 aprile 1958 che quella di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 non contengono una esplicita definizione di nave pubblica e di nave privata.

Tuttavia, dall'esame delle disposizioni recate dalle Convenzioni, appare confermato il criterio distintivo già in precedenza esaminato, fondato sull'esercizio del potere statale.

Sia la Convenzione di Ginevra che la Convenzione di Montego Bay contengono invece una espressa definizione di nave da guerra<sup>13</sup> e fanno riferimento alle altre navi di Stato utilizzate per fini non commerciali<sup>14</sup>.

Per la definizione di nave da guerra è possibile dunque fare riferimento a specifiche disposizioni, costituite dall'art. 8 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 e dall'art. 29 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

<sup>13</sup> Cfr. l'art. 8 della Convenzione di Ginevra e l'art. 29 della Convenzione di Montego Bay.

<sup>14</sup> Cfr. l'art. 9 della Convenzione di Ginevra e l'art. 96 della Convenzione di Montego Bay.

In base all'art. 8, secondo comma, della Convenzione di Ginevra per nave da guerra deve intendersi «una nave facente parte della marina da guerra di uno Stato e recante i segni distintivi delle navi da guerra della sua nazionalità. Il comandante deve essere al servizio dello Stato, il suo nome deve figurare nella lista degli ufficiali della flotta militare e l'equipaggio deve essere sottoposto alle regole di disciplina militare».

La Convenzione di Montego Bay, a sua volta, all'art. 29, definisce nave da guerra «una nave che appartenga alle forze armate di uno Stato, che porti i segni esteriori delle navi militari della sua nazionalità e sia posta sotto il comando di un ufficiale di marina al servizio dello Stato e iscritto nell'apposito ruolo degli ufficiali o in documento equipollente, il cui equipaggio sia sottoposto alle regole della disciplina militare».

Dal raffronto fra le due disposizioni appare evidente come la Convenzione di Montego Bay abbia innanzitutto operato un non trascurabile ampliamento del requisito di appartenenza dell'unità navale, non più limitato alla sola «marina da guerra» (come esigeva la Convenzione di Ginevra del 1958), bensì esteso alle «forze armate» complessivamente considerate, ed abbia previsto che il comando della nave possa essere affidato ad un ufficiale al servizio dello Stato, il cui nome figuri in un apposito ruolo.

È stato evidenziato come la Convenzione di Montego Bay non abbia affatto chiarito la questione in esame, introducendo un nuovo problema dovuto alla differenza riscontrabile fra il testo dell'art. 29 redatto in inglese e quello redatto in francese<sup>15</sup>.

In effetti, sussiste una difformità tra il testo dell'art. 29 della Convenzione di Montego Bay redatto in lingua francese ed il testo del medesimo articolo redatto in lingua inglese, entrambi testi ufficiali<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> V. G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1178 ss.

<sup>16</sup> Dal confronto fra il testo dell'art. 29 redatto in francese e quello della medesima disposizione redatto in inglese emergono alcune differenze. Secondo il testo francese: «aux fins de la Convention, on entend par navire de guerre tout navire qui fait partie des forces armées d'un Etat et porte les marques extérieures distinctives des navires militaires de sa nationalité, qui est placé le commandement d'un officier de marine au service de cet Etat et inscrit sur la liste des officiers ou un document équivalent, et dont l'équipage est soumis aux règles de la discipline militaire». Secondo il testo inglese, invece: «for the purposes of this Convention, warship means a ship belonging to the armed forces of a State bearing the external marks distinguishing such ships of its nationality, under the command of an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent, and manned by a crew which is under regular armed forces discipline».

In particolare, la discrasia attiene alla figura soggettiva posta al comando della nave da guerra.

Il testo in lingua francese attribuisce il comando dell'unità navale da guerra a «*un officier de marine au service de cet Etat et inscrit sur la liste des officiers ou un document équivalent*» mentre, diversamente, il testo in lingua inglese attribuisce il comando «*an officer duly commissioned by the government of the State and whose name appears in the appropriate service list or its equivalent*».

La traduzione della Convenzione di Montego Bay in lingua italiana, riportata in stesura non ufficiale in allegato alla legge di ratifica 2 dicembre 1994, n. 689<sup>17</sup>, ricalca sostanzialmente, per quanto concerne l'articolo in esame, la versione che compare nel testo redatto in lingua francese.

Orbene, alla luce dei principi recati dall'art. 33, paragrafo 4, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati<sup>18</sup>, appare preferibile propendere, ai fini dell'esatta individuazione del concetto di nave da guerra, per l'accoglimento del testo stilato in lingua inglese<sup>19</sup>.

Questa interpretazione trova conforto anche a seguito dell'esame di alcune disposizioni della Convenzione di Montego Bay<sup>20</sup> che, in buona sostanza, hanno sancito un'equiparazione tra le navi da guerra in senso stretto e le navi in servizio governativo, vale a dire di proprietà o al servizio dello Stato, adibite ad un servizio governativo non commercia-

<sup>17</sup> La traduzione in lingua italiana è pubblicata in Gazzetta Ufficiale, supplemento ordinario, del 19 dicembre 1994, n. 295.

<sup>18</sup> L'art. 33, paragrafo 4, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati stabilisce che, in caso di differente significato fra più testi autentici, vada adottato un canone ermeneutico logico-sistematico, dovendo quindi prevalere il significato più conforme all'oggetto ed allo scopo del trattato e che concilia meglio i due differenti testi.

<sup>19</sup> In tal senso, cfr. G. CATALDI, *Il passaggio delle navi straniere nel mare territoriale*, Milano, 1990, p. 217; M. M. ANGELONI - A. SENESE, *Il concetto di nave da guerra nel diritto interno e internazionale*, cit., p. 2572. In senso contrario, v. G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1178 ss., secondo il quale appare invece preferibile adottare la più restrittiva definizione fornita dal testo in lingua francese, poiché quella inglese, di portata più ampia, introduce un elemento nuovo, ossia il riferimento a tutti gli ufficiali, che è estraneo alla definizione redatta in lingua francese, che fa riferimento ai soli ufficiali di marina.

<sup>20</sup> Cfr. art. 32 (Immunità delle navi da guerra e di altre navi di Stato in servizio non commerciale), art. 95 (Immunità delle navi da guerra in alto mare) ed art. 96 (Immunità delle navi impiegate esclusivamente per servizi governativi non commerciali) della Convenzione di Montego Bay del 1982.

le, assicurando ad entrambe la completa immunità in alto mare dalla giurisdizione di qualunque Stato che non sia quello della bandiera.

Vi è chi, tuttavia, ritiene preferibile propendere per il testo redatto in lingua francese<sup>21</sup>.

La scelta non è di poco conto, in quanto, a seconda della tesi che si accolga, alcune unità potrebbero rientrare o meno nel novero delle navi da guerra<sup>22</sup>.

In definitiva, ai sensi dell'art. 29 della Convenzione di Montego Bay, per poter essere qualificata come nave da guerra un'unità deve possedere i seguenti requisiti: a) appartenere alle forze armate di uno Stato; b) portare i segni distintivi esteriori delle navi militari della sua nazionalità; c) essere posta sotto il comando di un ufficiale al servizio dello Stato ed iscritto nell'apposito ruolo; d) il suo equipaggio deve essere sottoposto alle regole proprie della disciplina militare.

Vi è stato, dunque, come già rilevato, un ampliamento dei precedenti limiti fissati dalla Convenzione di Ginevra del 1958 che faceva riferimento alle sole unità in forza alla marina da guerra, estendendo invece il concetto a tutte le forze armate dello Stato.

Il possesso dei segni distintivi, nella pratica, va verificato caso per caso, mentre, come già detto, sulla figura del comandante appare preferibile fare riferimento al testo redatto in lingua inglese.

#### **4. L'inchiesta di bandiera, il diritto di visita, il diritto di inseguimento**

La Convenzione di Montego Bay, operando una equiparazione fra nave da guerra e nave in servizio di Stato, ha ampliato la cerchia delle navi

<sup>21</sup> Cfr. G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1180. Secondo l'Autore, i requisiti cui deve rispondere un'unità navale per essere classificata nave da guerra sono i seguenti: a) l'esercizio da parte delle forze armate di uno Stato; b) la presenza dei segni distintivi esteriori di questo tipo di unità; c) il rispetto della disciplina militare da parte dell'equipaggio; d) il comando da parte di un ufficiale della marina militare.

<sup>22</sup> Secondo G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1184 ss., che propende per il testo in lingua francese, oltre naturalmente alle unità della Marina militare lo *status* di nave da guerra competerebbe alle unità delle Capitanerie di porto, poiché gli ufficiali in forza a quest'ultimo Corpo sono ufficiali della marina militare in virtù di quanto disposto dalla legge 8 luglio 1926, n. 1178, sull'ordinamento della marina militare.

legittimate ad avvalersi di alcune particolari prerogative (p. es. immunità assoluta in alto mare) nonché ad esercitare alcuni poteri (p. es. il diritto di visita ed il diritto di inseguimento) nei confronti di navi straniere.

Va innanzitutto evidenziata quale sia la condizione giuridica delle navi pubbliche in alto mare: esse godono di immunità totale ed assoluta dalla giurisdizione e da qualsiasi altra attività di coercizione proveniente da Stati stranieri<sup>23</sup>. Inoltre, tali navi, in determinati casi ed a certe condizioni, possono esercitare in alto mare un'attività coercitiva nei confronti di altre navi, dovendo distinguersi fra navi aventi la stessa nazionalità della nave pubblica e navi di nazionalità straniera.

Il primo caso non determina alcun conflitto fra diverse sovranità, risolvendosi il tutto nell'ambito del medesimo ordinamento cui entrambe le navi appartengono.

Il secondo caso, invece, assume rilievo per l'ordinamento internazionale poiché una nave pubblica esercita determinati poteri nei confronti di una nave privata straniera che transita in alto mare.

Il tradizionale principio di libertà di navigazione in alto mare incontra alcune limitazioni - legate alla salvaguardia di alcuni fondamentali interessi facenti capo all'intera Comunità internazionale - che, al ricorrere di determinate condizioni, consentono l'esercizio di alcune attività che possono interferire sulla navigazione svolta in acque internazionali.

Ciò avviene, ad esempio, in presenza di delitti particolarmente gravi, comunemente indicati quali *crimina juris gentium*<sup>24</sup>, in presenza dei quali ogni Stato può intervenire esercitando la propria potestà punitiva.

In presenza di tali ipotesi delittuose alle navi da guerra ovvero a quelle in servizio pubblico di Stato competono alcune attribuzioni esercitabili in alto mare nei confronti di navi mercantili, indipendentemente dallo Stato di bandiera alla cui giurisdizione esse sono, di regola, sottoposte<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> L'unica eccezione potrebbe essere costituita dal compimento di atti di pirateria da parte di nave pubblica, che per il diritto internazionale determina l'assimilazione della nave pubblica alla nave privata al fine della repressione di tale attività illecita da parte di tutti gli Stati. La soluzione si giustifica in considerazione del venir meno di ogni effettivo controllo sulla nave in questione da parte dello Stato della bandiera.

<sup>24</sup> Rientrano in tale categoria la pirateria, la tratta di schiavi, il traffico di sostanze stupefacenti, le trasmissioni non autorizzate dall'alto mare.

<sup>25</sup> Per una disamina dei poteri di polizia in alto mare, cfr. U. LEANZA, *Polizia marittima e navigazione straniera alla luce del diritto del mare*, in *Studi marittimi*, 1988, n. 34, p. 3 ss.

Le navi da guerra esercitano tali poteri attraverso l'inchiesta di bandiera ed il diritto di visita<sup>26</sup>.

L'inchiesta di bandiera si svolge attraverso la verifica della nazionalità della nave mediante l'ispezione dei documenti di bordo e, eventualmente, la visita della nave sottoposta a controllo.

Ulteriore limitazione al principio della libertà di navigazione in alto mare è poi costituito dal diritto di inseguimento<sup>27</sup>.

Il diritto di inseguimento e la presenza costruttiva rappresentano forme di intervento dello Stato costiero nei confronti di navi straniere in alto mare<sup>28</sup>.

Il diritto di inseguimento, contemplato dall'art. 111 della Convenzione di Montego Bay del 1982, consente ad una nave da guerra o in servizio di Stato di inseguire e fermare in alto mare navi private battenti bandiera straniera che abbiano commesso violazioni a leggi o regolamenti dello Stato costiero stesso, purché l'inseguimento sia iniziato nelle acque interne, nel mare territoriale o nella zona contigua dello Stato costiero e sia stato continuo e mai interrotto.

Inoltre, in conformità a quanto disposto dalla Convenzione del 1982, l'istituto trova applicazione anche nei casi di violazioni delle leggi o dei regolamenti dello Stato costiero afferenti ad altre zone marine, quali la zona economica esclusiva e la piattaforma continentale, con riferimento alle violazioni concernenti la disciplina propria di tali specifiche aree.

Nell'ipotesi della presenza costruttiva, invece, disciplinata dall'art. 111, quarto comma, della Convenzione di Montego Bay, il collegamento tra Stato costiero e la nave straniera, che consente appunto l'intervento dello Stato, è costituito dalle piccole imbarcazioni che, partendo dalla nave madre, ancorata in acque internazionali, penetrano nel mare territoriale dello Stato costiero per svolgere, come di solito accade, attività illecite quali, ad esempio, il contrabbando, il traffico di sostanze stupefacenti o attività relative al fenomeno dell'immigrazione clandestina.

<sup>26</sup> Cfr. art. 110 della Convenzione di Montego Bay del 1982. Sull'argomento, v. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Il concetto di nave da guerra nel diritto interno e internazionale*, cit., p. 2576 ss.

<sup>27</sup> Il diritto di inseguimento era contemplato dall'art. 23 della Convenzione di Ginevra del 1958 ed è attualmente disciplinato dall'art. 111 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

<sup>28</sup> Sul queste tematiche, cfr. U. LEANZA, *Il nuovo diritto del mare e la sua applicazione nel Mediterraneo*, Torino, 1993, p. 246 ss.; M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, Bari, 2005, p. 31 ss.

Il diritto di inseguimento e la presenza costruttiva, per essere attuati in maniera legittima, devono rispettare precise regole stabilite dalla Convenzione.

In particolare, è necessario che l'inseguimento venga effettuato da navi (o aeromobili) da guerra o in servizio pubblico di Stato.

Inoltre, l'inseguimento deve aver avuto inizio nel momento in cui la nave straniera ovvero una delle sue imbarcazioni si trovi nelle acque interne, nelle acque arcipelagiche, nel mare territoriale, nella zona contigua, nella zona economica esclusiva o nella piattaforma continentale di pertinenza dello Stato inseguitore. Nelle ultime tre ipotesi, tuttavia, l'inseguimento può essere attivato limitatamente alle violazioni relative alle materie o ai settori di competenza dello Stato costiero in ciascuna di dette aree.

Occorre, poi, che l'inseguimento venga preceduto dall'intimazione, rivolta alla nave straniera, di arrestarsi, effettuata con mezzi visivi o sonori da una distanza entro la quale essa possa certamente essere vista o udita.

Infine, l'inseguimento deve essere continuo, ossia non deve essere mai interrotto e, comunque, deve terminare allorché la nave inseguita faccia ingresso nel mare territoriale dello Stato di cui batte la bandiera oppure in quello di qualunque altro Stato, altrimenti si andrebbe a violare la sovranità di detto Stato<sup>29</sup>.

## **5. Le unità navali della Guardia di Finanza**

La normativa nazionale e quella internazionale non consentono di delimitare in maniera netta la cerchia costituita dalle navi da guerra né di giungere ad una esplicita attribuzione della qualifica in esame, non esistendo un'elencazione rigorosa e tassativa delle unità ascrivibili alla categoria.

Pertanto, appare preferibile, anche alla luce dei canoni forniti dalla normativa sopra richiamata, valutare caso per caso, verificando se i requisiti previsti dal diritto interno e da quello internazionale siano o meno presenti nell'unità navale di volta in volta presa in considerazione a tal fine.

<sup>29</sup> Su queste tematiche, cfr. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Il diritto di inseguimento. La cattura della «Sea Wave»*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 1997, p. 1233 ss., nonché *Il diritto del mare nel contrasto ai traffici illeciti internazionali*, cit., p. 39, ivi anche un'ampia casistica ed una rassegna della giurisprudenza in argomento.

In particolare, per quanto concerne le unità navali della Guardia di Finanza non emergono dubbi circa la loro qualifica di navi militari, così come non vi è dubbio sullo *status* militare sia del comandante che dei relativi equipaggi.

Tali unità possono farsi rientrare fra quelle che godono dello *status* di nave da guerra.

In qualche caso, tuttavia, per le unità della Guardia di Finanza tale specifica qualifica è stata contestata e posta in discussione<sup>30</sup>. In realtà, molteplici elementi consentono di risolvere la questione in senso contrario, riconoscendo tale qualifica alle unità navali in dotazione al Corpo.

Innanzitutto, come già accennato, la Convenzione di Montego Bay ha operato un ampliamento rispetto alla precedente Convenzione di Ginevra del 1958 circa il concetto di nave da guerra, non più restringendo-

<sup>30</sup> Secondo M. GRIMALDI, *Sull'applicabilità della nozione di "nave da guerra" alle unità navali della Guardia di Finanza*, cit., p. 834 ss., sembra doversi escludere la possibilità di qualificare le unità navali della Guardia di Finanza quali navi da guerra per insussistenza di alcuni dei requisiti richiesti dall'art. 29 della Convenzione di Montego Bay. Sempre secondo l'Autore, le predette unità navali non possono considerarsi appartenenti alle forze armate dello Stato italiano poiché il Corpo della Guardia di Finanza non rientrerebbe tra di esse, bensì tra le forze di polizia ad ordinamento militare. Inoltre, tali unità non sono comandate da un ufficiale di marina, come richiederebbe la Convenzione del 1982. Infine, tali unità, almeno di regola, non risulterebbero iscritte nel naviglio da guerra, bensì in ruoli speciali del naviglio militare dello Stato. Secondo G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1184 ss., le unità navali della Guardia di Finanza, dei Carabinieri e dell'Esercito rientrerebbero fra le navi militari e non fra quelle da guerra. La circostanza che queste unità vengano autorizzate ad innalzare la bandiera da guerra e vengano iscritte in ruoli speciali del naviglio militare dello Stato non può essere considerato elemento sufficiente ad assegnare lo *status* di nave da guerra. Ciò in quanto resterebbe insoddisfatto un ulteriore requisito, costituente elemento formale di distinzione fra nave militare e nave da guerra, ossia la mancanza di un comandante facente parte della marina militare, elemento necessariamente richiesto dall'art. 8 della Convenzione di Ginevra e, oggi, dall'art. 29 della Convenzione di Montego Bay. Sempre secondo l'Autore, le unità navali della Polizia di Stato, della Polizia penitenziaria e del Corpo Forestale dello Stato rientrerebbero nella più ampia categoria delle navi addette allo svolgimento di un servizio governativo, secondo quanto previsto dagli artt. 32 e 96 della Convenzione di Montego Bay. Nessun dubbio, invece, nutre l'Autore sulla qualifica di nave da guerra per le unità navali del Corpo delle Capitanerie di porto, che risponderebbero perfettamente ai requisiti richiesti dalla Convenzione di Montego Bay. Infine, anche secondo F. CAFFIO, *Lo status giuridico delle navi da guerra. Analogie e differenze rispetto alle unità navali della Guardia di Finanza*, cit., p. 83 ss., per le unità navali della Guardia di Finanza dovrebbe escludersi la qualifica di nave da guerra per difetto di alcuni dei requisiti previsti dall'art. 29 della Convenzione di Montego Bay.

la alle sole unità facenti parte della «marina da guerra» ma ritenendo sufficiente la sua appartenenza alle «forze armate» di uno Stato, il fatto che essa sia posta sotto il comando di un ufficiale nominato dallo Stato ed iscritto nell'apposito ruolo, il cui equipaggio sia sottoposto alla disciplina militare e che porti i segni esteriori delle navi militari della sua nazionalità.

Le unità navali della Guardia di Finanza posseggono tutte le caratteristiche richieste: a) i segni distintivi delle navi da guerra italiane; b) il comandante è un soggetto al servizio diretto dello Stato e ricopre lo *status* di militare; c) l'equipaggio è composto da militari evidentemente assoggettati alle regole proprie della disciplina militare<sup>31</sup>.

Molteplici elementi confermano tale conclusione.

In primo luogo, non può sorgere dubbio alcuno che il Corpo della Guardia di Finanza appartenga a pieno titolo alle forze armate dello Stato<sup>32</sup>.

Inoltre, numerose disposizioni normative relative al naviglio della Guardia di Finanza consentono di qualificare tali unità quali navi da guerra<sup>33</sup>.

In conclusione, le unità navali della Guardia di Finanza rivestono la qualifica di nave da guerra<sup>34</sup>, con la conseguente attribuzione dei poteri di polizia di cui agli artt. 200, 201 e 202 cod. nav. nei confronti delle navi mercantili nazionali, del diritto di visita previsto dall'art. 110 della Convenzione di Montego Bay nei confronti delle navi mercantili straniere e di tutte le altre prerogative e poteri che l'ordinamento nazionale e quello internazionale attribuiscono alle navi appartenenti a detta peculiare categoria.

## **6. La giurisprudenza relativa alle unità navali della Guardia di Finanza**

La giurisprudenza della Suprema Corte ha riconosciuto in più occasioni la qualifica di nave da guerra alle unità navali della Guardia di Finanza.

<sup>31</sup> Sul tema, cfr. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Profili Applicativi dei principali istituti del nuovo diritto del mare*, Bari, 1998, p. 83 e ss.

<sup>32</sup> V. art. 1 della legge 23 aprile 1959, n. 189.

<sup>33</sup> Per una dettagliata e puntuale disamina della normativa nazionale riguardante le unità navali in forza al Corpo della Guardia di Finanza, v. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Il concetto di nave da guerra nel diritto interno e internazionale*, cit., 2579 ss.

<sup>34</sup> In tal senso, M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Le unità navali della Guardia di Finanza quali navi da guerra*, cit., p. 1573 ss.

La questione è sorta soprattutto con riferimento alla configurabilità dei reati di rifiuto di obbedienza a nave da guerra (art. 1099 cod. nav.) e di resistenza o violenza contro nave da guerra (art. 1100 cod. nav.).

Secondo la Cassazione, ai fini dell'applicabilità dell'art. 1099 cod. nav., una motovedetta armata della Guardia di Finanza in servizio di polizia marittima deve essere considerata nave da guerra<sup>35</sup>.

Sempre secondo la Cassazione le manovre compiute da una imbarcazione che cerca di opporsi all'inseguimento ed all'abbordaggio da parte di una motovedetta della Guardia di Finanza integrano il reato di resistenza contro nave da guerra di cui all'art. 1100 cod. nav., riconoscendo espressamente all'unità navale in questione la qualifica di nave da guerra<sup>36</sup>.

La Suprema Corte ha poi delineato i tratti differenziali tra il reato previsto dall'art. 1100 cod. nav. e quello previsto dall'art. 337 c.p., stabilendo che essi possono concorrere, in quanto del tutto diversa è la loro oggettività giuridica<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 30 giugno 1987, n. 9978, in *Riv. pen.*, 1988, p. 650.

<sup>36</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 giugno 2006, n. 31403, in *Riv. pen.*, 2007, 1, p. 23, nonché in *Dir. mar.*, 2007, p. 832 ss., con nota critica di M. GRIMALDI. Secondo la Cassazione «in-dubbia è infatti la qualifica di nave da guerra attribuita a tale motovedetta, non solo perché essa era nell'esercizio di funzioni di polizia marittima, e risultava comandata e equipaggiata da personale militare, ma soprattutto perché è lo stesso legislatore che indirettamente iscrive il naviglio della Guardia di Finanza in questa categoria, quando nella legge 13 dicembre 1956, n. 1409, art. 6, (norme per la vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando dei tabacchi) punisce gli atti di resistenza o di violenza contro tale naviglio con le stesse pene stabilite dall'art. 1100 cod. nav., per la resistenza e violenza contro nave da guerra». Di contrario avviso G. FERRARO, *La definizione giuridica di nave da guerra. Analisi della normativa internazionale e nazionale*, cit., p. 1185, secondo il quale gli artt. 5 e 6 della legge 13 dicembre 1956, n. 1409, confermerebbero esattamente l'opposto: proprio perché le unità navali della Guardia di Finanza non sono navi da guerra il legislatore ha dovuto espressamente prevedere l'applicabilità degli artt. 1099 cod. nav. (rifiuto di obbedienza a nave da guerra) e 1100 cod. nav. (resistenza o violenza a nave da guerra) nel caso in cui tali unità stiano svolgendo vigilanza marittima ai fini della repressione del contrabbando dei tabacchi.

<sup>37</sup> Cfr. Cass. pen., sez. III, 14 giugno 2006, n. 31403, cit., secondo cui «ricorre anche il delitto di resistenza a pubblico ufficiale di cui all'art. 337 c.p., che per giurisprudenza costante di questa Corte concorre con quello di cui all'art. 1100 cod. nav., in ragione della diversità del bene tutelato, individuato rispettivamente nella tutela fisica o morale del pubblico ufficiale e nella tutela della polizia marittima». Secondo la Suprema Corte l'oggetto giuridico del delitto di cui all'art. 337 c.p. è, in particolare, la libertà di esercizio della funzione svolta dal pubblico ufficiale, che si configura come *genus* rispetto alla libertà di esercizio della funzione di polizia marittima, che è invece l'oggetto giuridico del delitto di cui all'art. 1100 cod. nav., e che assume connotati specifici appunto perché costituisce una fun-

Difatti, pur essendo la violenza elemento costitutivo comune dei due reati, essa è esercitata ai sensi dell'art. 337 c.p. nei confronti di un pubblico ufficiale ed il bene tutelato è costituito dalla libertà fisica o morale dell'individuo che riveste tale qualità, mentre in base all'art. 1100 cod. nav. la violenza si estrinseca contro una nave da guerra nazionale (nel caso di specie una unità della Guardia di Finanza) ed il bene tutelato è rappresentato dal normale esercizio della polizia marittima<sup>38</sup>.

Di contrario avviso, invece, altra giurisprudenza della Cassazione, secondo cui non integra il reato proprio previsto dall'art. 1100 cod. nav. bensì quello previsto dall'art. 337 c.p. il fatto di compiere repentine e pericolose manovre contro una unità della Guardia di Finanza da parte degli occupanti di una imbarcazione sorpresa a pescare abusivamente<sup>39</sup>.

In senso contrario alla qualifica di nave da guerra per le unità della Guardia di Finanza si è pronunciata in qualche caso la giurisprudenza di merito<sup>40</sup>.

### **7. La sentenza della Corte costituzionale 7 febbraio 2000, n. 35**

L'annosa questione concernente il riconoscimento della qualifica di nave da guerra alle unità in dotazione alla Guardia di Finanza è stata autorevolmente affrontata e risolta in senso positivo anche dalla Corte costituzionale.

La Corte, nell'ambito del giudizio di ammissibilità, ai sensi dell'art.

zione di polizia e si svolge in un ambiente come quello marino, nel quale è materialmente più facile eluderla od ostacolarla.

<sup>38</sup> Nello stesso senso, cfr. Cass. pen., 19 giugno 1984, in *Riv. pen.*, 1985, p. 600; Cass. pen., sez. III, 18 marzo 2003, n. 21267, in *Riv. pen.*, 2004, p. 466.

<sup>39</sup> Cfr. Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2003, n. 34028, in *Riv. pen.*, 2004, p. 909, nonché in *Dir. trasp.*, 2004, p. 992. Tuttavia, in questo caso, i fatti si erano verificati nella laguna veneta, per cui la decisione è scaturita dall'inapplicabilità dell'art. 1100 cod. nav. nell'ambito delle acque interne, ai sensi dell'art. 1087 cod. nav., secondo cui alla navigazione interna non si applicano le disposizioni degli articoli da 1088 a 1160 cod. nav.

<sup>40</sup> Cfr. Trib. Latina, 13 febbraio 1981, riportata da M. GRIGOLI, *La nave nella giurisprudenza*, Milano, 1986, pp. 605-611, in particolare p. 611. Secondo i giudici di merito le unità navali della Guardia di finanza non possono essere ricondotte nel novero delle navi da guerra, potendo solo essere definite unità militari. Per cui il Tribunale non ha ritenuto sussistere il reato di cui all'art. 1100 cod. nav. ed ha invece qualificato la condotta come rientrante nell'ambito dell'art. 337 c.p.

2, primo comma, della legge costituzionale 11 marzo 1953, n. 1, della richiesta di referendum popolare in merito alla cd. smilitarizzazione del Corpo della Guardia di Finanza, nella motivazione resa nel pronunciare l'inammissibilità del referendum, ha affrontato il tema concernente la qualificazione delle unità navali della Guardia di Finanza.

La Consulta, con la sentenza 7 febbraio 2000, n. 35<sup>41</sup>, ritenendo che il carattere militare della Guardia di Finanza sia talmente compenetrato nella struttura, nell'organizzazione, nello *status* del personale, nelle funzioni e nelle modalità di esercizio dei compiti istituzionali del Corpo, al punto che lo strumento referendario si presenta inidoneo a raggiungere l'obiettivo della sua smilitarizzazione, ha sancito che le unità navali in dotazione alla Guardia di Finanza sono navi militari e, quando operano fuori delle acque territoriali o in porti esteri ove non vi sia un'autorità consolare, esercitano le funzioni di polizia proprie delle navi da guerra. Nei loro confronti sono pertanto applicabili gli artt. 1099 e 1100 cod. nav., concernenti, rispettivamente, il rifiuto di obbedienza e la resistenza e violenza a nave da guerra.

In particolare, scorrendo la motivazione della sentenza, la Corte costituzionale ha fatto riferimento a due diversi profili: il primo attinente al reclutamento del personale addetto al contingente di mare ed il secondo riguardante direttamente le unità in dotazione al Corpo.

Sotto il primo aspetto la Consulta ha sottolineato come il reclutamento dei militari della Guardia di Finanza destinati a far parte del contingente di mare, chiamato a svolgere anche fuori delle acque territoriali funzioni tipicamente militari in collaborazione con la Marina militare, avvenga sulla base di requisiti equipollenti a quelli richiesti per il reclutamento nell'ambito della Marina militare.

Sotto il secondo aspetto, invece, la Corte ha evidenziato come le unità navali in dotazione al Corpo siano qualificate navi militari, iscritte in ruoli speciali del naviglio militare dello Stato<sup>42</sup>, battano bandiera da guerra e siano del tutto assimilate a quelle della Marina militare.

<sup>41</sup> Pubblicata in *Dir. trasp.*, 2001, p. 671.

<sup>42</sup> Cfr. art. 1, primo comma, del d.P.R. 31 dicembre 1973, n. 1199, recante «Disciplina per l'iscrizione nel quadro del naviglio militare dello Stato di unità dell'Arma dei Carabinieri, del Corpo della Guardia di Finanza, del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza e del Corpo delle capitanerie di porto»

Pertanto, tali unità sono considerate navi militari agli effetti della legge penale militare (art. 11 c.p.m.p.) e quando operano fuori delle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia un'autorità consolare esercitano le funzioni di polizia proprie delle navi da guerra (art. 200 cod. nav.) e nei loro confronti sono applicabili gli artt. 1099 e 1100 cod. nav.

In definitiva, con la pronuncia in esame, la Corte costituzionale ha autorevolmente confermato l'orientamento favorevole ad attribuire la qualifica di nave da guerra alle unità in dotazione alla Guardia di Finanza, già in precedenza più volte espresso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

## **8. Conclusioni**

In conclusione, a seguito dell'indagine svolta, si può affermare che lo *status* di nave da guerra dipenda da un complesso di elementi e di qualità di cui una data unità navale pubblica in servizio di Stato deve disporre, che vanno in ogni caso esaminati, valutati e verificati in concreto. Al contempo, tali requisiti devono essere opportunamente modulati alla luce della specifica realtà che caratterizza le singole componenti navali facenti capo ai diversi Stati.

Appare meritevole di segnalazione la circostanza che, soprattutto nel periodo più recente, si ravvisa una tendenza evolutiva volta a considerare le unità navali dei Corpi armati dello Stato quali navi da guerra<sup>43</sup>, tendenza evolutiva confermata anche dalla giurisprudenza della Cassazione<sup>44</sup> e da quella della Corte costituzionale<sup>45</sup>, come si è avuto modo di verificare.

<sup>43</sup> Secondo alcuni Autori non è possibile pervenire alla medesima conclusione per le unità navali facenti capo alla Polizia di Stato. Ciò in quanto, in virtù legge 1 aprile 1981, n. 121, il Corpo della Polizia di Stato, che rivestiva *status* militare, è stato disciolto (art. 23) ed il personale appartenente a detta amministrazione è ora soggetto alla giurisdizione penale dell'autorità giudiziaria ordinaria e ad esso si applicano le disposizioni della legge di riforma e, in quanto applicabili, le norme relative agli impiegati civili dello Stato.

<sup>44</sup> Per la qualifica di nave da guerra delle unità navali della Guardia di Finanza, cfr. Cass. pen. 14 giugno 2006, n. 31403, in *Riv. pen.*, 2007, p. 23; Cass. pen. 30 giugno 1987, in *Riv. pen.*, 1988, p. 650. Per le unità navali appartenenti all'Arma dei Carabinieri, cfr. Cass. pen. 11 luglio 1988, in *Cass. pen.*, 1989, II, p. 363.

<sup>45</sup> Per la qualifica di nave da guerra delle unità navali della Guardia di Finanza, cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 35, in *Dir. trasp.*, 2001, p. 671 ss.

In tale contesto, una chiave di lettura privilegiata volta all'individuazione dell'esatta portata del concetto di nave da guerra potrebbe essere costituita dalla disciplina internazionale diretta a contrastare le attività illecite compiute in alto mare.

Difatti, il regime giuridico dei mari, così come regolamentato dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, ha sicuramente determinato un ampliamento, rispetto al passato, dei poteri di polizia in alto mare da parte degli Stati, al fine di prevenire e reprimere più efficacemente molteplici comportamenti illeciti, che trovano proprio nel mare la via preferenziale per traffici sempre più frequenti<sup>46</sup>.

Quanto, infine, alle unità della Guardia di Finanza, appare condizionale l'opinione<sup>47</sup> secondo la quale, alla luce del processo di globalizzazione dell'economia e dei mercati e del carattere oramai transnazionale di determinati fenomeni di criminalità che, sempre più spesso, si avvalgono della via marittima per perpetrare i loro traffici, non può non riconoscersi che le unità navali del Corpo, quali navi da guerra - come tali legittimate ad avvalersi dei poteri di polizia e delle prerogative che tale *status* consente - in ragione della molteplicità dei compiti istituzionali e dei servizi svolti dalla Guardia di Finanza<sup>48</sup>, siano in grado di contribuire in maniera decisiva alla tutela degli interessi nazionali e, per quanto di competenza, di quelli facenti capo all'intera Comunità internazionale.

<sup>46</sup> Cfr. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Le unità navali della Guardia di Finanza quali navi da guerra*, cit., p. 1573 ss.

<sup>47</sup> Cfr. M.M. ANGELONI - A. SENESE, *Il concetto di nave da guerra nel diritto interno e internazionale*, cit., pp. 2593-2594.

<sup>48</sup> La Guardia di Finanza, come è noto, svolge molteplici e fondamentali attività in vari campi. Basti ricordare, i compiti assegnati al Corpo in materia di polizia tributaria, polizia finanziaria, polizia economica, polizia doganale, polizia giudiziaria e polizia marittima.

LOREDANA TULLIO

## Prestazioni indebite di «fare»: quale ripetibilità?

SOMMARIO: 1. La ripetizione dell'indebito nell'obbligazione di «facere»: tra marginalità del fenomeno e perplessità dottrinali. - 2. La tutela del *solvens* mediante l'azione di ripetizione dell'indebito ovvero l'azione generale di arricchimento: preambolo. - 3. Lettera e *ratio* dell'art. 2033 c.c.: da premesse esegetiche a valutazioni funzionali. - 4. I tentativi di estensione della irripetibilità... - 5. ...e della ripetibilità. - 6. Prestazioni rese dal professionista abusivo e possibili valutazioni della *denegatio actionis*. Il requisito dell'iscrizione all'albo: suo difetto, finalità e àmbiti di rilievo. - 7. La perdita della prestazione del professionista abusivo quale riflesso della sanzione penale? - 8. Inazionabilità della pretesa *vs. soluti retentio* del compenso spontaneamente pagato. La reazione contro gli spostamenti patrimoniali "ingiustificati". - 9. Il binomio «diritto di ripetere» / «obbligo di restituire» dinanzi alla nullità del contratto d'opera intellettuale. - 10. Norma imperativa e prestazione indebita.

### 1. La ripetizione dell'indebito nell'obbligazione di «facere»: tra marginalità del fenomeno e perplessità dottrinali

Tornare sul «già compiuto» per restituire all'«immagine di un fatto ormai trascorso (...) la linea di un fare presente»<sup>1</sup> costituisce, non da ora, il «prodotto piú incerto della lunga evoluzione storica del pensiero giuridico»<sup>2</sup>. Il discorso si complica là dove oggetto di tale 'ritorno' siano le prestazioni di «fare» indebitamente eseguite, la recuperabilità delle quali è segnata da altrettanta incertezza per la difficoltà di «ristabilire le condizioni *di fatto e di diritto*»<sup>3</sup> che caratterizzavano la situazione del soggetto prima che tali energie umane fossero elargite.

I numerosi contributi sul tema hanno, per lo piú, confinato la propria attenzione intorno alla problematica delle attività esplicate nelle pre-

<sup>1</sup> In questi termini N. IRTI, *La ripetizione del negozio giuridico*, Milano, 1970, p. V.

<sup>2</sup> Letteralmente A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Padova, 2005, p. 10, il quale cosí descrive il «diritto delle restituzioni».

<sup>3</sup> Cosí, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, 3ª ed., Milano, 2001, p. 301; v., inoltre, ID., *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1994, p. 291.

stazioni di lavoro subordinato<sup>4</sup>, lasciando alla giurisprudenza il compito di individuare – per le restanti ipotesi<sup>5</sup> – il miglior «abito restitutorio»<sup>6</sup> attraverso tortuose e contraddittorie decisioni che segnano un intricato passaggio a fitte trame. SÍ che – a parte qualche autorevole appello<sup>7</sup> – il «fare non dovuto», che si concreti in un'attività autonoma<sup>8</sup>, resta nella penombra del 'diritto delle restituzioni', circondato da perplessità e notazioni sulla marginalità del fenomeno<sup>9</sup>. Per evitare che elaborazioni dottrinali restino ancorate all'esame di repertori, riducendo lo studioso del diritto<sup>10</sup> a tramuta-

<sup>4</sup> Ipotesi piú frequente e socialmente rilevante nei riguardi della quale l'analisi della dottrina, lavoristica e no, si è maggiormente soffermata nel tentativo di trovare una giustificazione dogmatica alla 'negazione di effetto all'invalidità' contrattuale: v., per tutti, L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali. Impresa in generale*, sub art. 2126, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 5ª ed., Bologna-Roma, 1977, p. 676 ss., e P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, II, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu Messineo Mengoni, continuato da Schlesinger, Milano, 2003, p. 1 ss. (e ivi bibl. cit.).

<sup>5</sup> È proprio per i casi di «collaborazione prestata in condizioni di autonomia» che il «modo e i limiti della "ripetibilità" delle prestazioni di fare restano (...) questioni aperte»: P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, in *Noviss. dig. it.*, XV, Torino, 1968, p. 1226.

<sup>6</sup> Cosí, D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, Milano, 1999, p. 60.

<sup>7</sup> Quasi trent'anni fa, uno dei principali studiosi del tema riconosceva che il «problema della ripetibilità delle prestazioni diverse da quelle di "dare" tende ad essere trascurato dalla dottrina» (cosí, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, sub artt. 2033-2040, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 2ª ed., Bologna-Roma, 1981, p. 158). Evidenziando, in séguito, che la «progressiva espansione dell'area della *condictio indebiti*» nella prassi quotidiana pone la «questione della ripetizione delle prestazioni indebite di "fare"» (ID., *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, Padova, 1999, p. 54), l'a. giunge a contestare l'utilizzo dei rimedi apprestati dalla giurisprudenza a tale categoria di prestazioni (cfr., piú ampiamente, ID., *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 499, e *infra*, testo alla nota 22), attendendo che una tale provocazione non sia lasciata cadere.

<sup>8</sup> Cfr., piú ampiamente, sul rapporto tra lavoro autonomo e prestazione di fare A. PERULLI, *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* Cicu Messineo, continuato da Mengoni, XXVII, 1, Milano, 1996, p. 64 ss.

<sup>9</sup> Osserva che il tema «non sembra aver attirato l'attenzione della dottrina» F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1999, p. 161, che riporta la diffusa convinzione secondo la quale, «nonostante i suoi possibili riflessi pratici», la questione abbia «una rilevanza piuttosto marginale» (p. 29). Nello stesso senso D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, in *Tratt. dir. civ.* Consiglio Superiore del Notariato diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2004, pp. 162 e 229, per il quale la questione va «ridimensionata»: al dibattito è «attribuita un'importanza eccessiva» rispetto a quel che è la «rilevanza pratica del problema».

<sup>10</sup> L'«uomo del *certum*» – come annotava A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *La dottrina del diritto naturale* (1951), trad. it. di V. Frosini, Milano, 1954, p. 163 – che ben si rende «penosamente conto dei limiti della sua "certezza"».

re il suo pensiero nella realtà dell'incertezza<sup>11</sup>, preferibile è dissipare i dubbi alla luce di sollevate provocazioni<sup>12</sup>, sciogliendo disattenzioni e allontanando premesse storiche solidificate<sup>13</sup> attorno a quell'istituto che, designato quale «“parente povero” nel diritto delle obbligazioni»<sup>14</sup>, di là dal ricevere episodiche ed estemporanee applicazioni, giocherebbe, nell'evoluzione dei tempi, un ruolo da protagonista ove abbandonate le misere vesti lessicali sia lasciato operare pienamente nel rispetto della specifica sua *ratio*<sup>15</sup>.

## 2. La tutela del solvens mediante l'azione di ripetizione dell'indebito ovvero l'azione generale di arricchimento: preambolo

È stato detto che la disciplina dettata per l'indebito (oggettivo) «guarda in maniera assorbente alle prestazioni di dare»<sup>16</sup>: sia il senso etimologico dell'espressione «pagamento», contenuta nella formulazione dell'art. 2033 c.c., che la diffusa concezione, secondo la quale l'operatività di tale istituto possa essere orientata alle sole cose<sup>17</sup> (denaro o beni fungibili e determinati), hanno da sempre ingenerato la convinzione che l'adempimento non dovuto di un'obbligazione di «fare» (o di «non fare») trovi espressa regolamentazione non nelle norme dettate per la *condictio indebiti*, ma in quelle inerenti l'ingiustificato arricchimento, dato che

<sup>11</sup> Sulla necessaria osmosi tra teoria e pratica P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss. (ora in ID., *Scuole tendenze metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 3 ss.), il quale mette in guardia dal pericolo dell'esaltazione della giurisprudenza e dell'annebbiamento del necessario ruolo critico della dottrina.

<sup>12</sup> E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., p. 499.

<sup>13</sup> Riconosce E. QUADRI, *Pagamento dell'indebito e ripetizione in un recente lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 11, che l'argomento in esame, per la sua classicità, ben si presterebbe a lunghe indagini di carattere storico le quali, tuttavia, relegando l'esame della disciplina vigente e la problematica attuale alle pagine conclusive, finirebbero con «lo scontentare, per non parlare degli operatori, tanto lo storico che il cultore del diritto positivo».

<sup>14</sup> L'espressione è di E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, II, p. 212.

<sup>15</sup> U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, in *Enc. giur.* Treccani, XVI, 1989, Roma, 1989, p. 3.

<sup>16</sup> P. RESCIGNO, *Obbligazioni, II. Diritto privato, a) Nozioni generali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 132.

<sup>17</sup> «Sach-orientiert», secondo l'espressione tedesca: cfr. W. FLUME, *Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht*, in *Festschrift für H. Niedermeyer*, Göttingen, 1953, pp. 103 ss., 129 s. e 150.

l'irretrattabilità degli effetti della suddetta prestazione darebbe luogo soltanto a una pretesa di indennizzo<sup>18</sup>.

Eppure i «confini» tra l'azione di ripetizione dell'indebito e l'azione generale di arricchimento «non sono tracciati con sicurezza, e conseguentemente si profilano casi dubbi»<sup>19</sup> dinanzi ai quali si aprono a ventaglio diverse soluzioni. Chi esalta la portata dell'art. 2041 c.c. e, seguendo ragioni di ordine storico ed esegetico, ne suggerisce, per tali ipotesi, l'ambito applicativo<sup>20</sup>; chi riprende distinzioni discutibili sulla base delle quali la *condictio indebiti* opererebbe soltanto per le prestazioni di «fare» che si risolvono nella «“consegna” di un risultato»<sup>21</sup>; chi vorrebbe al riguar-

<sup>18</sup> Sull'obbligazione di indennizzo rientrante «nel concetto generale di restituzione» cfr., più ampiamente, A. TRABUCCHI, *Arricchimento*, b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, III, Milano, 1958, p. 73 s.

<sup>19</sup> Così, P. SCHLESINGER, *Arricchimento (Azione di)*, *Diritto civile*, in *Noviss. dig. it.*, I<sup>2</sup>, Torino, 1957, p. 1008.

<sup>20</sup> Ammette apertamente che la tutela offerta a «chi, senza esservi obbligato, ebbe a prestare» un *fare* (o un *non fare*) va trovata nella normativa dell'arricchimento senza causa, P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1226; dello stesso avviso A. DI MAJO, *Restituzioni e responsabilità nelle obbligazioni e nei contratti*, cit., p. 317 s., per il quale là dove il carattere della *condictio certa rei* «non può essere garantito (come nelle prestazioni di *facere*), si ricorre all'azione di arricchimento»; da ultimo, D. CARUSI, *o.c.*, p. 230. Cfr., inoltre, Cass., 19 agosto 1992, n. 9675, in *Foro it.*, 1993, I, c., 427 ss., ove è apertamente dichiarato che «l'istituto della ripetizione di indebito si applica *esclusivamente* alle prestazioni indebite di dare e non già a quelle di fare» (p. 436, corsivo aggiunto).

<sup>21</sup> Così, G. LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, Milano, 1989, p. 18, per il quale nell'ipotesi inversa – ossia di obbligazioni di «fare» che non portino ad un 'risultato' e, pertanto, prive di «un parametro per la determinazione del *quantum* dell'obbligazione restitutoria» – si «confermerebbe appunto la *ratio* del legislatore, secondo la quale, quando non vi è possibilità di restituzione, manca la ragione stessa dell'esistenza dell'obbligazione di fare quale *condictio indebiti*». Che le prestazioni consistenti in un «fare» possano culminare nella perfezione materiale di una cosa determinata (c.dd. obbligazioni di risultato) ovvero esaurirsi in un'attività destinata più in generale a soddisfare un interesse economicamente rilevante del presunto creditore (c.dd. obbligazioni di diligenza o di mezzi) è distinzione sulla quale si sofferma anche U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, Milano, 1974, p. 438 s., con riguardo proprio alla specifica difficoltà di determinare l'obbligazione restitutoria nelle prestazioni indebite di «fare»: egli, inizialmente, sembra ammettere, e non senza titubanze, l'esperibilità dell'art. 2033 c.c. soltanto per la prima ipotesi. Si che, là dove oggetto dell'attività compiuta in esecuzione dell'inesistente obbligo «sia costituito dalla perfezione di un *opus* determinato» – ossia l'oggetto della ripetizione appaia individuato o individuabile con maggior facilità ed esattezza, «sebbene la *solutio* si estrinsechi in un'attività complessa, la quale ha come nucleo costitutivo fondamentale un *facere*» – la facile determinabilità del valore dell'attività compiuta e da ripetere «[p]otrebbe tuttavia costituire (almeno parzialmen-

do relegare l'ingiustificato arricchimento, con la sua già proclamata sussidiarietà, alle fattezze del «nulla»<sup>22</sup>, poiché tale azione altro non è che un «“escamotage” per superare le difficoltà di ricondurre alla discipli-

te) un'eccezione» al problema delle prestazioni indebite di «fare», dato che l'obbligazione di restituzione «avrà un chiaro punto di riferimento nello stesso risultato della prestazione non dovuta e nelle spese necessarie per conseguirlo»; diversamente, «il vero problema» si porrebbe là dove la prestazione di «fare» si «traduca esclusivamente in un dispiegamento di attività, cui consegua un esito pratico (...) che si palesi come inscindibile dall'attività, non consistendo in un “prodotto” del lavoro umano da consegnare al preteso creditore». Le perplessità nutrite dall'a. sembrano dissiparsi nei lavori successivi ove – pur rilevando la prevalente opinione volta a ritenere «che lo strumento più pertinente sia rappresentato dalla tutela generale nei confronti degli arricchimenti ingiustificati» (l'art. 2041 c.c. nascerebbe, infatti, quale «pretesa ad un indennizzo piuttosto che come tipica pretesa restitutoria di carattere “reale”», sia pur rientrando in tale rimedio «anche le pretese che abbiano ad oggetto la restituzione di cose determinate») – considera l'azione restitutoria di cui agli artt. 2033-2040 c.c. quale «strumento che meglio si presta a regolare su basi unitarie ogni ipotesi di consegna priva di titolo» [U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, cit., p. 2 s. e ID., *Il pagamento dell'indebito*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 9, I, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 1999, p. 929 s.]. La distinzione «tra *opus* ed *operae*» non giustifica, dunque la «proposta di due 'categorie' di obbligazioni» [per un'analisi del dibattito sulla valenza di tale bipartizione cfr.: L. MENGONI, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni «di mezzi»*, in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, p. 185 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, sub artt. 1173-1176, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1988, spec. p. 105; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu Messineo, XVI, 2, Milano, 1984, p. 48 ss.; C.M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, sub artt. 1218-1219, in *Comm. cod. civ.* Scialoja e Branca, 2<sup>a</sup> ed., Bologna-Roma, 1979, p. 31 ss.; con particolare riguardo alle obbligazioni relative alle attività di professionisti intellettuali cfr. V. DE LORENZI, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, spec. p. 402 ss.; v., inoltre, G. D'AMICO, *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni «di mezzi» e obbligazioni «di risultato»*. *Contributo alla teoria della responsabilità contrattuale*, Napoli, 1999, spec. p. 157 ss.]: nei loro riguardi «appaiono contestabili il fondamento e l'utilità» – come osserva P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 191 s. – soprattutto alla luce del ridimensionamento delle c.dd. obbligazioni di diligenza per le quali il perseguimento e quindi la garanzia del risultato sono «tecnicamente prevedibili ed esigibili con un grado di ragionevole sicurezza» (problematica sollevata con riguardo alla responsabilità dei professionisti intellettuali e dei medici, in particolare).

<sup>22</sup> Dopo essersi chiesto quale possa essere la concreta utilità dell'azione di ingiustificato arricchimento nel nostro ordinamento, E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., pp. 499 e 503, giunge alla conclusione secondo la quale «si deve avere il coraggio di dire che» tale azione «non serve a nulla» (osservazione già sostenuta in precedenza in ID., *L'azione di arricchimento nelle codificazioni moderne*, in *AA.VV.*, *Scritti in onore di Vincenzo Buonocore*, IV, *Diritto civile*, Milano, 2005, p. 4761), anzi è «addirittura pericolosa».

na dell'indebito le prestazioni di fare»<sup>23</sup>.

Prima di operare una scelta tra le diverse posizioni è necessario interrogarsi su quale sia la strada in grado di offrire la miglior tutela al *solvens* senza comprimere irragionevolmente i suoi interessi. È proprio vero che l'art. 2033 c.c. non possa essere applicato per le prestazioni di «fare» o «non fare»<sup>24</sup>? In quali ipotesi il legislatore nega (effettivamente) la ripetibilità? Applicare l'art. 2041 o 2033 c.c. in relazioni a tali fattispecie sarebbe davvero indifferente<sup>25</sup> se vero è che il risultato al quale conducono le due azioni è identico?

### **3. Lettera e ratio dell'art. 2033 c.c.: da premesse esegetiche a valutazioni funzionali**

La ragione della ripetibilità riposa nel compimento di una prestazione priva di una valida causa negoziale<sup>26</sup>: assente, venuta meno o non realizzata<sup>27</sup>. Quando ciò accade sorge la necessità di rimuovere e non lasciar consolidare gli effetti prodotti dalla prestazione, riportando ad equilibrio i patrimoni interessati da uno spostamento patrimoniale senza giustificazione meritevole. Sí che – per utilizzare il lessico del legislatore – il «pagamento» che figuri oggettivamente «non dovuto» legittima il *solvens* a pretendere dall'*accipiens* la restituzione di quanto ricevuto. Ecco che, proprio attorno alla 'chiara' lettera dell'art. 2033 c.c., sorgono le 'mi-

<sup>23</sup> E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell'indebito*, cit., p. 499.

<sup>24</sup> Sulla ripetibilità delle obbligazioni negative cfr. P. SCHLESINGER, *Il pagamento al terzo*, Milano, 1971, p. 7, nota 8.

<sup>25</sup> È quanto rileva D. CARUSI, *o.c.*, p. 229, per il quale – dato che la gran parte della disciplina dell'indebito non riguarda le prestazioni di *facere* – sarebbe di per sé «sostanzialmente indifferente» per tali ipotesi l'«alternativo inquadramento nell'una [2033] o nell'altra [2041] previsione legale». Per considerazioni su tale scelta argomentativa v., *infra*, § 3 in fine e nota 125.

<sup>26</sup> Riconosce E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 85, nota 6, e *Id.*, *Pagamento dell'indebito* (1985), cit., p. 211 s., come l'elaborazione dell'istituto e l'apertura verso nuovi orizzonti e prospettive – anche al di fuori del diritto civile – sono legate all'evoluzione del concetto di causa ed alla elaborazione resa nella voce curata da M. GIORGIANNI, *Causa*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 547 ss.

<sup>27</sup> Si ha riguardo alle ipotesi di inesistenza originaria del titolo negoziale o ai casi di *condictio indebiti ob causam finitam* (annullamento, rescissione, risoluzione del titolo contrattuale, o verificarsi della condizione risolutiva).

giori' questioni interpretative.

L'uso del termine «pagamento» allude – è stato detto – alla dazione in funzione solutoria di una somma di denaro; anche a voler far uso della locuzione piú ampia di «adempimento» (l'utilizzo indifferenziato dei due termini è, in sostanza, indiscusso nel lessico normativo)<sup>28</sup>, il sistema degli artt. 2033-2040 c.c. appare proiettato alle obbligazioni di solo «dare» una cosa certa e determinata<sup>29</sup>. L'assunto trova, poi, conferma nella configurazione tradizionale della *condictio indebiti*<sup>30</sup>, nonché nella difficoltà di traslare, per le prestazioni indebite aventi diversa natura dal «dare», lo stesso concetto di ripetibilità<sup>31</sup>: sia l'«esperienza compiuta dal soggetto agente» (non è possibile recuperare le energie umane elargite) sia l'«immutazione della realtà materiale nella sfera del destinatario della prestazione» (per la quale il *solvens* non ha interesse a ricevere una prestazione di «fare» analoga a quella indebitamente eseguita) rendono tale fare «irreversibile»<sup>32</sup>.

Ma «il rilievo, in sé quasi intuitivo, non è sufficiente a escludere un'in-

<sup>28</sup> È quanto osserva R. NICOLÒ, *Adempimento*, b) *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, p. 554; sull'uso «promiscuo» dei termini 'pagamento' e 'adempimento' già M. GIORGIANNI, *Pagamento (Diritto civile)*, in *Noviss. dig. it.*, XII, Torino, 1957, p. 321. Favorevole all'accezione ampia del termine 'pagamento' volta a ricomprendere sia «la dazione di una cosa» che «l'attuazione di un *facere*» F. MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, V, 9ª ed., Milano, 1958, pp. 507 e 514; dello stesso avviso P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, Milano, 1962, p. 28, per il quale soltanto in apparenza gli artt. 2033 ss. sono dettati per l'ipotesi in cui la *solutio* abbia per oggetto una somma di denaro od una cosa, giacché immediata sarebbe l'estensione ad ogni caso di prestazione non dovuta; P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 202; a conferma di come l'espressione 'pagamento' era adoperata, già molti anni addietro, per indicare «non soltanto il versamento d'una somma di denaro, ma una prestazione qualsiasi, anche non di denaro, anche se non consista in un "dare", ma in un "fare"», E. PIOLA CASELLI, *Pagamento*, in *Dig. it.*, XVIII, Torino, 1910, p. 29 s. (corsivi aggiunti).

<sup>29</sup> Come dimostrerebbe la presenza degli artt. 2037 e 2038 c.c.

<sup>30</sup> Cfr., piú ampiamente, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., spec. p. 41 ss.; E. MOSCATI, *Spunti storico-ricostruttivi sulla pretesa contrapposizione tra indebito oggettivo e soggettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 1975, I, spec. p. 325 ss. e ID., *Verso il recupero dei «quasi-contratti»? (Le obbligazioni restitutorie dal contratto ai «quasi-contratti»)*, in F. MACARIO e M.N. MILETTI (a cura di), *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, Milano, 2006, p. 547 ss.

<sup>31</sup> Osserva D. CARUSI, *o.c.*, p. 158, che il termine di origine latina "ripetere" indica una richiesta di «restituzione, di riconsegna, mirante al ripristino della situazione anteriore e normalmente riferentesi ad una o piú *res*».

<sup>32</sup> Sul punto V.M. CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 310 e, spec., § 3.

terpretazione estensiva»<sup>33</sup>. Nulla vieta di ampliare l'ambito applicativo dell'art. 2033 e, superando il presunto rigore terminologico sulla base di una piú attenta ricostruzione degli interessi in gioco, riconoscere che, pur avendo la disciplina dell'indebito come paradigma fondamentale l'obbligazione di «dare», possa applicarsi a tutte le prestazioni di indole solutoria prive di una valida ragione giustificativa<sup>34</sup>. Del resto, anche là dove il pagamento dell'indebito abbia ad oggetto una cosa determinata e la stessa sia deteriorata, perita o alienata (artt. 2037-2038 c.c.), rendendo la restituzione (o il «ritrasferimento») <sup>35</sup> materiale della *eadem res* di fatto impossibile, è prevista l'esperibilità dell'azione di ripetizione; irrecuperabilità della prestazione indebita che non pare ostacolare tale azione neppure in materia di prestazione di fatto di attività lavorativa, trovando conforto dalla medesima *ratio* che ispira l'art. 2126 c.c. In tal modo, e con gli opportuni adattamenti legati alla presenza di ostacoli di ordine pratico<sup>36</sup>, la scelta di ren-

<sup>33</sup> Cfr., U. BRECCIA, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 929, il quale, di seguito, puntualizza: «un'interpretazione di carattere sistematico suggerisce di non appagarsi delle analisi lessicali e delle valutazioni settoriali», ma di ricostruire l'istituto nel rispetto della sua «specificata *ratio*» (p. 930). L'interprete non tanto deve chiedersi cosa il testo di legge vuol dire, quanto cosa vuol fare: così, G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, p. 118, e ID., *Il «problema dell'interpretazione»: una formula ambigua*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1966, p. 353; constatazione già posta in luce da E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica)*, 2ª ed. riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Milano, 1971, pp. 273 e 284 s., secondo il quale l'ermeneutica non ha un esito conoscitivo, ma pratico: la lettera della legge non è che un'impalcatura, destinata a rianimarsi e ad illuminarsi al contatto con la vita sociale (ID., *Di una teoria generale della interpretazione*, in *Riv. giur. umbro-abruzzese*, 1957, p. 330); interpretazione intesa quale procedimento ben piú complesso di una semplice esplicazione filologico-semanticamente di testi normativi da F. VIOLA e G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 2002, p. 127; per una critica alla mera analisi letterale del testo legislativo si rinvia a L. TULLIO, *Annotazione all'art. 12 disp. prel. cod. civ.*, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Libro I, 3ª ed., Napoli, 2008, § 3.

<sup>34</sup> In tal senso V.M. CAFERRA, *o.c.*, p. 311, il quale così accoglie favorevolmente la «ricostruzione estensiva del dettato normativo»; risolve positivamente la questione della ripetibilità delle prestazioni di fare, anche alla luce dei Principi di diritto contrattuale europeo (art. 9:309) e dei Principi Unidroit (art. 7.3.6), M. PACIFICO, *Effetti della risoluzione per inadempimento. Risarcimento del danno e restituzioni*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. Monateri, E. del Prato, M.R. Marella, A. Somma, e C. Costantini, Bologna, 2007, p. 1047 s.

<sup>35</sup> U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 423.

<sup>36</sup> Ostacoli costituiti dalla difficoltà di determinare l'ammontare della prestazione non dovuta di «fare»: v., piú ampiamente, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 42 (per il quale, tuttavia, non è «possibile aggirare il problema pratico attribuendo una ridotta estensione all'istituto»). V., *infra*, nota 125.

dere la ripetizione dell'indebita una «fattispecie restitutoria generalizzata»<sup>37</sup> garantisce al *solvens* una tutela uniforme per tutte le ipotesi di prestazione non dovuta<sup>38</sup>: tutela c.d. «forte»<sup>39</sup>, perché non sottoposta al limite dell'arricchimento dell'*accipiens*, e in grado di rappresentare uno strumento più «snello ed efficace»<sup>40</sup> rispetto all'azione disciplinata *ex art.* 2041 c.c.

#### 4. I tentativi di estensione della irripetibilità...

La premessa dalla quale si muove incontra sostegno anche da una rapida analisi del contenuto precettivo delle disposizioni che seguono la disciplina dell'indebita, ossia: l'obbligazione naturale e l'obbligazione immorale. In maniera esplicita, e per esse soltanto, il legislatore preclude la ripetibilità della prestazione eseguita in adempimento, nel primo caso, di un obbligo morale o sociale, nel secondo, di un contratto nullo per contrarietà al buon costume. Tuttavia, si dubita dell'esistenza, accanto alle menzionate fattispecie, di ulteriori ipotesi nelle quali l'esercizio della prestazione non dovuta non dia luogo a ripetizione<sup>41</sup>.

Non rara, infatti, nella prassi, la presenza di palesi 'forzature' proposte al fine di accordare più ampia tutela all'*accipiens*; tentativi volti a

<sup>37</sup> V., in tal senso, A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, p. 173, nota 1, e p. 217.

<sup>38</sup> Evitando così di riservare, ingiustamente, al solo *solvens* di una prestazione di «fare» un trattamento meno vantaggioso rispetto al *solvens* di una prestazione di «dare»: cfr., più ampiamente, D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., spec. p. 66.

<sup>39</sup> Così, A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 180.

<sup>40</sup> In questi termini, E. MOSCATI, *Indebito (pagamento e ripetizione dell')*, in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971, p. 83; ID., *Pagamento dell'indebita* (1981), cit., p. 88.

<sup>41</sup> Così, per le somme versate in eccesso all'Inps in sede pensionistica, qualunque sia stata la ragione dell'errore, purché rimosse senza dolo: art. 38, comma 7, l. 01/448 (v., più ampiamente, A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebita*, Padova, 2004, p. 947 ss.; cfr., inoltre, Corte cost., 24 maggio 1996, n. 166, in *Foro it.*, 1996, I, c. 2292 ss., con osservazioni di V. Ferrari, decisione interpretativa di rigetto ove è stabilito che il principio espresso all'art. 2033 c.c., nel diritto previdenziale, è «mitigato da disposizioni ispirate a criteri di equità e di solidarietà»). La stessa ripetizione è esclusa se la prestazione è contraria esclusivamente a norme imperative e costituisce il 'prodotto' o il 'profitto' di un reato. In tal caso, può rendersi opportuna la sanzione della confisca (art. 240 c.p.): l'intervento dell'organo pubblico fa proprio l'oggetto della prestazione illecita, privandone non solo il *solvens*, ma anche l'*accipiens*: G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione. Una analisi economica*, in *Quadrimestre*, 1992, p. 28; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebita* (1981), cit., p. 372 s.

estendere le fattispecie di irripetibilità qualificando, ad esempio, ‘immorali’ negozi che a rigore sarebbero soltanto contrari alla legge<sup>42</sup>, pur di derivarne la *soluti retentio*. E, quando ciò si rende inattuabile, ipotizzare – di là dai confini dell’art. 2035 c.c. – l’esistenza di «aree nelle quali la perdita della prestazione è considerata a tal punto desiderabile, da volerla imporre anche al di fuori delle regole concernenti la ripetizione»<sup>43</sup>: così, per talune prestazioni “vietate” di *facere* per le quali non varrebbe «la pena riportare le cose allo *status quo ante*», perché tale operazione finirebbe per dare attuazione proprio a quel rapporto che la legge ha “proibito”, favorendo chi ha contribuito a provocarne i presupposti<sup>44</sup>.

Il punto è alquanto controverso. Quali le prestazioni di «fare» irripetibili? Quali, invece, quelle sottoposte alla “ricostituzione dello scambio”? In altri termini, come cogliere, nell’apparente silenzio della legge, la presenza non tanto di un divieto di «fare», quanto la negazione di un «ri-fare»?

<sup>42</sup> Per un esempio di come, nel dubbio, sia richiamata sia la violazione all’ordine pubblico che al buon costume, Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481 ss.; cfr., inoltre, Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 197 ss.; Cass., 23 marzo 1985, n. 2081, in *Riv. not.*, 1985, p. 1276 ss.; Cass., 7 luglio 1981, n. 4414, in *Foro it.*, 1982, I, c. 1769 ss. V., al riguardo, F. CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 35 ss.; v., inoltre, A. TRABUCCHI, *Buon costume*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959, p. 701. Sulla tendenza della giurisprudenza ad allargare l’ambito di applicazione dell’art. 2035 c.c., «avvalendosi dell’irripetibilità come di uno strumento per colpire il contraente che si trovi in posizione economicamente e/o psicologicamente dominante», v. E. MOSCATI, *Pagamento dell’indebito* (1981), cit., pp. 383 s. e 377 s. ‘Forzature’ estensive della irripetibilità si riscontrano anche in ormai lontani precedenti: così, in materia di borsa nera, Cass., 11 aprile 1949, n. 868, in *Giur. it.*, 1950, I, c. 239 ss. Per una singolare fattispecie, ove è ravvisata la contemporanea contrarietà al buon costume e all’ordine pubblico (o norma imperativa), cfr. Trib. Roma, 21 marzo 1968, in *Giur. merito*, 1970, I, p. 105 ss., con note di S. RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, e di G.B. FERRI, *Illiceità di convenzioni elettorali*, in *Riv. dir. comm.*, 1972, I, p. 20 ss.

<sup>43</sup> In questi termini, G. VILLA, *o.c.*, p. 27, il quale, analizzate una serie di ipotesi sottese ad imporre «la perdita della prestazione illecita di fare» (p. 64), si chiede se davvero la regola che impedisce di ripetere la prestazione turpe sia «prossima all’estinzione» o, invece, «giochi un ruolo ancora utile» dinanzi ai diversi tentativi di ribadirne gli effetti (così, rispettivamente, pp. 19 e 28).

<sup>44</sup> G. VILLA, *o.c.*, p. 51; in altri termini – e a dispetto delle perplessità degli interpreti – avanza il riconoscimento di una implicita sanzione civile indiretta, con funzione punitiva, verso colui che tenta di trar vantaggio da una situazione illecita: cfr., più ampiamente, F. GALGANO, *Alla ricerca di sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 531 ss.

L'arbitrarietà della scelta si ferma soltanto dinanzi alla prestazione espletata in esecuzione di un contratto di lavoro invalido per il quale è statuita la c.d. «inefficacia della nullità»<sup>45</sup> (con la conseguente corresponsabilità delle prestazioni o, meglio, il venir meno dell'obbligo di restituire ed il diritto di ripetere), al fine di garantire la più ampia tutela<sup>46</sup> al prestatore di fatto del lavoro, parte debole del rapporto.

Sembrerebbero<sup>47</sup> lasciate fuori da tale irripetibilità le ipotesi di nullità del contratto di lavoro derivante dall'illiceità dell'oggetto o della causa (purché, anche in questo caso, l'attività non sia stata prestata con violazione di norme poste a tutela del lavoro subordinato)<sup>48</sup>. Appare utile, al riguardo, partire proprio da quest'ultimo dato, prendendo rapidamente in esame la casistica nella quale si è posto inizialmente il problema<sup>49</sup> della residualità dell'obbligo restitutorio in materia di lavoro subordinato: vagliare la tutela giuridica apprestata agevolerà, in séguito, il discorso sulle prestazioni indebite lavorative di carattere autonomo (o non subordinato), escluse dalla disciplina dettata dall'art. 2126 c.c.

<sup>45</sup> Osserva P. RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., p. 156, che la dizione della norma – pur non tra le più corrette – ne rende chiaro il significato: la singolarità del fenomeno è racchiusa proprio «nell'indole contrattuale delle obbligazioni, pur senza che all'origine si trovi il contratto». Sí che, soltanto «cadendo in un errore di prospettiva» si potrebbe «ravvisare nell'art. 2126 un'eccezione al principio della ripetizione dell'indebito», figurando tale disposizione quale conferma dei principi posti alla base dell'indebito: così, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 162; dello stesso avviso, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 440 ss.

<sup>46</sup> Invero, la norma in esame non si limita a risolvere i problemi restitutori in quanto dà una disciplina compiuta all'attività lavorativa prendendo in esame anche tutte le altre controprestazioni accessorie: il trattamento previdenziale, la progressione di carriera, l'indennità di anzianità [v., per tutti, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 163].

<sup>47</sup> Ma, al riguardo, v. le considerazioni che seguono al § 5.

<sup>48</sup> La questione sarebbe altrimenti risolta mediante il ricorso allo stesso art. 2126, comma 2, c.c. che riconosce, in ogni caso, al prestatore di lavoro il diritto alla retribuzione. [Si tralascia di prendere in esame l'ipotesi della c.d. «inesistenza» del contratto di lavoro, per la quale v. i rilievi in U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 448; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 164 ss.].

<sup>49</sup> P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (I rimedi restitutori)*, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1996, p. 115 e nota 9.

## 5. ...e della ripetibilità

L'interessante, pur se datata, sentenza nella quale è stata affrontata la questione si riferisce ad un rapporto di lavoro subordinato sorto contro promessa di adottare il lavoratore e di istituirlo erede<sup>50</sup>; fattispecie che ha dato adito ad un notevole dibattito teorico, attorno al quale la piú attenta dottrina si è misurata, cogliendo dalle vicissitudini concrete il miglior spunto per l'analisi della tematica in questione<sup>51</sup>.

Nell'inconsueta controversia la Suprema corte è chiamata a pronunciarsi sulla validità del rapporto di lavoro (domestico) cosí configurato e sull'eventuale compenso spettante a favore dell'adottanda che, delusa nella sua aspettativa, chiedeva non già di costituire *ex post* il rapporto che si era svolto sulla base di tale promessa, ma il semplice indennizzo per le energie lavorative spese al servizio del promittente in cambio del suo mantenimento. La Cassazione ritiene nullo per illiceità della causa il contratto di lavoro svolto dalla prestatrice d'opera in quanto l'obbligazione di adottare risulta contraria al principio generale di ordine pubblico, che esige piena libertà e spontaneità della dichiarazione di volontà alle quali la legge ricollega la costituzione di uno *status*, e la promessa di istituzione di erede viola un divieto di legge, *ex art.* 458 c.c.: si esclude, dunque, sulla base dell'art. 2126, comma 1, seconda parte, il diritto alla retribuzione per l'attività esercitata. È fatto salvo, tuttavia, il diritto ad un indennizzo per il lavoro prestato in quanto – si osserva – l'art. 2126 c.c. «non esclude» l'applicazione di un tale principio generale di diritto, ma nega «solo» l'attuazione della disciplina del rapporto di lavoro per le prestazioni eseguite sulla base di un contratto nullo per illiceità della causa o dell'oggetto, purché nei limiti dell'art. 2035 c.c.<sup>52</sup>. Sí che, il lavoratore avrebbe diritto: ad ottenere la ripetizione del valore integrale del-

<sup>50</sup> Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1604 ss.

<sup>51</sup> La decisione è annotata da: E. CIACCIO, *Effetti del contratto di lavoro stipulato con promessa di adozione e di istituzione di erede*, in *Giust. civ.*, 1964, I, p. 1605 ss.; G. PERA, *Osservazioni sulla nullità della clausola del contratto individuale di lavoro relativa alla retribuzione*, in *Riv. giur. lav.*, 1964, II, p. 561 s., il quale pone in luce come la disputa dottrinale sul tema abbia raccolto «la piú varia gamma di opinioni»: forse perché «è in gioco la precisazione di dati» che hanno «conseguenze pratiche rilevanti»; G.B. FERRI, *Promessa di adozione e di istituzione di erede e prestazioni di lavoro*, in *Riv. dir. comm.*, 1965, II, p. 333 ss.; P. RESCIGNO, *Lavoro prestato contro promessa di adozione*, in *Mass. giur. lav.*, 1965, p. 409 ss.

<sup>52</sup> Così, Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, cit., p. 1611.

le prestazioni, «in applicazione analogica dell'art. 2033» o, applicando «per analogia la disposizione dell'art. 2037», a conseguire un indennizzo commisurato alla buona o mala fede del datore di lavoro ovvero, infine, a percepire un «diritto ad un indennizzo nei limiti dell'arricchimento dell'*accipiens*, ai sensi dell'art. 2041»<sup>53</sup>. La scelta ricade sulla terza soluzione – invero la meno favorevole per il prestatore di lavoro – soltanto in quanto la questione, non prospettata da alcuna delle parti (e come tale non esaminata e decisa dalla Corte) era già stata risolta in tal senso dal giudice di merito.

La sentenza, sottoposta ad un attento riesame dottrinale, è avvertita sotto molteplici prospettive: non si comprende perché l'impegno di provvedere al mantenimento della ragazza sia un aspetto «rimasto in ombra»<sup>54</sup> nelle righe della decisione (avendo potuto, una sua considerazione, condurre a conclusioni diverse: ad es. nullità parziale del contratto<sup>55</sup> e/o attribuzione dell'intera retribuzione<sup>56</sup>); perché si tralasci di esaminare

<sup>53</sup> Letteralmente, Cass., Sez. II, 10 aprile 1964, n. 835, cit., p. 1612. Sottolinea tale scelta argomentativa P. GALLO, *Ripetizione dell'indebito. L'arricchimento che deriva da una prestazione altrui*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 11.

<sup>54</sup> Cosí, E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1608.

<sup>55</sup> Qualora la retribuzione fosse costituita dal semplice mantenimento della ragazza e la promessa di adottarla e di istituirla erede fosse considerata quale patto a sé stante, si sarebbe potuta dedurre la nullità (non totale ma) parziale del contratto (art. 1419 c.c.), «ritenuta determinante per la conclusione del negozio»: sí che, ricadendo nell'ipotesi prevista dall'art. 2126, comma 1, c.c., poteva attribuirsi alla lavoratrice la parte di retribuzione validamente convenuta (salva la rivalutazione da parte del giudice) e non già un indennizzo nei limiti dell'arricchimento: cosí, E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1608 s. Sul punto, v. anche le considerazioni di G. PERA, *o.c.*, pp. 559-561, per il quale, essendo dinanzi ad un'ipotesi di nullità parziale, occorre svolgere un'indagine in concreto della volontà delle parti. Contesta la tesi della nullità parziale P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 416.

<sup>56</sup> E. CIACCIO, *o.l.u.c.* (v. nota precedente); a favore dell'«intera retribuzione» non limitata all'arricchimento è anche G.B. FERRI, *o.c.*, spec. p. 344, per il quale le promesse di adozione e istituzione di erede, essendo negozi di natura personale e non patrimoniale, «non si inseriscono (...) nel sinallagma», ma restano «come elementi esterni e, cioè come negozi a sé stanti, pur se collegati» al contratto di lavoro; il loro significato «puramente morale», inoltre, fa sí che esse «non obblighino». In altri termini, non di «negozio illecito o di collegamento negoziale illecito» è dato discorrere quanto di un «problema di rilevanza giuridica», di «un puro rilievo morale delle promesse dei datori di lavoro»: sí che, «diritto del lavoratore è quello di conseguire l'intera retribuzione» adeguata ai sensi «dell'art. 36 della Costituzione e dell'art. 2099 cod. civ.». Propende – sia pur con differenti motivazioni – per «il risultato piú favorevole al lavoratore» anche P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 418 s.: trattandosi di un «contratto gratuito di lavoro subordinato» (p. 416), rispetto al quale la promessa di adozione costituisce motivo della convenuta gratuità del rapporto, e «ritenuto applicabi-

il «requisito della possibilità»<sup>57</sup> dell'obbligazione; perché dinanzi alla illiceità della causa negoziale debba competere al lavoratore la pretesa di un *quantum*, sia pur nei limiti della locupletazione (se l'art. 2126 c.c. in maniera espressa «nega, nel caso di illiceità, quel diritto che riconosce al lavoratore nell'ipotesi di semplice nullità del contratto»<sup>58</sup>) ovvero perché il richiamo all'art. 2035 c.c. torni in auge per consentire (questa volta) la estensione della ripetibilità della prestazione illecita, ma non immorale (c.d. «illiceità legale»)<sup>59</sup>: quasi ad ammettere che chi agisce illecitamente, cioè in maniera contraria a una norma imperativa o all'ordine pub-

le alla promessa di adozione il regime della promessa di matrimonio» (p. 418), non vi è dubbio che il lavoro prestato «costituisca materia di un dovere di restituzione»: «[t]rattandosi di una prestazione di fare (...) la restituzione in natura deve tradursi nel dovere di corrispondere al lavoratore la retribuzione per tutto il tempo in cui il rapporto ebbe esecuzione, senza limitarsi all'arricchimento».

<sup>57</sup> Per l'analisi di tale aspetto v. G. PERA, *o.c.*, p. 564, per il quale «quando si dice che la promessa di adottare e di istituire erede sono radicalmente nulle (...) si afferma nella sostanza che l'obbligazione è impossibile».

<sup>58</sup> È quanto si chiede G.B. FERRI, *o.c.*, p. 344 s., per il quale, pur volendo ammettere l'ipotesi di un negozio illecito, è «da dubitare che il lavoratore possa avanzare pretese, sia pure nei limiti dell'arricchimento del datore di lavoro»: l'opinione – che appare invece «dominante in dottrina» (v. *infra*, nota successiva) – «meriterebbe di essere controllata un po' più attentamente», giacché l'art. 2126 c.c. se, «da un lato, favorisce il lavoratore, assicurandogli il diritto alla retribuzione, dall'altro esclude che questa posizione gli competeva, quando la nullità del contratto sia in dipendenza della sua illiceità». Estremamente favorevole alla pronuncia è, invece, P. RESCIGNO, *o.u.c.*, p. 410: la sentenza «ha pregi di meditazione e di fine elaborazione» giacché con essa «la S.C. ha avuto il pregio di approfondire il tema della *condictio indebiti*» contribuendo «a chiarire il modo onde coordinare l'articolo 2126 e l'art. 2035».

<sup>59</sup> Precisa E. CIACCIO, *o.c.*, p. 1606, che i contratti di lavoro affetti da nullità derivante da illiceità della causa o dell'oggetto vanno distinti – sulla base degli effetti ai quali danno luogo – in due gruppi: nel primo rientrerebbero quei contratti posti in violazione di una «norma imperativa di legge (c.d. illiceità legale)», per i quali trovano applicazione «le norme generali cui si fa ricorso nei casi di esecuzione di contratti nulli aventi ad oggetto un *facere*: non essendo possibile la *restitutio ad pristinum*, si fa luogo ad un indennizzo in base all'azione generale di arricchimento (art. 20[4]1 c.c.)»; l'altro gruppo sarebbe costituito dai «contratti di lavoro nulli perché contrari al buon costume (c.d. illiceità morale)», per i quali «viene esclusa l'applicabilità dell'azione di arricchimento». Concorda su tale distinzione anche V.M. CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, cit., p. 337, il quale, con riguardo al primo gruppo di ipotesi, riconosce l'operatività dell'azione generale di arricchimento (in tal senso v., inoltre, L. RIVA SANSEVERINO, *Disciplina delle attività professionali*, cit., p. 679 ss.) ovvero dell'azione di ripetizione, secondo le norme sul pagamento dell'indebito estese alle prestazioni di «fare» (così anche F. SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, 22<sup>a</sup> ed., Napoli, 1969, p. 149).

blico, ma senza offendere il buon costume, possa ricevere tutela da parte dell'ordinamento con l'istituto della ripetizione dell'indebito.

La decisione, brevemente ricordata, merita attenzione in special modo per due aspetti utili all'indagine qui condotta: a) il prestatore di lavoro non è privato di ogni diritto qualora l'atto sia valutato illecito (*rectius*: la causa o oggetto del negozio siano illeciti): dinanzi a tale eventualità occorre vagliare se l'illiceità 'includa' l'immoralità così vietando la ripetizione della prestazione<sup>60</sup>; b) la prestazione indebitamente percepita (là dove non contraria al buon costume) andrebbe ripetuta senza i limiti indicati dall'art. 2041 c.c.: su questo punto i giudici vorrebbero poter consentire la soluzione più positiva per il prestatore di lavoro.

Con riguardo al primo aspetto (a) è facile intuire che è operata una «restrizione della irripetibilità»<sup>61</sup> (irripetibilità operante unicamente dinanzi al carattere turpe dell'accordo)<sup>62</sup>; restrizione *assoluta* che intende

<sup>60</sup> Come ben ricorda G. PANZA, *L'antinomia fra gli artt. 2033 e 2035 c.c. nel concorso fra illegalità ed immoralità del negozio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 1178, il contrasto non incide sulla valutazione dell'atto (che in ogni caso sarebbe nullo), ma sulla ripetibilità della prestazione fatta in esecuzione di esso. Cfr., più ampiamente, D. CARUSI, *Contratto illecito e soluti retentio. L'art. 2035 cod. civ. tra vecchie e nuove «immoralità»*, Napoli, 1995, p. 1 ss.; S. DELLE MONACHE, *Il negozio immorale tra negazione dei rimedi restitutori e tutela proprietaria. Per una riflessione sul sistema traslativo dei diritti*, Padova, 1997, p. 1 ss.; criticamente, D. CARUSI, *Illiceità del contratto e restituzioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, II, spec. p. 503 ss.; in replica S. DELLE MONACHE, *Della irripetibilità delle prestazioni «ob turpem causam» nel sistema del diritto italiano*, *ivi*, 2002, I, p. 697 ss.; in risposta D. CARUSI, *La rilevanza del negozio nullo e l'interpretazione sistematica dell'art. 2035 c.c.*, *ivi*, 2003, II, p. 345 ss.

<sup>61</sup> Come definita da G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, *cit.*, p. 56, il quale brevemente illustra le eccezioni alla regola della irripetibilità (per un'ulteriore ipotesi v. nota successiva) svolgendo per esse un'analisi di razionalità economica.

<sup>62</sup> Nel silenzio della legge è unanime in dottrina l'indirizzo teso a escludere la irripetibilità in caso di immoralità unilaterale del solo *accipiens*, sì che al *solvens* 'innocente' è riconosciuto il diritto alla restituzione; viceversa, là dove l'immoralità sia del solo *solvens*, la «sanzione» della irripetibilità diviene un mezzo per tutelare l'*accipiens* (v., per tutti, E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), *cit.*, rispettivamente, pp. 386 ss. e 398 ss. (e *ivi* *bibl. cit.*). [Analizza l'ipotesi del cliente che, rivolgendosi intenzionalmente al professionista non iscritto o radiato (ben sapendo di non essere tenuto a pagarlo per l'opera prestata), poi corrisponda ugualmente il compenso, non avendo così diritto alla ripetizione, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, *cit.*, p. 710; v. inoltre, G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, Milano, 1958, p. 33. (La fattispecie potrebbe, invero, trovare opposta soluzione là dove si lasciasse al professionista la possibilità di paralizzare con l'*exceptio doli generalis* l'azione pretestuosa del cliente volta a far dichiarare la nullità negoziale)].

prevenire e/o sanzionare<sup>63</sup> la condotta immorale ponendo nel nulla lo scambio. Se l'immoralità manca in presenza dell'accordo illecito, tuttavia, piú che accordare ogni volta un «premio dell'illegalità»<sup>64</sup>, ammettendo, mediante l'esperibilità della *condictio indebiti*, una tutela giuridica ampia, avanza il dubbio se sia possibile combinare l'irripetibilità-ripetibilità là dove la scelta dell'una o dell'altra porterebbe comunque «a risultati in contrasto coi fini della legge»<sup>65</sup>: in altri termini, consentire una sorta di (estensione o) restrizione della irripetibilità questa volta *relativa*, ossia concessa soltanto a favore di una delle parti<sup>66</sup>.

Sotto il secondo aspetto (*b*) emerge la tendenza ad ampliare il già sollecitato ricorso all'art. 2033 relegando l'azione di ingiustificato arricchimento al ruolo di «norma di chiusura dell'ordinamento»<sup>67</sup> (qualora sia lasciata in forse la certezza della sua inutilità<sup>68</sup>).

È sulla base di tali premesse che si intende muovere il discorso sull'attività indebita svolta da parte del prestatore d'opera intellettuale<sup>69</sup>.

<sup>63</sup> L'irripetibilità è considerata quale «sanzione» per colui che ha eseguito la prestazione per uno scopo che costituisce offesa al buon costume per P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, in *Riv. dir. civ.*, 1969, I, p. 368, e ID., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 868.

<sup>64</sup> L'espressione è mutuata da G. VILLA, *o.c.*, p. 53.

<sup>65</sup> G. VILLA, *o.c.*, p. 58 s.

<sup>66</sup> ...si vedrà, in séguito, se soltanto a favore della parte protetta ovvero soltanto contro la parte alla quale è imputabile l'illiceità: a questa seconda possibilità sembra incline G. VILLA, *o.c.*, p. 58.

<sup>67</sup> L'espressione, coniata da P. SCHLESINGER, *Arricchimento*, cit., p. 1007, ha trovato ampi richiami in dottrina [giustifica in tal modo la collocazione dell'art. 2041 nel codice del 1942 E. MOSCATI, *Fonti legali e fonti «private» delle obbligazioni*, cit., p. 242; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento*, cit., pp. 7, 33 e 35 ss.; V. PIETROBON, *Ingiustificato arricchimento*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, cit., p. 229 s.] e nella manualistica (F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 11ª ed., Napoli, 2004, p. 88).

<sup>68</sup> V., *retro*, nota 22. Cfr., inoltre, A. VENTURELLI, *Sulla specificità e residualità dell'azione di ingiustificato arricchimento: inutilità di un rimedio?*, in *Danno e resp.*, 2003, p. 865 ss. (nota a Cass., 20 novembre 2002, n. 16340, *ivi*, p. 863 ss.).

<sup>69</sup> Per profili di carattere piú generale inerenti la disarticolata eterogeneità di trattamento riservata ai crediti da attività professionale autonoma (sia in merito alla ragionevolezza di una tale differenziazione che alla necessità di una ricostruzione delle suddette obbligazioni piú attenta al profilo funzionale, anche alla luce dei principi di eguaglianza e pari dignità del lavoro costituzionalmente sanciti), cfr. P. PERLINGIERI, *Lavoro autonomo dei professionisti, principio di eguaglianza e interessi privilegiati*, in *Rass. dir. civ.*, 1990, p. 609 ss., nota a Corte cost., 24 novembre 1988, n. 1064 e Corte cost., 8 febbraio 1989, n. 43, *ivi*, rispettivamente pp. 609 ss. e 619 ss.

## 6. Prestazioni rese dal professionista abusivo e possibili valutazioni della denegatio actionis. Il requisito dell'iscrizione all'albo: suo difetto, finalità e ambiti di rilievo

Non a caso definito quale «singolarissima figura negoziale»<sup>70</sup>, il contratto d'opera stipulato da parte del professionista non iscritto all'albo – avente ad oggetto quelle prestazioni c.dd. esclusive o tipiche<sup>71</sup> – è sottoposto ad una particolare disciplina la quale priva di azione per il pagamento del compenso colui che esercita la suddetta attività 'tipizzata' o 'protetta' in assenza della prescritta iscrizione (art. 2231 c.c.). Il medesimo trattamento è esteso al professionista che, pur in presenza di regolare iscrizione all'albo della propria categoria, sconfini dal proprio ambito di competenza in settori estranei, ossia riservati dalla legge a prestatori d'opera intellettuale iscritti in altri albi o elenchi<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> F. CARRESI, *Introduzione a uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti nel processo di formazione del negozio giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1949, p. 833.

<sup>71</sup> Si intende, con tale espressione, aver riguardo a quelle prestazioni riservate ai soli iscritti ad un albo professionale (albo al quale si riconosce una funzione d'«interesse generale»: per il suo tramite è reso possibile alle associazioni di categoria svolgere una verifica deontologica dei requisiti di professionalità dei propri iscritti, sia a garanzia dell'intera categoria professionale che dei terzi che vi entreranno in contatto: cfr. A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, in *Contr. impr.*, 2006, p. 226; F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. impr. Europa*, 1997, p. 20. Cfr., Corte cost., 22 gennaio 1976, n. 17, in *Riv. dir. lav.*, 1976, II, p. 47); diversamente, per le prestazioni 'non esclusive' o 'non protette' fornite anche dai non iscritti (significativo l'esempio della consulenza legale stragiudiziale: Cass., 8 agosto 1997, n. 7359, in *Rass. forense*, 1998, p. 145; Cass., Sez. II, 7 luglio 1987, n. 5906, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1988, p. 338 ss., con osservazioni di D. CHINDEMI, *Nota di commento*, *ivi*, p. 340 ss., ove tale prestazione contrattuale resa in Italia da un avvocato tedesco non iscritto all'albo professionale locale è considerata lecita, pur negando che al compenso siano applicabili le tariffe professionali). Per una più generale analisi sulla distinzione tra categorie 'protette' e 'non protette' v. A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 381 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Contratto d'opera intellettuale e professioni intellettuali*, in AA.VV., *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, VI, *Lavoro autonomo*, Torino, 2004, p. 60 ss.

<sup>72</sup> V., più ampiamente, G. MUSOLINO, *Il «monopolio» del professionista: la nullità del contratto d'opera intellettuale per mancanza di iscrizione all'albo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, p. 960 s.; A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento*, cit., p. 228, il quale puntualizza che diversa è l'ipotesi di attività abitualmente svolte da professionisti iscritti ma per le quali la legge nulla impone (v., a tal riguardo, Cass., 2 ottobre 1999, n. 10937, in *Notariato*, 2000, p. 229 ss.; Cass., 18 luglio 1991, n. 8000, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Professioni intellettuali*, n. 95; Cass., 13 gennaio 1984, n. 286, *ivi*, 1984, voce cit., n. 56). Per una rassegna giurisprudenziale inerente tali ipotesi di «sconfinamento» cfr. F. CURCURUTO e S. RUPERTO (a cura di), *La giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina*, diretta da C. Ruperto, sub art. 2231, Milano, 2005, p. 1826 s.

Mentre nessuna perplessità avvolge la formulazione che nega la pretesa del corrispettivo dinanzi al difetto di iscrizione, si sospetta se l'invalidità negoziale – e la conseguente mancata produzione di effetti del contratto – conduca ad un totale rifiuto di tutela nei riguardi del professionista (che nulla, dunque, può pretendere anche dinanzi ad una prestazione eseguita «secondo le regole dell'arte»<sup>73</sup>) e/o del cliente che abbia con egli contratto (conoscendo o ignorando la presunta iscrizione; conseguendo un obiettivo vantaggio o ricevendo un danno). In altri termini: come valutare la carenza di azione indicata nell'art. 2231?

Si riconosce che la disposizione richiamata non sancisce l'«irripetibilità del pagamento, ma si limita ad escludere l'azionabilità del credito»<sup>74</sup>; il legislatore ha inteso, quindi, con tale disposizione, escludere che il contratto produca effetti, ma altra cosa è l'effetto restitutorio<sup>75</sup>. Secondo altri, invece, è proprio nel silenzio dell'art. 2231 che troverebbe conforto la (summenzionata estensione della) irripetibilità, giacché la *denegatio actionis* prospettata non è volta a soddisfare un interesse né del professionista né del cliente<sup>76</sup> e, comunque, l'illiceità del rapporto non consentirebbe di ricorrere ad uno strumento giuridico che, anche in modo indi-

<sup>73</sup> Diversamente, A. DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 181, il quale suggeriva di considerare il pagamento effettuato nelle mani del professionista abusivo come un adempimento di obbligazione naturale.

<sup>74</sup> In questi termini G. LEVI, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 80, il quale così argomenta per escludere che tale figura rientri nell'art. 2034, comma 1: «la carenza di azione indicata nell'art. 2231 c.c. “si legge” come negazione di tutela del negozio illecito, sancita dall'art. 1418 c.c., piuttosto che carenza di azione ricollegabile ad una pretesa semplice moralità del dovere»; v., inoltre, F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 168, per il quale «se il legislatore avesse inteso precludere i rimedi restitutori, sarebbe probabilmente intervenuto con uno strumento diverso dal divieto di esercizio dell'azione contrattuale».

<sup>75</sup> Favorevole alla ripetibilità del pagamento da parte del professionista abusivo è D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 137, per il quale il «fatto che la prestazione non dia diritto *al compenso* importa la nullità del contratto», ma «con ciò nulla si dice sul se la prestazione possa essere ripetuta per equivalente» (corsivi originali). Sotto-linea come la «normativa delle professioni intellettuali *si limiti* a negare l'azione per il compenso al professionista non abilitato» anche P. RESCIGNO, *Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, I, p. 250 (corsivi aggiunti).

<sup>76</sup> Così, F. GALGANO, *Alla ricerca di sanzioni civili indirette*, cit., p. 536, che individua in tale privazione una «sanzione» posta a tutela non di interessi particolari, ma «generali, se si vuole di interessi corporativi, degli interessi della categoria professionale, che l'ordinamento giuridico mostra di avere fatto propri».

retto, realizzi effetti positivi per la parte contrattuale che ha determinato l'invalidità negoziale<sup>77</sup>, contravvenendo, talvolta, con la propria condotta anche ad un divieto penale<sup>78</sup>.

Il crescente disorientamento è avallato da piú rigidi percorsi argomentativi compiuti in sede giudiziale, ove l'affastellarsi di pronunce in merito diviene fonte – dietro sbrigative applicazioni normative inclini, per la maggior parte, a negare ogni tutela al prestatore d'opera intellettuale in nome di una presunta tutela preferenziale di interessi generali – di un contrasto piú che altro «latente»<sup>79</sup>.

È da precisare, innanzitutto, che l'iscrizione all'albo è considerata, in tale contesto, un requisito essenziale del contratto di lavoro autonomo; requisito che deve sussistere non soltanto al momento della stipula del negozio, ma accompagnare l'intera vita dell'atto o, meglio, essere presente per l'intero arco temporale necessario all'adempimento delle obbligazioni assunte dal professionista<sup>80</sup>. La sua mancanza iniziale, o il suo venir meno, comporta dunque la nullità del contratto d'opera, rilevabile anche d'ufficio (o dal conciliatore)<sup>81</sup>, per illiceità della causa<sup>82</sup>: piú

<sup>77</sup> In questi termini, M. COSTANZA, *In margine all'art. 2231, comma 1, del codice civile*, in *Giust. civ.*, 1982, I, p. 2577.

<sup>78</sup> Si intende far riferimento agli artt. 348 e 498 c.p. inerenti i reati di esercizio abusivo della professione e di usurpazione di titoli; ma, per una piú articolata disquisizione in merito, v. *infra*, § 7.

<sup>79</sup> Singolari le osservazioni dalle quali muove F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, cit., pp. 29 e 164 s., il quale dapprima riconosce l'esistenza – per l'ampia categoria delle prestazioni indebite di «fare» – di uno scenario non univoco, che cela un «contrasto “latente” (...)», mai affrontato dai nostri giudici ed il quadro rimane piuttosto incerto» (si che, alcune «decisioni accolgono domande di ripetizione relative a prestazioni di fare», altre consentono la sola azione di ingiustificato arricchimento, altre ancora negano l'esperibilità sia dell'azione ex art. 2033 che ex art. 2041 c.c.); di poi, registra come la situazione appaia differente per i contratti conclusi con il professionista non iscritto all'albo poiché in tale ambito la giurisprudenza «non cade nel contrasto» e «nega in modo sistematico l'azione di arricchimento» (spesso invocata. Si avrà modo di dimostrare, nel prosieguo del lavoro, come tale uniformità di vedute non sussista neppure in questo contesto (v., *infra*, note 91-93).

<sup>80</sup> A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 700; G. MUSOLINO, *Il «monopolio» del professionista*, cit., p. 959. Precisa che spetta al professionista che rivendica il compenso fornire la prova dell'iscrizione (e che l'attività espletata è compresa tra quelle al cui svolgimento egli è abilitato), Cass., 14 novembre 1970, n. 2413, in *Foro it.*, 1970, I, c. 3005 ss.

<sup>81</sup> Cass., 16 ottobre 1995, n. 10769, in *Giust. civ.*, 1996, I, p. 66 ss.; Cass., 4 maggio 1994, n. 4330, in *Riv. arbitrato*, 1994, p. 499, con nota di F.P. LUISSO.

<sup>82</sup> A nulla vale riportare il dibattito – ormai sopito – sulla natura soggettiva o oggettiva

precisamente, è reputata illecita la prestazione che la legge, con norma imperativa, vuole eseguita esclusivamente dall'iscritto, richiamando la nullità comminata dall'art. 1418 c.c., in relazione al disposto dell'art. 2229 c.c.

La severità con la quale il legislatore prescrive l'invalidità negoziale è fatta discendere da motivi di ordine pubblico e da finalità sociali: l'iscrizione all'albo o all'elenco presuppone, infatti, l'accertamento dell'esistenza di particolari requisiti imposti per l'esercizio di una determinata attività professionale (peculiari cognizioni teorico-tecniche; abilitazione all'esercizio professionale)<sup>83</sup>; vincolare il professionista in tal modo signifi-

di tale requisito, ossia se l'iscrizione attenga, in altri termini, alla capacità, relativa o speciale (cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, in *Noviss. dig. it.*, XIV, Torino, 1967, p. 24; ID., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 131; osserva, pur contestandone l'assunto, che la mancanza di capacità darebbe luogo alla annullabilità del contratto che continuerebbe, in tal modo a produrre effetti sino all'eventuale pronuncia di annullamento, G. MUSOLINO, *o.l.c.*) oppure renda illecita la causa o l'oggetto del contratto [riconosce F. CARNELUTTI, *Nullità del contratto di patrocinio per difetto di titolo professionale*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, p. 313, che trattasi di causa illecita *a parte obiecti*, poiché il requisito dell'abilità riguarda l'idoneità dell'oggetto della prestazione (idoneità a lavorare) e non la legittimazione del contraente (idoneità a contrattare); R. SACCO, *Il Contenuto (L'autonomia)*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 10, *Obbligazioni e contratti*, II, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2002, p. 396, discorre di illiceità del contratto in ragione dei soggetti che vi prendono parte. Distingue C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3. *Il contratto*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2000, p. 617, l'incapacità giuridica della parte, che rileva come impossibilità di imputazione del rapporto, dalle altre incapacità speciali, che invece esprimono divieti di legge che rendono illecito il negozio. Sulla distinzione tra divieti soggettivi e incapacità giuridica G.B. FERRI, *Capacità e oggetto nel negozio giuridico: due temi meritevoli di ulteriori riflessioni*, in *Quadrime.*, 1989, p. 1 ss.]. Si segnala, per completezza, la proposta di utilizzare la nozione di impossibilità (giuridica) della prestazione: in tal modo sarebbe fattibile negare che il divieto legale di tenere il comportamento, in mancanza dell'iscrizione, sia di per sé apprezzabile in termini di illiceità (per un cenno C. ASSANTI, *Le professioni intellettuali e il contratto d'opera*, in *Tratt. dir. priv.* Rescigno, 15<sup>2</sup>, 2<sup>a</sup> ed., Torino, 2001, p. 850); avanza la singolare posizione secondo la quale – escludendo categoricamente la illiceità – sarebbe possibile ritenere che l'attività svolta senza le debite abilitazioni sia «soltanto inibita a una determinata persona, la quale ha commesso una scorrettezza impegnandosi a svolgerla»; si che, ne deriverebbe la «validità ed efficacia del contratto, il quale resta inadempito, con conseguente possibilità di recesso»: così, P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 17 s.

La giurisprudenza non si mostra interessata al dibattito teorico ed è incline – sia pur discorrendo, talvolta, di “incapacità” del prestatore d'opera non iscritto – a definire illecita la prestazione d'opera professionale *ex artt.* 1418 e 2229 c.c.

<sup>83</sup> Puntualizza G. MUSOLINO, *o.c.*, p. 958, nota 1, che l'opera intellettuale assume carattere professionale – anche ai fini dell'applicabilità della tariffe per il calcolo del relativo compenso – in presenza di requisiti oggettivi (natura tecnica ed esclusiva dell'opera o quanto meno, collegamento dell'attività non tecnica richiesta dal cliente con prestazioni aventi invece tale carattere) e soggettivi (iscrizione del prestatore d'opera in un albo professionale; ma v., *retro*, nota 82).

ca affidare soltanto a persone particolarmente qualificate lo svolgimento di attività riguardanti la tutela di beni primari o di interessi sovraordinati della collettività (come ad es. la salute). Non a caso i contesti nei quali nascono le principali dispute – e trova più ampio richiamo la normativa in esame – attengono, in special modo, all'esercizio delle professioni sanitarie: notevoli le decisioni riguardanti la figura degli odontotecnici che effettuano prestazioni riservate agli iscritti negli albi professionali dei medici chirurghi e odontoiatri<sup>84</sup>; casi di esercizio abusivo sussistono anche con riguardo all'attività dell'ottico nei confronti del medico oculista<sup>85</sup>; non meno infrequenti le ipotesi in cui un medico esegua analisi chimiche alle quali però non è per nulla abilitato, essendo questa attività attribuita ai chimici<sup>86</sup>.

Questioni di rilievo sono presenti anche in altri ambiti: si pensi alle pratiche svolte da geometri per attività assegnate per legge ad ingegneri e architetti<sup>87</sup>, o alle dispute sorte in tema di competenza tra i due or-

<sup>84</sup> Cass., 16 ottobre 1995, n. 10769, cit., p. 66 ss., ove è ribadito che «la progettazione, preparazione e collocazione nel cavo orale della cliente di una protesi dentaria» implicano l'esecuzione di «operazioni e manovre espressamente vietate agli odontotecnici» dall'art. 11 del r.d. 31 maggio 1928, n. 1334, perché «riservate agli esercenti la professione sanitaria iscritti negli albi professionali dei medici-chirurghi e degli odontoiatri»; Pret. Torino, 16 dicembre 1986, in *Giur. it.*, 1987, I, 2, c. 458, con osservazioni di A.M. Marchio.

<sup>85</sup> Cass. pen., 3 dicembre 1984, in *Riv. it. med. leg.*, 1985, p. 617 ss. (ove è stabilito che incorre nel reato di esercizio abusivo di una professione l'ottico che prescrive lenti correttive di difetti diversi dalla miopia o presbiopia); v., più ampiamente, G. MUSOLINO, *Le competenze e l'esercizio abusivo nelle professioni sanitarie e bio-chimiche*, in N. ASSINI e G. MUSOLINO, *Esercizio delle professioni intellettuali. Competenze ed abusi*, Padova, 1994, p. 128 s.; P. PECORI, *Applicazione di lenti c.d. «a contatto» da parte dell'ottico e violazione dell'art. 348, c.p.*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 352 ss.

<sup>86</sup> Cass. pen., 23 ottobre 1985, in *Foro it.*, 1985, II, c. 529 ss., ove è stabilito che il medico non può compiere analisi chimiche di alcun genere, rispondendo – qualora sconfitti dalle proprie competenze e a condizione che sia accertato il dolo – nel reato di esercizio abusivo della professione di chimico analista. Sulla distinzione delle competenze riservate al biologo, al chimico ed al medico cfr. Corte cost., 26 gennaio 1990, n. 29, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, c. 1342, con nota di G. FERRARI, *Sulla definizione degli ambiti di operatività delle professioni di biologo, chimico e medico*: mentre il biologo e il chimico effettuano, rispettivamente, le analisi biologiche e chimico-cliniche, rientrano nella competenza professionale propria dei medici i prelievi dalla persona e i giudizi diagnostici.

<sup>87</sup> Cass., 9 maggio 2000, n. 5873, in *Riv. giur. edil.*, 2000, I, p. 816 ss., ove si sottolinea che la violazione di norme sui limiti dei poteri del professionista – stabiliti dall'art. 16, r.d. 11 febbraio 1929, n. 274, che consente al geometra la progettazione, la direzione e la vigilanza di costruzioni in cemento armato soltanto in relazione a piccole costruzioni accessorie di natura rurale (mentre, per le costruzioni civili, ogni competenza è riservata, *ex art.*

dini professionali da ultimo richiamati<sup>88</sup>; per le materie economico-contabili si pone il confliggente rapporto tra le competenze del dottore commercialista e del ragioniere<sup>89</sup>; così per il perito agrario che svolga mansioni esclusive dei dottori agrari<sup>90</sup>; non ultima la polemica che avvolge l'attività dell'agente di commercio<sup>91</sup> – sottoposta, nonostante il prevalente

1, r.d. 16 novembre 1939, n. 2229, agli ingegneri ed architetti iscritti all'albo) – determina la nullità del contratto d'opera professionale; Cass., 2 aprile 1997, n. 2861, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Professioni intellettuali*, n. 72; Cass., 15 febbraio 1996, n. 1157, in *Appalti urban. ed.*, 1996, p. 1422 ss.; Cass., 27 luglio 1988, n. 4781, in *Arch. civ.*, 1989, p. 28 ss.; Cass., Sez. II, 22 giugno 1982, 3794, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, c. 223 ss., con note di P. LAMBERTUCCI, *Professionista non iscritto all'albo e esperibilità dell'azione ex art. 2041 c.c.*, e di M. COSTANZA, *In margine all'art. 2231 comma 1, cit.*, p. 2577 ss.; Cass., 28 luglio 1962, n. 2182, in *Giur. it.*, 1965, I, 1, c. 329, con note di C. LEGA, *Ancora in tema di competenza del geometra*, e di E. DI NALLO, *Le prestazioni del professionista non iscritto all'albo*, in *Riv. dir. lav.*, 1964, II, p. 465 ss.; G. PIFFERI, *I limiti della competenza professionale del geometra all'esame della Corte Costituzionale*, in *Amm. it.*, 1983, I, p. 952 ss. V., più ampiamente, G. MORSILLO, *Architetti, ingegneri, geometri: responsabilità civile e penale*, Milano, 1988.

<sup>88</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 febbraio 1990, n. 92, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2748 s.; Tar Molise, 23 maggio 1990, n. 147, in *Trib. amm. reg.*, 1990, I, p. 2751 s.; Tar Marche, 26 luglio 1990, n. 480, *ivi*, p. 3587 ss.

<sup>89</sup> Cass., Sez. II, 11 giugno 2008, n. 15530, in *Corr. trib.*, p. 2123 ss.; Cass., 16 gennaio 1996, n. 305, in *Rep. Foro it.*, 1996, voce *Professioni intellettuali*, n. 119, ove si riconosce che l'attività di consulenza, di elaborazione e stampa di dichiarazioni tributarie, con indagini in tema di bilancio, di conti e di ogni documento contabile aziendale, rientra tra le attività professionali esclusivamente riservate agli iscritti nell'albo dei ragionieri (ai sensi dell'art. 1, lett. c, del d.P.R. n. 1068 del 1953); Trib. Milano, 16 maggio 1991, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, c. 737 ss., con nota di P. MONTALENTI, *Professioni intellettuali e prestazioni riservate: la contabilità aziendale*; Pret. Verona, 13 novembre 1991, in *Giust. civ.*, 1992, I, p. 1621 ss., con nota di F. MARINELLI, *Dottori commercialisti, ragionieri ed abusivi*; Cass., 29 gennaio 1988, n. 828, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Professioni intellettuali*, nn. 47-48; Cass., 27 giugno 1975, n. 2526, in *Giur. it.*, 1976, I, 1, p. 774 ss., con nota di C. LEGA, *Questioni in tema di competenza dei dottori commercialisti*; Cass., 5 febbraio 1971, n. 306, in *Giur. it.*, 1972, I, 1, p. 621. Per quanto attiene, invece, alle mansioni dei consulenti del lavoro, legittimamente esercitate anche da professionisti diversi, cfr. Trib. Parma, 3 febbraio 1990, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2163 ss.

<sup>90</sup> V. Trib. Napoli, 28 giugno 1980, in *Giur. agr. it.*, 1982, p. 566 ss., con nota di R. FERRARO, *Insussistenza del diritto al compenso dei dottori in agraria per la stima dei terreni non agricoli oggetto di espropriazione*; Cass., 29 novembre 1976, n. 4508, in *Rep. Foro it.*, 1976, voce *Professioni intellettuali*, n. 81; Cass., 6 novembre 1969, n. 3630, in *Giur. it.*, 1970, I, 1, p. 266.

<sup>91</sup> Ai sensi dell'art. 9, l. 3 marzo 1985, n. 204 (riproduzione dell'art. 9, l. 12 marzo 1968, n. 316), è sancita la nullità dei contratti di agenzia o rappresentanza sottoscritti dagli agenti o rappresentanti di commercio non iscritti al ruolo (la violazione comporta la sanzione amministrativa). Si è discusso lungamente sulle caratteristiche e valore del 'ruolo', se equiparabile agli albi e elenchi di cui all'art. 2231 c.c. Varie le posizioni assunte dalla giurisprudenza: un indirizzo minoritario consente di invocare la conversione del contratto di

carattere pratico e materiale, a meticolosa normativa che appare tutta-

agenzia nullo in un contratto atipico di procacciamento di affari, così attribuendo all'agente non iscritto il compenso per l'opera svolta (Cass., 4 novembre 1994, n. 9063, in *Contratti*, 1995, p. 171 ss., con note di V. FRANCESCHELLI, *L'agente di fatto*, e di F. BOCHICCHIO, *Contratto di agenzia e mancata iscrizione dell'agente nel ruolo dei rappresentanti e degli agenti di commercio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 823 ss.; Pret. Milano, 22 marzo 1995, in *Gius*, 1995, p. 2257 ss.); altro orientamento considera applicabile in via analogica l'art. 2126 e, richiamando la categoria della c.d. parasubordinazione, attribuisce all'agente oltre il diritto alle provvigioni anche le indennità maturate per le prestazioni svolte nel periodo in cui il contratto ha avuto esecuzione (Cass., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2529 ss., con nota di V.A. POSO, *Contratto di agenzia di un soggetto non iscritto all'albo*); altro orientamento ancora precisa che al relativo rapporto non si applicano né l'art. 2126 c.c., in quanto norma eccezionale sancita per il solo lavoro subordinato (l'estensione troverebbe conforto, invece, per i giornalisti, dipendenti subordinati: Cass., 27 maggio 2000, n. 7020, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, p. 227 ss.; v., inoltre, Cass., 16 febbraio 2006, n. 3399, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, p. 548 ss., con nota di T. LARATTA, *Lavoro giornalistico: quali conseguenze in caso di mancata iscrizione all'albo?*, *ivi*, p. 551 ss.), né l'art. 2231 c.c., «perché il ruolo non assurge al valore ed alla caratteristica di uno degli albi o elenchi previsti dalla richiamata disposizione» (la sua funzione, «circoscritta al settore economico, non raggiunge alcuna finalità o funzionalità di carattere sociale e collettivo e non ha rilievo di interesse generale»), ma «i principî generali in tema di prestazioni non dovute di fare» [Cass., Sez. un., 3 aprile 1989, n. 1613, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1420 ss., con note di R. PARDOLESI, *ivi* (il quale sottolinea le promettenti prospettive della citata sentenza che se, da un lato, mette «definitivamente in corto circuito la tesi sull'inesperibilità dell'*actio de in rem verso*», dall'altro, sospinge l'attenzione «sulla possibilità di valersi, anche per le prestazioni di *facere*, della disciplina dell'indebito». Accoglie quest'ultima prospettata tesi Pret. Ancona, 24 ottobre 1989, in *Nuovo dir.*, 1990, p. 785 ss.); M. PERASSI, *Ancora le sezioni unite sull'agente di commercio «abusivo»*, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 1487 ss.; G. MANNACCIO, *Quali speranze per l'agente abusivo?*, in *Dir. prat. lav.*, 1989, p. 1348 ss.; P. MORMILE in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, I, p. 7 ss.; A. GIOVATI, *L'agente abusivo nuovamente al vaglio delle sezioni unite della Corte di cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1990, p. 98 ss.; A. FORMIGGINI, *I diritti dell'agente non iscritto: penultima parola delle sezioni unite?*, in *Riv. trim.*, 1990, p. 291 ss.; N. DI MAURO, *La Cassazione e l'agente c.d. abusivo*, in *Rass. dir. civ.*, 1991, p. 204 ss.; in senso conforme, Cass., 12 dicembre 1990, n. 11814, in *Rep. Foro it.*, 1990, voce *Agenzia*, n. 20]; incline all'ammissibilità della sola azione ex art. 2041 c.c., giacché la ripetizione di indebito si applicherebbe esclusivamente alle prestazioni non dovute di «dare»: Cass., 19 agosto 1992, n. 9675, cit., con note di A. D'AMORE, *Nullità del contratto di agenzia per mancata iscrizione nell'albo e strumenti di tutela dell'agente per l'opera prestata*, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 1584 ss., e R. PARDOLESI, *Recondite (dis)armonie: appunti (e dubbi)*, in *chiave comparativa*, sulla nuova disciplina del contratto d'agenzia, in *Foro it.*, 1993, I, c. 428 ss., e spec. p. 434, che, precursore della «tormentata parabola dell'agente abusivo» (v., *infra*, nota successiva), pone lucidamente in risalto la «schizofrenia» in forza della quale il requisito dell'iscrizione varrebbe per chi opera nel territorio dello Stato ma non per colui che esercita l'attività al di fuori delle frontiere, «col paradossale finale di postulare, in caso di agente operante in parte in Italia e in parte all'estero, la nullità parziale del contratto, riferita, s'intende, al ver-

via superata da una fiorente evoluzione giurisprudenziale<sup>92</sup> – e del

sante “municipale”» (per l’esperibilità dell’azione di ingiustificato arricchimento già: Pret. Torino, 22 dicembre 1976, in *Giur. merito*, 1977, I, p. 1029 ss., con nota di G. CONRADO, *L’azione di ingiustificato arricchimento dell’agente non iscritto all’albo, nel quadro della normativa della legge 12 marzo 1968 n. 316*; Trib. Napoli, 15 dicembre 1979, *ivi*, 1980, I, p. 532 ss., con nota critica di G. VIDIRI, *Agente non iscritto al ruolo e diritto alle provvigioni*).

<sup>92</sup> La disciplina del contratto di agenzia ha subito modifiche in séguito all’emanazione della direttiva 653/86/CE, recepita con d.lgs., 10 settembre 1991, n. 303 [cfr., in particolare, Corte giust. CE, 30 aprile 1998, C-215, *Bellone c. Yokohama*, in *Foro it.*, 1998, IV, c. 193 (con note di: R. Pardolesi, *ivi*; S. BASTIANON, *L’agente «abusivo» e il diritto comunitario*, in *Resp. civ. prev.*, 1998, p. 1340 ss.; M. CONDINANZI, *Agenti di commercio italiani e direttive comunitarie*, in *Contr. impr. Europa*, 1998, p. 871 ss.; M. LUZZANA, *La Corte di giustizia fa piazza pulita della giurisprudenza sull’agente abusivo*, in *Orient. giur. lav.*, 1998, III, p. 58 ss.; F. BORTOLOTTI, *Inapplicabilità del principio della nullità dei contratti con agenti non iscritti nell’apposito ruolo per contrasto con la direttiva 86/653/Cee*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 756 ss.; G. MANCIACIO e R. NUNIN, *Giustizia (comunitaria) per l’«agente abusivo»*, in *Lav. giur.*, 1998, p. 841 ss.; R. BALDI, *La sentenza della Corte UE ed il ruolo degli agenti di commercio*, in *Contratti*, 1999, p. 88 ss.) e Corte giust. CE, 13 luglio 2000, C-456, *Centrosteel c. Adipol GmbH*, in *Foro it.*, 2001, IV, c. 26 ss. (con nota di P. SIMONE, *Mancata iscrizione dell’agente nel ruolo e primato del diritto comunitario*, in *Contratti*, 2001, p. 93 ss.), ove è riconosciuto che la citata direttiva osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all’iscrizione dell’agente di commercio in un apposito albo] e – dopo che la Commissione europea ha avviato una procedura di infrazione a carico dell’Italia, reputando insufficiente il recepimento della stessa, ad opera del – d.lgs., 15 febbraio 1999, n. 65 (per un primo commento v. R. BALDI, *Le novità nel contratto di agenzia per l’adeguamento alla direttiva Cee*, in *Contratti*, 1999, p. 505 ss.). Sì che, la normativa comunitaria – volta ad assicurare un assetto concorrenziale corretto e non falsato da misure statali idonee a creare disparità di trattamento e restrizioni alla libertà di stabilimento – pur lasciando agli Stati membri la facoltà di imporre il requisito della forma scritta, muove dal principio fondamentale secondo il quale il contratto di agenzia non è soggetto ad alcuna forma e non è invalido se stipulato da un agente non iscritto in uno specifico elenco. La disposizione che prevede l’obbligo dell’iscrizione al ruolo ai fini della validità del contratto di agenzia deve ritenersi, dunque, «disapplicata» perché in contrasto con la menzionata direttiva (così, Cass., 18 maggio 1999, n. 4817, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2542 ss., con nota di A. Palmieri; R. SCORCELLI, *Un caso di applicazione diretta delle direttive comunitarie e la fine del cd. «agente abusivo»*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1999, p. 620 ss.; G. FAVA, *Mancata iscrizione al ruolo e validità del contratto di agenzia*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, p. 823 ss.; L. VALENTE, *Agente abusivo e Corte di giustizia Ce: un esempio di integrazione positiva tra diritto comunitario e diritto nazionale*, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, p. 95 ss.); «la validità» di tale contratto «non può essere subordinata all’iscrizione dell’agente nel relativo albo» (Cass., 17 aprile 2002, n. 5505, in *Giur. comm.*, 2003, II, p. 467 ss., con note di T. LOMONACO, *L’iscrizione dell’agente di commercio nello specifico ruolo previsto dalla l. n. 204 del 1985, alla luce della direttiva n. 86/653/CEE*, e di M. Caputi, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2709 ss., il quale sottolinea come all’eguale problema del difetto di iscrizione al ruolo professionale vengano date soluzioni antitetiche: «liberté» per l’agente e «[n]on égalité, però, per i mediatori»,

mediatore<sup>93</sup>.

verso i quali è riservato un trattamento deteriore, posto che non possono esercitare l'attività mediatizia quando difetti l'iscrizione nel ruolo degli agenti in affari di mediazione, pena la nullità dei contratti stipulati e relativa inesigibilità assoluta della provvigione: cfr. Pret. Torino, 23 ottobre 1998, *Foro it.*, 1999, I, c. 710 ss., con osservazioni di M. Caputi; Cass., 2 aprile 2002, n. 4635, *ivi*, 2002, I, c. 2710 ss.). (Problematicità che si ampliano con riguardo alle figure del 'broker' e del 'procacciatore d'affari': con riguardo a quest'ultima, Cass., 6 aprile 2000, n. 4327, *ivi*, 2001, I, c. 608 ss., con nota di M. CAPUTI, *Crisi d'identità e diritto: il procacciatore d'affari tra agente e mediatore*).

Sottolinea l'apertura da parte della normativa europea verso una fase influenzata dalla c.d. internazionalizzazione dei servizi, E. CAPOBIANCO, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Napoli, 2007, p. 539, sí che, mentre il legislatore italiano si sofferma sulla nozione di «professionista», in sede comunitaria si predilige il riferimento al «servizio»; analizza il mutamento della disciplina in aderenza al diritto comunitario M. TOMMASINI, *Regole contrattuali e tutela dell'agente di commercio*, Torino, 2002, spec. p. 40 s.; ne ripercorre l'evoluzione storica v. S. SERRAVALLE, *I contratti di intermediazione e la garanzia prestata dall'intermediario*, Napoli, 2004, p. 12 ss.; per una rassegna giurisprudenziale A. ALBANESE, *Il pagamento dell'indebito*, cit., p. 572 ss.

<sup>93</sup> La l. 3 febbraio 1989, n. 39, prevede che il mediatore non iscritto all'albo non ha diritto alla provvigione (art. 6, comma 1); egli subisce una sanzione graduata in base alla sua recidività (così, art. 8: disposizione che sancisce anche l'obbligo per il mediatore «alla restituzione alle parti contraenti delle provvigioni percepite», così eliminando in radice la paleata questione dell'applicabilità dell'art. 2231, comma 1, c.c. alle sole professioni intellettuali 'in senso proprio' oppure anche alle attività che, pur richiedendo l'iscrizione in appositi albi, non sono riconducibili alle professioni intellettuali). Sí che, nessuna provvigione è dovuta al mediatore non iscritto nei ruoli appositi ed alla dichiarata nullità del contratto di mediazione per violazione a norma imperativa consegue l'inesperibilità, da parte del mediatore, dell'azione di arricchimento senza causa [così, Cass., 5 giugno 2007, n. 13184, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Mediazione*, n. 23; Cass., 3 novembre 2000, n. 14381, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Mediazione*, n. 22; Trib. Avellino, 14 febbraio 2001, in *Giur. merito*, 2001, p. 906 ss. (con nota di P. FLAMMIA, *Attività di mediazione e mancata iscrizione all'albo*); la stessa regola è prescritta per il mediatore 'occasionale' (Cass., 5 settembre 2006, n. 19066, in *Dir. e giust.*, 2006, p. 46 ss., con nota di G. BORDOLLI, *Agenti d'affari e mandato a titolo oneroso. Mediatori unilaterali: istruzioni per l'uso*, *ivi*, p. 44 ss.); per i soggetti che svolgono attività di mediazione per i contratti di finanziamento (Cass., 17 maggio 1999, n. 4800, in *Foro it.*, 1999, I, c. 2896 ss., con nota di M. Caputi); e per i mediatori marittimi (Cass., 29 luglio 1983, n. 5238, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Mediazione*, n. 6). Per un'analisi inerente il passaggio tra previgente e nuova disciplina in tema di iscrizione al ruolo del mediatore v. Cass., 18 marzo 2005, n. 5953, in *Foro it.*, 2006, I, c. 541 ss.]. V., piú ampiamente, P. RESCIGNO, *Note a margine dell'ultima legge sulla mediazione*, cit., p. 243 ss.

Si osserva, tuttavia, che tale tipo di protezionismo stride con l'orientamento comunitario già espresso con riguardo al ruolo agenziale (*retro*, nota 92): «la l. 39/89 è ancora esemplarmente una disciplina che introduce incompatibilità non necessarie ai fini perseguiti e determina un'ingiustificata restrizione dell'attività», così come denunciato all'Autorità garante della concorrenza e del mercato (v. *Norme limitative e distorsive della concor-*

È in tali àmbiti che occorre vagliare l'operato dei giudici, verificando se l'atteggiamento di chiusura – precedentemente accennato – verso le pretese del professionista sia accompagnato da altrettanta ostilità verso le esigenze della controparte contrattuale (che, comunque, prende parte al contratto illecito) o se, invece, il presunto cliente goda di un privilegio che nessuna norma proclama di attribuirgli, frutto di quella silente «restrizione della irripetibilità», in tal caso *relativa*, operata dalla prassi.

### **7. La perdita della prestazione del professionista abusivo quale riflesso della sanzione penale?**

Le decisioni prospettate in sede giurisprudenziale seguono, quasi tutte, il seguente *iter* argomentativo: il contratto stipulato dal professionista abusivo non produce effetti; dall'asserita nullità insanabile è fatta discendere non soltanto la mancata azionabilità di ogni pretesa del professionista, ma anche il divieto di trattenere quanto eventualmente ricevuto a titolo di compenso dal cliente. Di conseguenza: l'*accipiens* ha l'obbligo di restituire<sup>94</sup> ciò che ha indebitamente ricevuto dal *solvens*; il cliente può negare il compenso dinanzi a pretese avanzate dal professionista e – come a volte deciso – rifiutare anche il pagamento dell'importo da questi richiesto a titolo di rimborso delle spese sostenute per l'adempimento dell'incarico assunto<sup>95</sup>. Si evince chiaramente come, nel primo caso, sia il committente ad avanzare verso il professionista l'azione di ripetizione di in-

*renza*, Segnalazione A.S. 173, 10 maggio 1999, in *Boll.*, 1999, fasc. 17); inoltre, essa «legittima comportamenti fraudolenti da parte di chi si serve del mediatore abusivo» [in questi termini, M. CAPUTI, cit., in *Foro it.*, 2002, I, c. 2712 s., il quale fa presente come «il preponente che – pur sapendo del difetto di iscrizione nel ruolo – comunque profittasse dell'opera del mediatore non iscritto, potrebbe comodamente rifiutarsi di corrispondergli la provvigione, risultandone inequivocabilmente arricchito in danno di chi, comunque, ha svolto un'opera efficace nei suoi confronti». Sí che il «rigore giurisprudenziale» legittimerebbe, in tal caso, «comportamenti fraudolenti nel segno della *ratio* di impedirne altri»; il tutto allontanando «il nostro ordinamento (...) dal panorama europeo, incline, piuttosto, a favorire la libertà di concorrenza].

<sup>94</sup> Osserva come si discorre sempre di «ripetizione» e di «diritto di ripetere» con riferimento alla tutela del *solvens*; di «restituzione» e di «obbligo di restituire» con riferimento all'*accipiens*, P. RESCIGNO, *Ripetizione dell'indebito*, cit., p. 1224.

<sup>95</sup> Così, Cass., 13 febbraio 1976, n. 476, in *Riv. dir. lav.*, 1977, II, p. 135; Cass., 7 giugno 1960, n. 1490, in *Rep. Foro it.*, 1960, voce *Professioni intellettuali*, nn. 20-21.

debito *ex art.* 2033, quasi sempre accolta in giudizio; nel secondo, là dove ad agire sia il professionista, la pretesa avanzata con la richiesta di ingiustificato arricchimento *ex art.* 2041 è, nella maggior parte dei casi, ostacolata o vietata. Non par dubbio che le conclusioni così formulate, negando qualsiasi mezzo di tutela a favore del professionista, non valutano – o, pur valutando, non intendono eliminare – lo squilibrio patrimoniale verificatosi con pregiudizio del solo prestatore d'opera.

I motivi di tale avversione sono spesso giustificati quale riflesso della repressione di una condotta già sancita in campo penale: l'art. 348 c.p. qualifica, infatti, come reato l'esercizio abusivo della professione intellettuale (e per esso commina la pena della multa e, nei casi di maggiore gravità, l'arresto)<sup>96</sup>; da ciò troverebbe conforto quell'atteggiamento di chiusura verso chi, con la sua condotta, oltre a violare una norma imperativa determinando l'invalidità contrattuale, si è reso anche reo, perseguibile penalmente.

Il richiamo a tale quadro normativo sembra tralasciare un aspetto di assoluto rilievo: la norma penale e quella civile non hanno il medesimo ambito applicativo. Difatti, la prima si applica nei casi in cui l'esercizio professionale sia svolto in assenza della relativa abilitazione<sup>97</sup>; la norma civile, invece, trova attuazione quando l'esercizio professionale sia svolto omettendo la previa iscrizione all'albo<sup>98</sup>. Se vero è che il conse-

<sup>96</sup> Cfr., più ampiamente, B. PANNAIN, *Brevi note sull'esercizio abusivo della professione*, in *Arch. pen.*, 1964, II, p. 434 ss.; M. CICALA, *Legislazione circa le costruzioni in cemento armato e ordine professionale degli ingegneri*, in *Giur. merito*, 1977, p. 137 ss.; E. CONTIERI, *Esercizio abusivo di professioni, arti o mestieri*, in *Enc. dir.*, XV, Milano, 1966, p. 606 ss.

<sup>97</sup> Così per chi esercita l'attività di insegnante di *snowboard* senza conseguire l'abilitazione prevista per i maestri di sci (Trib. Trento, 21 marzo 2002).

<sup>98</sup> Così, M.A. CIOCIA, *L'obbligazione naturale. Evoluzione normativa e prassi giurisprudenziale*, Milano, 2000, p. 157, la quale – puntualizzando che le due fattispecie contemplate da norma penale e civile hanno ad oggetto ipotesi diverse – pone ad es. il frequente caso del laureato in economia e commercio che si fregia del titolo di dottore commercialista senza aver conseguito l'abilitazione all'esercizio della professione e senza essersi iscritto al relativo albo; sottolinea l'importanza di distinguere tra «mancanza di abilitazione» e «mera mancanza di iscrizione all'albo» anche A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit., p. 239. Sulla scelta di considerare quali «atti separati» l'abilitazione (ristretta alla «valutazione dell'idoneità tecnica») e l'iscrizione nell'albo (prescritta «a protezione di eterogenei interessi pubblici») già E. CONTIERI, *o.c.*, p. 608, il quale, tuttavia, prospetta la configurabilità del reato *ex art.* 348 c.p. anche per l'abilitato non iscritto; v., inoltre, N. MAZZACUVA e G. PAPPALARDO, *Mancata iscrizione all'albo da parte del medico ed esercizio abusivo della professione*, in *Temi*, 1977, p. 163 ss. (nota a Cass., Sez. IV, 20 ottobre 1973, n. 183).

guimento dell'abilitazione mediante esame di Stato è presupposto per l'iscrizione all'albo, ciò non implica necessariamente che l'abilitato sia sempre iscritto. Sì che, il comportamento di chi esegue la prestazione in assenza di abilitazione è più grave di chi, una volta conseguita l'abilitazione (ove imposta, ovvero di là dal conseguire la stessa, per le professioni per le quali non è sancita) esercita la professione senza l'iscrizione all'albo. Soltanto nel primo caso si configura l'ipotesi di reato (e, dunque, le prestazioni rese al soggetto non abilitato sono «ripetibili»)<sup>99</sup>. Alla posizione del professionista non iscritto – sicuramente deplorabile dal punto di vista deontologico – resta riservata la sola prescrizione civile della *denegatio actionis* per l'attività professionale irregolarmente posta in essere. In altre parole: esiste il dovere giuridico di non esercitare abusivamente la professione; tale situazione giuridica è alla base sia della sanzione penale (pubblica pena) che di quella civile (privazione dell'azione diretta ad ottenere la retribuzione dell'opera prestata). Ma nell'uno e nell'altro caso le conseguenze ora indicate operano con risvolti dissimili.

#### **8. Inazionabilità della pretesa vs. soluti retentio del compenso spontaneamente pagato. La reazione contro gli spostamenti patrimoniali "ingiustificati"**

È bene ripercorrere, sinteticamente, alla luce delle soluzioni giurisprudenziali offerte – e delle precisazioni rese distinguendo la fattispecie civile da quella sottoposta alla disciplina penale (le conclusioni inerenti la quale sono state di già in breve accennate) – le posizioni che hanno inteso mitigare il palese divario fra trattamento riservato al prestatore d'opera e quello riconosciuto al cliente; ciò faciliterà le successive deduzioni.

Una prima strategia argomentativa plasmata a favore del professionista è quella di considerare il corrispettivo versato dal cliente quale adempimento di un obbligo morale. L'art. 2231 c.c. nega l'azione ma non

<sup>99</sup> Come espressamente indicato all'art. 185, comma 1, c.p. («ogni reato obbliga alle restituzioni, a norma delle leggi civili») e salvo che la legge non imponga la confisca (v., *retro*, nota 41). Cfr. M.A. CIOCIA, *o.c.*, p. 158, per la quale soltanto in tal caso la fattispecie sarebbe illecita; dello stesso avviso A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 230, che così puntualizza: soltanto in caso di violazione della norma penale le prestazioni «sono nulle per illiceità e ripetibili»; diversamente, «la nullità che affetta le prestazioni del secondo tipo non è connotata da illiceità, ed è dunque soggetta alla sanzione civilistica della *denegatio actionis*».

obbliga alla restituzione: sí che, il pagamento effettuato nelle mani del professionista abusivo è stato qualificato come adempimento di obbligazione naturale<sup>100</sup>. In altri termini, corrisponderebbe ad un «dettame d'onestà» retribuire la prestazione resa dal prestatore d'opera nei confronti del cliente là dove quest'ultimo, pur conoscendo il «difetto formale», si sia egualmente appagato della «sostanziale capacità del professionista» che ha eseguito «la prestazione come d'obbligo, vale a dire secondo le regole dell'arte e della tecnica»<sup>101</sup>. Il beneficio conseguito dal con-

<sup>100</sup> La tesi è autorevolmente sostenuta da G. OPPO, *Adempimento e liberalità*, Milano, 1947, p. 235 e nota 3, che discorre con riguardo all'art. 2231 di «nuova e non dubbia ipotesi di obbligazione naturale»; F. CARRESI, *L'obbligazione naturale nella piú recente letteratura giuridica italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 589, e A. DE CUPIS, *Irrilevanza di atti e sanzioni di diritto pubblico nella sfera del diritto privato*, in *Foro it.*, 1951, IV, spec. c. 150 s. (dei quali v. anche le opere citate alle note 101-102). V., inoltre, A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, 2ª ed., Milano, 1949, p. 261; P. ORENGO, *In tema di prestazione d'opera professionale del professionista non iscritto all'albo*, in *Foro pad.*, 1957, II, p. 13; discorre di violazione di un dovere morale sociale recepito dal legislatore nella regolamentazione delle attività professionali, F. CORRADO, *Prestazioni lavorative di professionista non iscritto all'albo*, in *Econ. e dir.*, 1960, I, p. 87; favorevole anche G. CONRADO, *L'azione di ingiustificato arricchimento dell'agente non iscritto all'albo*, cit., p. 1033, per il quale il preponente che abbia «spontaneamente pagato all'agente non iscritto» le pattuite provvigioni per gli affari conclusi «non può ripetere quanto pagato, trattandosi di ipotesi di adempimento di c.d. obbligazione naturale».

Ritiene non sussistere tale configurazione E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 366, il quale nega apertamente il richiamo all'obbligazione naturale in caso di compenso corrisposto al professionista radiato dall'albo a séguito di determinati reati professionali (p. 379): v., inoltre, ID., *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 326 s. [ove sottolinea che alla «base dell'irripetibilità dell'adempimento di un'obbligazione naturale» deve esservi «una valutazione di merito del dovere morale o sociale da parte dell'ordinamento statale»; in altri termini, la *soluti retentio* «non può dipendere solo da una mancanza di contrasto con le direttive dell'ordinamento, ma occorre anche che il dovere morale o sociale sia ritenuto causa sufficiente dell'attribuzione, che si realizza attraverso l'adempimento» (al riguardo inoltre cfr. P. PERLINGIERI, *Le vicende dell'obbligazione naturale*, cit., p. 363). Soltanto in questo caso «il dovere morale o sociale diviene obbligazione naturale»; sí che il «pagamento di un'obbligazione naturale non è un pagamento dell'indebito». Riconosce che là dove ricorre l'applicazione dell'art. 348 c.p. non può esservi un dovere morale o sociale di retribuire un'attività penalmente illecita anche G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., p. 31 s.]. Si ipotizza, tuttavia, la presenza dell'obbligazione naturale là dove «il professionista abbia prestato la sua attività in caso di urgenza», difettando in tale evenienza l'illiceità: E. MOSCATI, *Obbligazioni naturali*, cit., p. 379, nota 190; cosí già Salv. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, 2ª ed., Firenze, 1953, p. 63, il quale porta ad esempio il caso «di levatrici non abilitate o pratici non veterinari».

<sup>101</sup> Cosí, A. DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, cit., p. 180 s., il quale critica la posizione di chi attribuisce, invece,

traente creditore farebbe, dunque, sorgere a carico di quest'ultimo un dovere, anche se soltanto morale e non giuridicamente imposto, di versare alla controparte il corrispettivo pattuito. Non va dimenticato, infatti, che se, da un lato, il contratto stipulato dal professionista abusivo non attribuisce azione a quest'ultimo, dall'altro, produce a suo carico tutti gli obblighi, come se fosse regolarmente iscritto<sup>102</sup>: autorevolmente si è sostenuto che il contratto *de quo* sorgerebbe sí, ma «soltanto *ex uno latere*»<sup>103</sup> e cioè da quello del professionista. Sí che, questa situazione di riservata tutela giuridica e di esclusivo vantaggio del cliente deve trovare un equo corrispettivo nell'obbligazione naturale; all'antigiuridicità dell'opera del professionista non iscritto all'albo prevale l'ipotetico dovere etico di retribuire l'opera della quale, in ogni caso, ci si è avvalsi<sup>104</sup>.

Del resto – si osserva – a tutela degli interessi della generalità il legislatore ha già predisposto la 'sanzione' civile (ossia il divieto legale consistente nella negazione dell'azione giudiziaria al professionista); un'«interpretazione estensiva è fuori dallo spirito della legge»<sup>105</sup> e non ponde-

alla valutazione compiuta dal legislatore penale una portata assolutamente esorbitante (v., al riguardo, A. MELFI, *Sulla nullità del contratto d'opera per difetto di titolo professionale*, in *Riv. dir. lav.*, 1952, I, p. 259 ss.), e sottolinea come l'invalidità derivi, in tal caso, «unicamente dal difetto formale» della non iscrizione del professionista all'albo.

<sup>102</sup> Cfr., piú ampiamente, F. CARRESI, *Introduzione a uno studio sistematico degli oneri e degli obblighi delle parti*, cit., p. 834 [il quale esamina l'ipotesi nella quale il professionista celi al cliente la mancanza dell'iscrizione all'albo: il contratto così stipulato tra professionista e cliente – ignaro di tale circostanza – è invalido «non per la reticenza commessa dal professionista» (che rilevarebbe soltanto ai fini della responsabilità, costituendo fatto illecito rilevante ai sensi dell'art. 1338 c.c.), ma per la «ragione assorbente che chi non è iscritto nell'albo non ha la capacità di compiere determinati atti»]; dedicano particolare attenzione al profilo della responsabilità del professionista non iscritto G. MUSOLINO, *Il «monopolio» del professionista*, cit., p. 964 ss.; A. ALBANESE, *I contratti conclusi con professionisti non iscritti all'albo*, cit., p. 238 ss., § 4.

<sup>103</sup> Così, F. CARRESI, *o.u.c.*, p. 833, il quale discorre di «contratto [che] potrebbe quindi definirsi *claudicante*».

<sup>104</sup> M.A. CIOCIA, *o.c.*, p. 156. Favorevole a tale soluzione Pret. Torino, 16 marzo 1996, in *Gius.*, 1996, p. 1544: «il pagamento di provvigioni, effettuato in esecuzione di un contratto di agenzia nullo per difetto di iscrizione all'albo dell'agente, configura un adempimento di obbligazione naturale, con conseguente irripetibilità delle somme spontaneamente pagate»; Trib. Firenze, 28 novembre 1986, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 683 ss., con nota di V.A. POSO, *Sulla configurabilità del contratto di agenzia concluso da soggetto non iscritto al ruolo in termini di obbligazione naturale*, *ivi*, p. 685 ss.

<sup>105</sup> In questi termini, A. DE CUPIS, *Sull'obbligazione naturale di retribuire la prestazione del professionista non iscritto all'albo*, cit., p. 182; criticamente, F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni*

ra adeguatamente quella coesistenza di obblighi ai quali si è fatto cenno. Inoltre, si tratterebbe pur sempre di una fattispecie *ridotta* (e non *elevata*) ad obbligazione naturale, ove traspare lo «sfavore» della legge per la fattispecie concreta «attraverso la sottrazione di effetti che essa avrebbe potuto produrre»<sup>106</sup>.

Sí che resterebbe al cliente la scelta di esser libero di pagare o non pagare l'onorario, unica essendo in ambito civilistico la 'sanzione' costituita dalla negata azione per il prestatore d'opera intellettuale<sup>107</sup>.

A tale orientamento, contestabile per gli esiti iniqui ai quali perviene<sup>108</sup>, si contrappone la soluzione volta ad 'obbligare' il cliente a corrispondere quanto indebitamente percepito, essendosi egli avvantaggiato di una prestazione non dovuta<sup>109</sup> (prestazione di «fare» che andrà quan-

*intellettuali*, cit., p. 24, per il quale tale orientamento non considera che oggetto dell'obbligazione naturale «sarebbe il compenso di un'attività penalmente illecita».

<sup>106</sup> In tal senso C. MANZINI, *Sugli spostamenti patrimoniali effettuati in esecuzione di obbligazioni naturali*, in *Contr. impr.*, 1987, p. 910, il quale fa rientrare il «debito verso il professionista non iscritto all'albo» tra le fattispecie che sono state «*ridotte*», e non «*elevate*», ad obbligazioni naturali (corsi originali); sulla questione anche L. NIVARRA, *Obbligazione naturale*, in *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XII, Torino, 1995, p. 388, secondo il quale la *denegatio actionis* rappresenta, diversamente che nelle ipotesi relative all'art. 2034, «il modo attraverso cui l'ordinamento manifesta la sua contrarietà al verificarsi dell'attribuzione»: sí che, lungi dall'istituire il binomio *denegatio actionis-soluti retentio* si intende semplicemente escludere la tutela coercitiva della pretesa.

Pone in luce, di recente, questo «caso controverso di obbligazione naturale» M.A. CIOCIA, *o.c.*, p. 155; si sofferma ad analizzare come la *soluti retentio* possa valere per ogni operatore professionale soggetto ad iscrizione negli appositi albi o ruoli, con eccezione del mediatore (per il quale tale scelta è espressamente esclusa dall'art. 8, comma 1, l. 39/1989: *v. retro*, nota 93) F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 2, Padova, 2004, pp. 97 e 483.

<sup>107</sup> Val la pena ricordare come, nella disciplina tedesca (§ 814 BGB), sia prevista (quale sanatoria dell'atto invalido) l'irripetibilità del pagamento dell'indebito svolto nella consapevolezza dell'inesistenza dell'obbligo – a causa della nullità (formale) del contratto – o in esecuzione ad un dovere morale [per un'analisi v. U. BRECCIA, *La forma*, in C. GRANELLI (a cura di), *I. Formazione*, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006, p. 711; R. SACCO, *La forma*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, I, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, 3ª ed., Torino, 2004, p. 711].

<sup>108</sup> Cfr., piú ampiamente, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 709 s., il quale fa presente, inoltre, il necessario «vaglio di meritevolezza ex art. 1322» al quale dovrebbe essere sottoposto tale dovere morale.

<sup>109</sup> Ciò anche al di là dell'ipotesi in cui il cliente si sia rivolto intenzionalmente al professionista non iscritto o radiato, ben sapendo, in tal modo, di non essere tenuto a retribuirlo per l'opera prestata [fa cenno a tale eventualità, ponendo il dubbio se si versi in una situazione di immoralità E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 326].

tificata per equivalente) ovvero – come di frequente avviene – ad attribuire al professionista l'esperibilità del rimedio dell'ingiustificato arricchimento<sup>110</sup>: la pretesa del *solvens*, in effetti, non presentando alcuna relazione con il rapporto negoziale (il conflitto di interessi tra *solvens* e *accipiens* scaturirebbe dalla *acceptio*, indipendentemente dalla illiceità contrattuale), si limiterebbe semplicemente a reagire contro spostamenti patrimoniali ingiustificati. Non va dimenticato, infatti, – come già illustrato<sup>111</sup> – che «l'illiceità non esclude l'effetto restitutorio»<sup>112</sup>.

### 9. Il binomio «diritto di ripetere» / «obbligo di restituire» dinanzi alla nullità del contratto d'opera intellettuale

Premessa comune alle prospettate soluzioni è quella della previa esecuzione della prestazione di «fare»<sup>113</sup>: il professionista non può esigere il compenso, o una sua parte, là dove non abbia ancora reso la prestazione professionale. Dalla natura di tale contratto che vuole, dunque, la prestazione eseguita prima del pagamento del compenso, emerge – qualora sia condivisa la prevalente tesi restrittiva – un primo indizio a sfavore del professionista: la dichiarata invalidità *ex art. 1418* (in combinato disposto con l'art. 2229 c.c.) inficia il contratto, così impedendo al prestatore d'opera intellettuale di trattenere il compenso ovvero di avanzare una tale richiesta dinanzi all'attività che, comunque, sia stata già eseguita. La nullità del contratto implicherebbe, in tale contesto, l'irripetibilità dell'opera resa. Ma la funzione della nullità è ben diversa da quella della restituzione<sup>114</sup>. La nul-

<sup>110</sup> Favorevoli a tale soluzione: Salv. ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*, cit., p. 63, che propende per tale scelta, sia pur con perplessità, là dove la prestazione di fare sia stata eseguita con urgenza; G. CATTANEO, *La responsabilità del professionista*, cit., pp. 31-33, che limita tale azione ai casi in cui il cliente ottenga un risultato utile (in tal caso l'obbligazione non avrebbe più origine nel contratto illecito, bensì nel fatto obiettivo del vantaggio ottenuto dal cliente e del danno subito da chi ha speso tempo ed energie senza corrispettivo). In giurisprudenza cfr. le decisioni richiamate in nota 91.

<sup>111</sup> V., *retro*, § 5.

<sup>112</sup> D. MAFFEIS, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, cit., p. 138.

<sup>113</sup> L'osservazione è di C. LEGA, *Nullità del contratto d'opera del professionista non iscritto all'albo competente*, in *Temi*, 1959, p. 551 s.

<sup>114</sup> Osserva che la ripetizione di indebito non è predisposta dall'ordinamento quale azione restitutoria diretta a rimuovere gli effetti di un atto traslativo nullo o retroattivamente caducato, in quanto ha la funzione di reagire ad un difetto di «giusta causa» del-

lità ristabilisce tra i 'contraenti' l'indifferenza reciproca che precedeva il contratto; «toglie al fatto (apparentemente negoziale) il valore normativo»<sup>115</sup>. La ripetizione ha quale finalità il riequilibrio dei patrimoni; determina il venir meno degli spostamenti patrimoniali privi di una giustificazione meritevole di tutela; incide – come sagacemente osservato – sullo «scambio», non sulla «regola»<sup>116</sup>. Si può ammettere, dunque, che «la nullità del contratto possa rappresentare per la parte che se ne giova una giusta causa d'acquisto senza alcuna contropartita?»<sup>117</sup>.

L'attribuzione patrimoniale, intendendo con tale espressione «quella stessa correlazione che sul piano economico sociale corrisponde al rapporto tra gli effetti giuridici, verificatisi nelle rispettive sfere patrimoniali senza alcun riguardo alle fattispecie negoziali che li hanno prodotti», P. BARCELLONA, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, pp. 11 ss. e 179; v., inoltre, V. ARGIROFFI, *La ripetizione dell'indebito. Note critiche*, in *Econ. e cred.*, 1974, p. 567 ss., e ID., *Ripetizione di cosa determinata e acquisto «a domino» della proprietà*, Milano, 1980, p. 167 ss. Si soffermano ad analizzare le difficoltà di coordinamento tra le discipline dell'invalidità e della ripetizione A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di caducazione contrattuale e ripetizione di indebito*, cit., p. 177 ss.; U. BRECCIA, *Indebito (ripetizione dell')*, cit., § 2.2; P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 151 ss.; A. ALBANESE, *L'indebito oggettivo nell'evoluzione giurisprudenziale*, in *Corr. giur.*, 2004, spec. p. 1375 ss. Ribadisce, di recente, che l'obbligazione restitutoria ha un «fondamento "autoreferenziale" rispetto al contratto e al fatto illecito» E. MOSCATI, *Verso il recupero dei «quasi-contratti»?*, cit., p. 557 s. [per il quale v. già ID., *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., pp. 151-155]: nel nostro sistema si assiste ad una netta distinzione tra i «mezzi di impugnazione del contratto» ed i «mezzi di recupero della prestazione»; gli uni hanno la funzione prodromica di «eliminare gli effetti giuridici già prodotti, cancellando il contratto»; gli altri incidono «sulle conseguenze di fatto dell'esecuzione»; cfr., inoltre, ID., *Ripetizione dell'indebito e azioni restitutorie*, in L. VACCA (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, 2005, p. 209 ss. e ID., *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, p. 435 ss.

<sup>115</sup> Come pone in luce P. FEMIA, *Classificare il divenire: autonomia cognitiva del contratto e plusvalore politico dello scambio*, inedito, nota 243 del dattiloscritto [in parte confluito con il differente titolo: *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. GITTI e G. VILLA, *Il terzo contratto. L'abuso di potere contrattuale nei rapporti tra imprese*, Bologna, 2008, pp. 265-299], il quale descrive la nullità come «dispositivo testuale di destituzione semantica, una sorta di gomma per cancellare che agisce sul contratto»; sí che dichiarare la nullità «significa cancellare delle parole valutate nulle: dopo il giudizio di nullità, le parole del testo contrattuale, scritte o pronunciate, non sono piú interpretabili come segni di un significante, ma *meri segni*, segni destituiti di significato» [p. 41, e nota 171, corsivi originali (del dattiloscritto); piú sinteticamente in ID., *Nomenclatura del contratto*, cit., p. 287 s.].

<sup>116</sup> Cosí, P. FEMIA, *Classificare il divenire*, cit., nota 243: in altri termini, la nullità «non deve ristabilire l'ordine economico violato, ma soltanto quello normativo».

<sup>117</sup> A. MUSATTI, *Un progetto svizzero a Premosello*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1001 s.

Per di piú l'orientamento prevalente tralascia di considerare che la prestazione eseguita dal professionista potrebbe avere (o – come frequentemente accade – ha) reso un'utilità, un profitto: negare al prestatore d'opera intellettuale un compenso, ovvero la pretesa restitutoria, significa arricchire ingiustamente il cliente che, comunque, ha beneficiato del trattamento. «Non è detto affatto che il cliente così arricchito sia una vittima da tutelare»<sup>118</sup>, anzi «il sentimento comune» vede «nell'avaro cliente la faccia inequivocabile del profittatore»<sup>119</sup>.

Necessario, allora, cogliere dalle riflessioni precedenti un ausilio per l'analisi condotta. La preclusione della ripetibilità della prestazione – si è detto (*retro*, § 4) – è legislativamente sancita per soli due casi: spontanea esecuzione di un obbligo morale o sociale; esecuzione di un contratto nullo per contrarietà al buon costume. Ove si intenda, dunque, vietare la ripetizione bisognerebbe considerare l'eseguito adempimento quale obbligazione naturale (ipotesi che, pur se autorevolmente avallata, è stata esclusa nel caso di specie). Oltre tale assunto non è dato andare. La prestazione illecita, ma non immorale, residua, infatti, della tutela restitutoria<sup>120</sup>. In altre parole: la *soluti retentio* è dettata per il contratto immorale, sí che rientrano nella previsione dell'art. 2033 c.c. quei contratti che risultano essere vietati ma non suscettibili di immoralità<sup>121</sup>. Negare, dun-

<sup>118</sup> In questi termini P. FEMIA, *o.l.u.c.*

<sup>119</sup> A. MUSATTI, *o.l.u.c.*

<sup>120</sup> Al riguardo, interessante è osservare che sotto la disciplina del codice del 1865, risultano delle pronunce conformi a tale soluzione: v. App. Milano, 22 novembre 1935, in *Rep. Foro it.*, 1936, voce *Professioni liberali*, n. 20, ove è stabilito che l'aver prestato l'opera di architetto senza l'iscrizione nell'albo professionale non esclude che in concreto il lavoro esplicato debba adeguatamente compensarsi e che gli si possa attribuire un compenso commisurato prendendo a base il criterio previsto dalle tariffe in vigore per i professionisti iscritti; Cass., 25 marzo 1933, in *Giur. it.*, 1933, I, 1, c. 898, decisione nella quale è riconosciuto all'ingegnere non iscritto all'albo professionale, ma che possiede i requisiti per tale iscrizione, il diritto al compenso pattuito per l'esecuzione di un progetto di costruzione edilizia a condizione, tuttavia, che ottenga l'iscrizione prima della presentazione del progetto da altro ingegnere già iscritto all'albo.

<sup>121</sup> È quanto riconosce E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 383, il quale sottolinea la difficoltà per l'interprete di distinguere le diverse ipotesi in conseguenza delle molteplici interferenze tra i diversi parametri dell'illiceità, nonché il pericolo di estendere arbitrariamente il giudizio di immoralità ai contratti 'semplicemente' illegali o vietati (l'analisi, dunque, deve essere svolta alla luce del caso concreto: «non giova richiamarsi a categorie o a criteri di valutazione astratti o generici, ma piuttosto è necessario accerta-

que, la restituzione per equivalente al professionista non iscritto all'albo significherebbe – come in maniera alquanto singolare è stato osservato – trattare il prestatore d'opera abusivo «in modo identico al *killer*, allo scafista che traghetta i disperati a pagamento verso le coste dei paesi civili»<sup>122</sup>. In tal modo non si intende operare lo scambio tra «prestazione illegale ed il correlativo compenso»<sup>123</sup>; ciò che rileva non è l'adempimento del *solvens* in forza di un contratto illecito, ma che egli si sia impoverito del valore di mercato della prestazione resa<sup>124</sup>: ha, pertanto, diritto a titolo di restituzione ad una prestazione (per equivalente) conforme al valore economico del servizio e non alla misura del corrispettivo che è stato invalidamente pattuito (così superando le anguste polemiche volte a escludere la ripetizione di un «fare» sulla base di presunte difficoltà – legate alla quantificazione della pretesa del *solvens* – di rimuovere gli effetti dello spostamento patrimoniale ingiustificato)<sup>125</sup>.

re caso per caso se al divieto di legge o alla violazione dell'ordine pubblico si accompagni un'effettiva offesa al buon costume»). Osserva G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in G. VETTORI (a cura di), *Il Regolamento*, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006, pp. 437 e 491, come la contrapposizione illegalità/immoralità mantenga un significato operativo «al di là delle inevitabili aree di incertezza definitoria». Sull'inapplicabilità della regola *ex art.* 2035 alle fattispecie non immorali, ma illecite per contrarietà a norme imperative cfr. A. ALBANESE, *Immoralità, illiceità e soluti retentio*, in *Corr. giur.*, 2005, spec. p. 871 ss.

<sup>122</sup> D. MAFFEIS, *o.c.*, p. 148. Osserva P. FEMIA, *o.u.c.*, nota 243: «[n]on restituire il valore del servizio ben prestato è una specie di *nemo auditur*, ma non troviamo qui alcuna possibilità di applicare analogicamente l'eccezionale esclusione dell'indebito sancita dall'art. 2035 cod. civ.».

<sup>123</sup> Così M. COSTANZA, *In margine all'art. 2231 comma 1*, cit., p. 2577; obiezione già avanzata da P. TRIMARCHI, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 32 (il quale in tal modo respinge la possibilità di esperire l'azione *ex art.* 2041 c.c.): si giungerebbe a legittimare una situazione di scambio tra due 'valori' (prestazione e corrispettivo) del tutto analoga a quella prevista dal contratto (che è invalido); sottolineava, negando il ricorso all'azione di ingiustificato arricchimento, che «la mancata percezione di un compenso, che la legge dichiara non dovuto, non costituisce ingiusta privazione» F. SANTORO PASSARELLI, *Professioni intellettuali*, cit., p. 24.

<sup>124</sup> D. MAFFEIS, *o.c.*, p. 140.

<sup>125</sup> V., più ampiamente, A.M. BRUNI, *Contributo allo studio dei rapporti tra azioni di educazione contrattuale e ripetizione di indebito*, cit., p. 229 ss., la quale apertamente riconosce che la prestazione di «fare» non dovuta, non ripetibile in natura (attraverso l'espletamento di un'uguale attività da parte dell'*accipiens* nella sfera del *solvens*), può esserlo soltanto in via di equivalente pecuniario (fa salva, invece, la possibilità per il *solvens* di richiedere la restituzione in natura, ove sussista un interesse apprezzabile in questo senso, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 119). La soluzione restrittiva – che ammette, invece, per le attività indebitamente rese la sola azione di ingiustificato arricchimento (così per D. CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, cit., p. 398) – «oltre a non essere confor-

## 10. Norma imperativa e prestazione indebita

Dunque: la prestazione del professionista abusivo è oggetto di un

tata dal dato normativo, stante il tenore generale dell'art. 2033, crea notevoli dubbi di ordine sistematico» e genera «disparità di trattamento di situazioni sostanzialmente eguali, in nessun modo giustificabile» (in questi termini A.M. BRUNI, *o.c.*, p. 230). Ne consegue che la questione fondamentale da affrontare è quella inerente la scelta dei criteri di quantificazione della prestazione in termini monetari [v., più ampiamente, U. BRECCIA, *La ripetizione dell'indebito*, cit., p. 459 ss.; E. MOSCATI, *Pagamento dell'indebito* (1981), cit., p. 172 ss.; G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., spec. p. 26]: se quantificare la somma in base al corrispettivo stabilito nel contratto, oppure in riferimento a parametri oggettivi dai quali poter desumere l'effettivo valore della prestazione espletata. La prima soluzione, pur consentendo una pressoché automatica individuazione del valore della *solutio*, non può ritenersi soddisfacente sul piano teorico (in quanto significherebbe attribuire efficacia alla pattuizione dei contraenti ammettendo la 'reviviscenza' del sinallagma contrattuale, dando alle parti il potere di realizzare quell'assetto di interessi che si intendeva vietare); la seconda, invece, svolgendosi in base ad una *aestimatio* di carattere rigorosamente oggettivo, raggugliata al valore reale (commerciale) e non convenzionale della prestazione medesima, consente una più coerente valutazione della ripetibilità (al riguardo, E. MOSCATI, *o.u.c.*, p. 174, ricorda che – essendo l'azione *ex art. 2033* diretta a ripristinare la situazione anteriore all'atto *solutorio* – occorre evitare che «il *solvens* riceva una tutela superiore a quella che gli avrebbe apprestato il contratto valido»; così anche V.M. CAFERRA, *Disciplina dell'indebito e tutela del lavoro*, cit., p. 313, per il quale la somma dovuta, pari al valore oggettivo della prestazione di fare, è contenuta nei limiti della *in rem verso*, sic che «l'arricchimento costituisce solo il limite dell'obbligazione, che trova pur sempre il suo fondamento nella *solutio sine causa*). Osserva C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità* (1994), rist. Milano, 2004, p. 794, che se la ripetizione di una prestazione di *facere* si traduce nella corresponsione di un *quantum* commisurato al valore economico del servizio, ricorrere all'azione *ex art. 2033* o *ex art. 2041 c.c.* non fa alcuna differenza (dato che lo «stesso criterio è adottato di massima per quantificare le pretese da ingiustificato arricchimento derivante da attività altrui»): esse portano «a risultati sostanzialmente coincidenti». Criticamente A. ALBANESE, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, cit., p. 189 s., per il quale l'equiparazione con l'indebito è configurabile soltanto con riguardo alla categoria degli «arricchimenti derivanti dall'iniziativa dell'impovertito» – non per gli arricchimenti derivanti da fatto ingiusto ossia derivanti «da un'iniziativa dell'arricchito» (per una distinzione, *ivi*, p. 201 ss.) –: è in tal caso che «per l'ordinamento ha un senso indirizzare l'attore verso l'azione di ripetizione piuttosto che verso l'azione di arricchimento», perché «è con la prima che l'attore può ottenere il perfetto ripristino dello *status quo ante*» e ristabilire «l'ordine turbato da un pagamento privo di *causa solvendi*».

Va precisato, infine, che se vero è che le due azioni possono condurre a risultati coincidenti [ciò può accadere non soltanto dinanzi alla quantificazione di una prestazione indebita di *facere*, ma anche nell'ipotesi di restituzione determinata di una cosa (ove il legislatore è attento a dettare due discipline separate, *ex artt. 2037* e *2041*, comma 2, c.c.: cfr., più ampiamente, A. ALBANESE, *o.u.c.*, p. 80)], i presupposti per ricorrere all'una o all'altra azione sono differenti (ID., *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall'esperienza*

contratto illecito ripetibile<sup>126</sup>? La risposta affermativa fatica a giungere, forse perché la previsione contraria è suffragata dalla inquieta presenza dell'art. 2231 che – si è accennato – non accorda azione al professionista<sup>127</sup>, tace sulla ripetizione dell'indebito e, da questo dialogante silenzio<sup>128</sup>, pragmaticamente punisce il prestatore d'opera abusivo. Ma perché è ammessa questa tacita estensione della irripetibilità relativa? E, inoltre: se si intende attribuire una «funzione *deterrence*»<sup>129</sup> a tale disposizione affinché crei una barriera protettiva contro chi, con l'ausilio di strumenti negoziali, agisce *contra legem*, qual è il dato dal quale trarre questo precetto che commina *ex uno latere* la non ripetibilità della prestazione?

italiana a quella europea, in *Contr. impr. Europa*, 2006, spec. p. 942 ss.), e differente è la stessa tutela che ne deriva: «debole» per l'impovertito che agisce con l'azione di ingiustificato arricchimento [sugli elementi di tale azione cfr. R. SACCO, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto. Contributo alla teoria della responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1959, (rist. Camedino, 1980), p. 139 ss.; G.A. NUTI, *L'arricchimento senza causa (cosiddetto ingiustificato)*, in *Rass. dir. civ.*, 1987, p. 657 ss.; S. DI PAOLA e R. PARDOLESI, *Arricchimento, I) Azione di arricchimento - Dir. civ.*, in *Enc. giur.* Treccani, I, Roma, 1988, p. 3 ss.; F. GIGLIO, *La actio de in rem verso nel sistema del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 258 ss.]; «forte» per colui che agisce *ex art.* 2033, perché svincolato dal limite dell'arricchimento dell'*accipiens* (v., *retro*, testo alla nota 36).

<sup>126</sup> Prende in considerazione «il grosso problema della validità del contratto stipulato dalle varie figure di operatori non iscritti all'albo» ed eseguito dal professionista stesso, R. SACCO, *Il contenuto del contratto*, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, 3<sup>a</sup> ed., Torino, 2004, p. 63 (il quale, più genericamente, fa presente che «solo la contrarietà al buon costume dà luogo alla irripetibilità del pagato» e costante è la giurisprudenza nell'ammettere la «ripetibilità di quanto è stato versato in esecuzione di un contratto illecito ma non immorale»: p. 64 e *ivi* nota 8); fa cenno al «rilievo tanto intenso» riconosciuto alla illiceità del contratto sottoscritto da professionisti abusivi, con «luci ed ombre» emergenti dalle applicazioni giurisprudenziali G. PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, cit., p. 499 s.

<sup>127</sup> La disposizione in questione – osserva D. MAFFEIS, *o.c.*, p. 145 – conterrebbe un precetto (divieto di eseguire la prestazione) e una sanzione (diniego della pretesa contrattuale).

<sup>128</sup> Sul «significato del silenzio» dinanzi al «diritto muto» v. R. SACCO, *L'interpretazione*, in G. ALPA, A. GUARNERI, P.G. MONATERI, G. PASCUZZI e R. SACCO (a cura di), *Le fonti non scritte e l'interpretazione*, 2, in *Tratt. dir. civ.* Sacco, Torino, 1999, p. 220.

<sup>129</sup> Così, A. PERULLI, *Il lavoro autonomo*, cit., p. 704; dello stesso avviso P. DE ANGELIS, *Il contratto d'opera intellettuale*, in C. IBBA, D. LATELLA, P. PIRAS, P. DE ANGELIS e C. MACRÌ (a cura di), *Le professioni intellettuali*, in *Giur. sist. civ. comm.* Bigiavi, Torino, 1987, p. 168, per il quale tale «soluzione legislativa» è «tesa a scoraggiare più che a reprimere»; v., inoltre, P. GALLO, *Arricchimento senza causa e quasi contratti*, cit., p. 209 s., che considera la disposizione volta a «disincentivare al massimo i tentativi di eludere la normativa in tema di abilitazione professionale».

Prima di formulare una risposta, occorre chiarire la premessa dalla quale si muove. La nullità, invero, è qui fatta discendere dalla illiceità della causa e, piú precisamente, dalla violazione di una norma imperativa<sup>130</sup>, qual è indubbiamente quella che disciplina le condizioni per l'esercizio delle professioni 'protette' (art. 2229 c.c.). Di tale "norma proibitiva imperfetta"<sup>131</sup> occorre vagliare la natura<sup>132</sup>: ciò al fine di individuare

<sup>130</sup> Osserva come le fattispecie del comma 1 dell'art. 1418 possono sovrapporsi a quelle del comma 2, riferite ai casi di illiceità della causa V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* Iudica Zatti, Milano, 2001, p. 747: sí che, il contratto è illecito «quando il contrasto con la norma imperativa (...) investe la causa». [Tale precisazione è disposta in dottrina per differenziare la illiceità dalla *illegalità* (là dove si intenda dare un senso autonomo all'art. 1418, comma 1, c.c.; criticamente L. LONARDO, *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 70 ss.). Cfr., in merito alla presunta distinzione, G. PERLINGIERI, *Negozi illecito e negozio illegale. Una certa distinzione sul piano degli effetti*, Napoli, 2003, p. 10 ss., e G. PASSAGNOLI, *o.c.*, cap. IV, e ivi bibl. cit.]. Condivide tale impostazione A. PERULLI, *o.c.*, p. 707, secondo il quale la disciplina delle professioni liberali, «conformemente alla *ratio* selettiva dell'iscrizione all'albo, riconosce agli iscritti una funzione sociale di utilità generale»; di guisa che «la nullità del contratto *contra legem* derivante da violazione di norma imperativa non solo rientra nella regola (...) dell'art. 1418, co. 1°», ma «ripropone con maggior forza persuasiva la tesi» dell'«illiceità della causa (...) del contratto stipulato dal professionista abusivo (ex art. 1418, co. 2°, c.c.)». V., inoltre, M. MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in A. GENTILI (a cura di), *IV. Rimedi-1*, in *Tratt. contr.* Roppo, Milano, 2006, p. 41 s.

Sulla contrarietà a norma imperativa v., piú ampiamente, R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legislazione economica (1978-1979)*, Milano, 1981, p. 313; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 439 ss.; G. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, p. 25 ss.; M. RABITTI, *Contratto illecito e norma penale. Contributo allo studio della nullità*, Milano, 2000, pp. 85 ss. e 144 ss.; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003, p. 250 ss.; G. PASSAGNOLI, *o.c.*, p. 439 ss.

<sup>131</sup> È cosí definita quella norma imperativa sprovvista di espressa sanzione di nullità (cfr. F. FERRARA sr., *Teoria del negozio illecito*, Napoli, 1961, p. 22 s.).

<sup>132</sup> Cosí V. ROPPO, *o.c.*, p. 747 s., il quale pone in luce come dalla natura imperativa (inderogabile) della norma [e non dispositiva (derogabile): sulla distinzione cfr., piú ampiamente, P. PERLINGIERI e P. FEMIA, *Nozioni introduttive e princípi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, p. 19] sia possibile dedurre la tutela di interessi non disponibili dai privati e far discendere la nullità (che non è automatica e inevitabile) là dove gli effetti del contratto «andrebbero a ledere direttamente gli interessi protetti dalla norma, la quale ha precisamente lo scopo di impedire» la loro produzione: sí che, «per attuare lo scopo della norma occorre cancellare gli effetti contrattuali» appunto con la nullità (l'a. fa rientrare tale ipotesi di nullità virtuale nella famiglia delle «nullità politiche», alle quali sono riconducibili i contratti nulli perché disapprovati. Considera «un po' forte» l'espressione di «nullità politiche» utilizzata da Roppo, A. DI MAJO, *La nullità*, in A. DI MAJO, G.B. FERRI e M. FRANZONI (a cura di), *Il contratto in generale*, VII, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, Torino, 2002, p. 73, il quale preferisce discorrere di «nullità da disvalore»).

la *ratio* del divieto; verificare se la norma sia prescritta a garanzia di un interesse pubblico e generale<sup>133</sup>. L'attività ermeneutica così svolta servirà non tanto per discutere dell'opportunità della stessa nullità dell'atto – (per violazione a norma imperativa, invero) qui già sancita per violazione *ex art.* 1418, comma 2, c.c.<sup>134</sup> – ma per porre in luce la necessità di offrire più idonee garanzie per la tutela di interessi superindividuali<sup>135</sup>.

Vagliare la funzione di detta norma imperativa contribuisce, in altri termini, a sciogliere i dubbi sulla portata della *condictio indebiti*, in tal caso inapplicabile non perché il «fare» del professionista non abbia in sé valore (e, data la sua inquantificabilità, non ammetterebbe *restitutio*<sup>136</sup>), ma in quanto non si intende azzerare *in toto* il valore della nullità; scelta che porterebbe a vanificare (e frustrare) lo scopo della norma stessa, a garanzia del quale il legislatore ha già disposto la sanzione civilistica dell'inazionabilità<sup>137</sup> *ex art.* 2231. Sí che, la dichiarata invalidità della fat-

<sup>133</sup> In tal senso, A. BALZANO, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, c. 1164, in nota a Cass., 8 marzo 1991, n. 2481. Lamenta come il richiamo al concetto di interesse pubblico o generale «è da tempo entrato in crisi» M. MANTOVANI, *o.c.*, p. 42.

<sup>134</sup> Criticamente, G. PASSAGNOLI, *o.c.*, p. 500 s., il quale – soffermandosi ad analizzare l'attività eseguita da professionisti abusivi – riconosce come «spesso riaffiora nelle motivazioni dei giudici «il riferimento ad una illiceità della causa» che, «nella implausibilità del riferimento tecnico», rappresenta nient'altro che un “espediente verbale” «per giustificare, senza troppi intralci costruttivi, il *decisum*. Mentre è evidente che quest'ultimo trovi la propria *ratio decidendi* soltanto nella reputata illiceità della operazione negoziale», indifferentemente «dalla incidenza della violazione sugli elementi del contratto di cui all'art. 1418, c. 2».

<sup>135</sup> In giurisprudenza, per la nullità fatta discendere da norma imperativa a «tutela di un interesse pubblico generale» ovvero di «interessi generali, che si collocano al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico», cfr. Cass., 3 settembre 2001, n. 11351, in *Rep. Foro it.*, 2001, voce *Tributi in genere*, n. 1178; Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109 ss.; Cass., 11 febbraio 1982, n. 835, in *Foro it.*, 1983, I, c. 1081; Cass., 4 dicembre 1982, n. 660, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 1172. Cfr., per una rassegna di casi pratici, M. MANTOVANI, *o.c.*, p. 50 ss.

<sup>136</sup> È quanto riconosce F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1261; ma cfr., al riguardo, Trib. Roma, 1 luglio 2004, in *Corr. giur.*, 2004, p. 1502 s. (con nota di A. DI MAIO, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*), ove si sottolinea che la prestazione resa dal professionista è «ontologicamente irripetibile» [ma nel regime della ripetizione dell'indebito si «ammette la restituzione anche delle prestazioni di *facere* (non dovute)». Critica il postulato dell'impossibilità della restituzione della prestazione di fare D. MAFFEIS, *Responsabilità medica e restituzioni del compenso: precisazioni in tema di restituzioni contrattuali*, in *www.ilcaso.it/opinioni/maffeis-18-11-05*, spec. § 6, in nota a tale decisione].

<sup>137</sup> Ricorda G. PASSAGNOLI, *o.c.*, p. 444, che non può senz'altro escludersi l'invalidità dell'atto per contrarietà a norma imperativa per il solo fatto che la legge preveda una san-

tipicie diviene il tramite mediante il quale consentire l'inattuazione unilaterale dello scambio, lasciando che lo squilibrio patrimoniale giochi a favore del solo cliente: ciò non perché si voglia proteggere tale parte del rapporto, ma al fine di scoraggiare i professionisti dall'effettuare prestazioni non consentite o disapprovate dalla legge.

Non ci si ferma, dunque, a dichiarare la mancanza del vincolo. Per ottenere la non esecuzione dello scambio (vietato) è necessario sottrarre al contraente, tenuto ad eseguire per prima, il «controllo sulla prestazione resa», mediante l'impossibilità di ripetere il pagato<sup>138</sup>, ossia configurare l'indebita prestazione "a senso unico".

La scelta così operata, lungi dal discendere da rigidi calcoli di ipotetica 'efficiente razionalità economica'<sup>139</sup> o da opportunità pratiche dettate arbitrariamente dinanzi a singolari esigenze di forzato moralismo, deve fare i conti con la «maggior coerenza sistematica possibile»<sup>140</sup>: il parametro di giudizio, di là dall'essere fornito «dal gioco strumentale dell'immoralità e dell'illegalità» – inevitabilmente volto a far riaffiorare «un diritto giurisprudenziale che procede, ma quasi sempre in maniera occulta e incontrollabile, ora a delimitare ora a piegare verso nuove applicazioni il divieto della restituzione delle prestazioni illecite»<sup>141</sup> – deve tener presente, nella «peculiarità dei rapporti», «il bilanciamento degli interessi e dei valori in conflitto». La irripetibilità sarà così ammessa sulla base del giudizio «fondato sul confronto fra la *ragion d'essere* dei divieti giuridici di efficacia e di restituzione e i risultati incoerenti che possano derivarne»<sup>142</sup>.

zione quale conseguenza dell'inosservanza della norma: «non all'elemento estrinseco della sanzione concorrente dovrebbe guardarsi, bensì al fondamento della norma, per poi valutare le conseguenze della sua violazione: in specie, se con la sola sanzione (...) risulti o meno compiutamente realizzata l'esigenza di tutela perseguita».

<sup>138</sup> Così, G. VILLA, *Contratto illecito ed irripetibilità della prestazione*, cit., p. 48, per il quale «l'irripetibilità rafforza gli effetti disincentivanti della nullità».

<sup>139</sup> V., più ampiamente, G. VILLA, *o.u.c.*, p. 47, per il quale è possibile individuare tale tecnica deterrente mediante l'analisi economica dei costi e benefici, la sola «in grado di offrire una giustificazione razionale alla regola che nega la ripetizione della prestazione resa in esecuzione di un contratto illecito».

<sup>140</sup> U. BRECCIA, *Causa*, in G. ALPA, U. BRECCIA e A. LISERRE (a cura di), *Il contratto in generale*, III, in *Tratt. dir. priv.* Bessone, XIII, Torino, 1999, p. 329.

<sup>141</sup> Letteralmente U. BRECCIA, *o.u.c.*, rispettivamente pp. 329 e 325; nello stesso senso, F. ASTONE, *L'arricchimento senza causa*, cit., p. 167.

<sup>142</sup> U. BRECCIA, *o.u.c.*, p. 329 (corsivi aggiunti); sembra condividere tale scelta G. PASGNOLI, *o.c.*, p. 509 s.

La soluzione così tracciata consentirebbe, inoltre, di rimeditare sulle conseguenze – spesso generalizzate non riflessivamente – delle discipline professionali rese ‘protette’ (nel condizionare il legittimo esercizio dell’attività all’iscrizione in un albo / ruolo / registro) non già per la tutela di interessi superindividuali o finalità di carattere sociale, bensì per agevolare quella «tendenza neocorporativa dell’attuale società» che, assecondando, tra l’altro, «l’inclinazione ad un protezionismo della categoria finalizzato alla limitazione della concorrenza»<sup>143</sup>, contrasta con le chiare scelte di matrice europea<sup>144</sup>.

<sup>143</sup> Così, M. CAPUTI, cit., in *Foro it.*, 2002, I, c. 2714, il quale fa presente che il regime di esclusiva dovrebbe essere limitato soltanto «alle attività professionali il cui esercizio è congiuntamente caratterizzato dal riferimento a principi e valori costituzionali, da un’elevata complessità delle prestazioni che impedisce agli utenti di valutare, anche *ex post*, la qualità del servizio». Così per le prestazioni sanitarie; non, invece, là dove l’iscrizione all’albo non riconosce agli iscritti una funzionalità di carattere sociale e collettivo, di interesse generale, ma semplicemente economico. Al riguardo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 749, nel prendere in esame la «norma che riserva certe attività *economiche* a soggetti iscritti a un albo» configura la fattispecie inerente l’esercizio abusivo della professione quale “caso dubbio”, chiedendosi se sia nullo o no il contratto, concluso da persona non iscritta all’albo e avente ad oggetto l’esercizio di tale attività riservata (corsi aggiunti). Sulla base di tali considerazioni reclama una diversità di trattamento tra professionisti e agenti di commercio F. ASTONE, *o.l.u.c.*

Potrebbe così essere ammessa, in caso di prestazione intellettuale resa in assenza di iscrizione all’albo – là dove la *ratio* del divieto non sia rivolta a tutela di interessi generali, ma semplicemente a garantire un privilegio corporativo (l’eliminazione del quale porterebbe il cliente a beneficiare, in caso di liberalizzazione delle professioni, della diminuzione dei costi di esecuzione) – la ripetibilità della prestazione di fare *ex art.* 2033 c.c. (Suggerisce l’esperibilità del rimedio *ex art.* 2041 nei confronti del cliente beneficiario, raffigurando tale azione quale «valvola idonea, anche nel campo delle conseguenze della nullità, a riequilibrare situazioni in cui il meccanico operare del rimedio determinerebbe un iniquo vantaggio per uno dei contraenti», S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 177).

<sup>144</sup> S. POLIDORI, *o.c.*, p. 176 s.; M. CAPUTI, cit., in *Foro it.*, 2002, I, c. 2714. Sulla necessità di rimeditare, in generale, sui rimedi restitutori nell’ambito del disegno di armonizzazione europea cfr. B. KUPISCH, *Ripetizione dell’indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni*, in *Europa dir. priv.*, 2003, p. 857 ss.; E. MOSCATI, *Questioni vecchie e nuove in tema di ingiustificato arricchimento e pagamento dell’indebito*, cit., p. 459 ss.; A. ALBANESE, *Il rapporto tra restituzioni e arricchimento ingiustificato dall’esperienza italiana a quella europea*, cit., p. 922 ss. e ID., *La ripetizione dell’indebito nei modelli di civil law*, in *Contr. impr. Europa*, 2007, p. 833 ss.



ORIZZONTI



AGOSTINO ALLEGRO

## La rilevanza probatoria dell'esame autoptico

SOMMARIO: 1. Premessa: il sistema probatorio - 2. La prova scientifica: rilevanza ed ambito di applicazione nel sistema processuale penale. - 3. L'esame autoptico: rilievi tecnici e giuridici.

### 1. Premessa: Il sistema probatorio

La tematica della prova assume un ruolo fondamentale nella struttura del sistema processuale penale, in virtù del rapporto strumentale e funzionale che la lega all'accertamento cui tende il processo; questa la ragione di fondo per cui il Legislatore ha predeterminato una disciplina articolata dei molteplici istituti che, in via diretta o mediata, ad essa si riferiscono.

Il Codice di Procedura Penale vigente, prevede un articolato sistema, contemplato non soltanto nel Libro III, al fine di scandire il procedimento di acquisizione della prova, nelle varie fasi del processo, secondo norme che consentano di assicurare un'elevata "affidabilità" del risultato probatorio, in chiave sia di efficienza, che di garanzia, nel rispetto del principio del contraddittorio.

La prova è ammessa, a richiesta di parte, dal giudice sulla base di un criterio valutativo che fonda sulla rilevanza e sulla non manifesta superfluità della prova richiesta - artt. 190 e 495 c.p.p.- ; il libero convincimento del giudice<sup>1</sup> viene temperato dall'obbligo di razionale giustificazione delle proprie scelte decisorie, secondo il modello normativo del-

<sup>1</sup> Per giustificare l'inserimento nel materiale decisorio di qualunque elemento ritenuto utile all'accertamento del fatto, a prescindere dalla sua legittimità, la giurisprudenza ha spesso fatto riferimento alla nozione di prova atipica o innominata; il che è stato possibile attraverso una dilatazione dell'ambito di operatività del principio del libero convincimento del giudice, esteso dalla fase della valutazione a quella dell'ammissione dell'elemento probatorio. Così MAFFEO, *Il procedimento probatorio nel processo penale*, in *Pubblicazioni della Facoltà di Economia e del Dipartimento di Studi giuridici politici e social Università degli studi del Sannio*, Napoli, 2006.

la motivazione in fatto (artt. 192, c. 1 e 2, 546, c. 1 lett e, c.p.p.)<sup>2</sup>.

L'intero sistema processuale penale è imperneato sul diritto alla prova<sup>3</sup> attribuito alle parti ed è articolato secondo una logica scansione di poteri, nelle singole fasi della sua ricerca, ammissione, assunzione, rappresentazione e valutazione: il sistema regola, insomma, i tempi ed i modi dell'ammissione, dell'acquisizione e dell'utilizzazione della prova e si occupa di disciplinare il momento della valutazione della stessa.

L'art. 190 c.p.p. è la norma di riferimento del sistema basato sul ruolo fondamentale delle parti cui è riconosciuto il diritto di "difendersi provando": la disposizione normativa costituisce un presidio ineludibile a tutela del principio del contraddittorio e di un sistema caratterizzato da uno stile dialogico nella formazione della prova.

Le attività di ricerca, di produzione, mediante richiesta, e di acquisizione al fascicolo per il dibattimento di prova documentale o di atti irripetibili, di formazione e di rappresentazione della prova spetta alle parti; al giudice sono riservati i compiti del controllo, della eventuale integrazione probatoria e della valutazione.

In questo contesto acquistano particolare valore i profili dell'oralità ed immediatezza quali connotati essenziali del procedimento probatorio.

Il Legislatore ha, così, inteso rimarcare il carattere accusatorio, ispiratore dell'attuale sistema processuale penale: i poteri di iniziativa probatoria sono rimessi alla disponibilità delle parti, nel difficile rapporto tra verità ed accertamento processuale, nel rispetto del principio del libero convincimento del giudice, ed al fine di assicurarne terzietà ed imparzialità.

La prova costituisce, quindi, il "risultato di un confronto dialettico delle parti che rappresentano le loro ragioni al giudice, il quale, arbi-

<sup>2</sup> Per un'ampia disamina sulla tematica della prova, cfr., tra gli altri, CANZIO, *Prova scientifica, ragionamento probatorio e libero convincimento del giudice nel processo penale*, in *Dir. Pen. Proc.* 2003, 1193 ss.; DEGANELLO, *I criteri di valutazione della prova penale*, Torino 2005; FERRUA-GRIFANTINI-ILLUMINATI-ORLANDI *La prova nel dibattimento penale*, Torino 2005; FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino 2007; RICCIO, *Ragioni del processo penale e resistenze eversive tra novellazioni e prassi*, in *Id.*, *Ideologie e modelli del processo penale*, Napoli 1995; TONINI, *La prova penale*, Padova 2000, Aa.Vv., *La procedura penale*, a cura di RICCIO e SPANGHER, Napoli, 2002.

<sup>3</sup> Sul punto si veda DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, Napoli, 2003; BELLUTA, *Riflessioni sui poteri del giudice dibattimentale in materia probatoria*, in *Giur. It.*, 2000, 1533.

tro del corretto svolgersi del procedimento, decide scegliendo quella più probabile e meglio argomentata"<sup>4</sup>.

La fase dell'assunzione della prova rappresenta il momento centrale e dinamico del dibattimento, sede naturale della formazione della prova: se si tratta di prova preconstituita, questa avviene mediante l'acquisizione (art. 495, c. 1, c.p.p.); se si tratta di prova dichiarativa, la formazione si realizza nel corso dell'istruttoria dibattimentale, nel contraddittorio tra le parti e sotto il controllo del giudice (art. 497 ss. c.p.p.).

Le regole inerenti l'ordine di formazione della prova di cui all'art. 496, c. 1, c.p.p., impongono un richiamo all'art. 493, c. 2, c.p.p.: tale scelta risponde ad una precisa esigenza, connessa al modello d'ispirazione del processo di parti nel quale la ricostruzione del fatto oggetto di accertamento presuppone l'onere della prova a carico dell'accusa.

La fase della valutazione delle prove interviene a conclusione dell'istruttoria dibattimentale: il giudice è chiamato a compiere una attività di pura intelligenza, consistente nell'esame del risultato probatorio conseguito attraverso l'istruzione dibattimentale e nella verifica della sua attitudine dimostrativa rispetto ai singoli fatti oggetto della prova di cui all'art. 187 c.p.p.<sup>5</sup>. La valutazione delle prove deve avvenire nel rispetto del principio del libero convincimento<sup>6</sup>, orientato ai canoni generali di ordine costituzionale, desumibili dall'art. 27 Cost.

Il Legislatore del 1988 ha, tuttavia, sentito l'esigenza di prescrivere alcune regole particolari, indicate nell'art. 192 cp.p., che hanno la funzione di guidare il percorso logico attraverso il quale si deve formare il convincimento del giudice in vista della delibazione della sentenza. Tali

<sup>4</sup> Così, DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, cit, 27, e su queste riflessioni cfr. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1985, 55 e ss, e SAMMARCO, *Metodo probatorio e modelli di ragionamento nel processo penale*, Milano, 2001, 24.

<sup>5</sup> Quanto alla valutazione di genuinità e validità dei metodi, di affidabilità ed efficacia dimostrativa dei risultati della prova scientifica, su base statistica o particolaristica nella ricostruzione del fatto, al grado di probabilità logica del verificarsi e dell'attribuibilità soggettiva del fatto afferente all'imputazione, oggetto dello specifico *thema probandum*, ed al criterio di giudizio per la decisione, si richiamano i precetti giuridici in tema di razionale impiego della prova nella ricostruzione del fatto nel processo penale, di dominio delle fonti della conoscenza giudiziale, di obbligo della motivazione, logica e credibile, dei provvedimenti giurisdizionali, di limiti del libero convincimento del giudice ed, infine, di garanzia estrema dell'oltre il ragionevole dubbio.

<sup>6</sup> APRILE, *La prova penale*, Milano, 2002, 99.

regole<sup>7</sup> costituiscono il *trait d'union* tra valutazione e motivazione, consentono il controllo endoprocessuale ed extraprocessuale del libero convincimento, attraverso la fissazione di principi che pongono dei limiti alla libertà di interpretare e valutare i fatti.

La dinamica processuale prevista in sede di formazione della prova tipica appena descritta subisce alcune variazioni in relazione alle c.d. prove atipiche. L'Ordinamento, non avendo recepito il principio di tassatività delle prove, "consente" che possano essere utilizzate dal giudice anche le prove atipiche, non disciplinate dalla legge, i cui limiti sono enunciati dall'art. 189 c.p.p.: norma di riferimento che assicura l'opportuna flessibilità del sistema processuale in materia di prova scientifica<sup>8</sup>.

Il Legislatore, infatti, ha previsto, da un lato, fattispecie probatorie tipiche, disciplinate in modo tale da offrire ampie garanzie, sia sotto il profilo del rispetto dei diritti delle parti, che sotto quello della potenzialità dimostrativa; dall'altro, tramite l'art. 189 c.p.p., la possibilità che siano assunte *prove non disciplinate dalla legge*, sempre che risultino *idonee ad assicurare l'accertamento dei fatti*<sup>9</sup>, attribuendo a tale dettato la funzione di disciplinare i requisiti di ammissibilità e di determinare le modalità assuntive delle prove atipiche.

La prova atipica viene consentita al fine di utilizzare, quale strumento utile alla decisione, i ritrovati del sapere tecnico e scientifico; d'altra parte, la varietà delle fattispecie concrete e dei possibili accertamenti ha indotto il Legislatore a non "limitare" troppo il campo delle prove, lasciando una porta aperta alle nuove realtà, nel rispetto comunque delle regole fondamentali sulla rilevanza e sull'ammissibilità<sup>10</sup>. L'art. 189 c.p.p., in que-

<sup>7</sup> Per una sintesi della giurisprudenza sul punto cfr., per tutti, *Commento dell'art. 192 c.p.p.*, in *Codice di Procedura Penale commentato*, a cura di GIARDA e SPANGHER, Milano, 2006, 1342 e ss. e per una panoramica completa sul problema della chiamata di correità cfr. PANSINI, *Chiamata di correo e libero convincimento del giudice*, in *Dir. e giust.*, 2002, 12, 8; RAFARACI, *Chiamata di correo, riscontri e controllo della Suprema Corte nel caso Sofri*, in *Riv. It. dir e proc. pen.*, 1994, 670 e ss.

<sup>8</sup> In tal senso, AMODIO, *Libero convincimento e tassatività dei mezzi di prova: un approccio comparativo*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.* 1999, 3 ss.; DOMINIONI, *In tema di nuova prova scientifica*, in *Dir. Pen. Proc* 2001, 1061 ss.

<sup>9</sup> Per una esauriente trattazione sulla disciplina e sull'ambito di applicabilità delle prove atipiche, cfr. RICCI, *Le prove atipiche*, Milano 1999.

<sup>10</sup> Cfr., sul punto, TONINI, *La prova penale*, cit.: "Può essere fatto l'esempio di un mezzo di prova che fino ad una determinata data era atipico e che successivamente è diventato tipico. L'art. 7, c. 2, del d.l. 306/92, ha introdotto l'esame a distanza per mezzo di collegamento audiovisi-

sta prospettiva, contiene una "clausola aperta" ai futuri risultati della scienza, cui affida la potenzialità dimostrativa di un certo accadimento, secondo canoni e strumenti oggi sconosciuti<sup>11</sup>.

In considerazione di questa obiettiva imprevedibilità, il Legislatore prescrive, però, particolari cautele che ne assicurino la legalità, la idoneità a realizzare l'accertamento dei fatti e la compatibilità con la legge; sancisce espressamente, inoltre, che il mezzo atipico non sia idoneo a pregiudicare la libertà morale della persona ad esso sottoposta (artt. 64, c. 2, e 188 c.p.p.).

Il primo dato di fondo da richiamare, ormai saldamente acquisito nell'elaborazione dottrinale, è che la prova atipica non può essere *contra legem*. Tale categoria ricomprende esclusivamente le ipotesi contraddistinte dalla previsione di invalidità<sup>12</sup> (nullità, inutilizzabilità, inesistenza) per l'inosservanza di disposizioni di legge, atteso che le ipotesi in cui un dato mezzo di prova sia assunto in modo difforme, ancorché per tale difformità non sia espressamente prevista un'invalidità, consentano l'utilizzabilità del risultato probatorio prodotto dal mezzo stesso.

Il legislatore ha, inoltre, espressamente previsto che, nell'assunzione della prova, venga tutelata la libertà morale della persona, attraverso il richiamo normativo all'art. 188 c.p.p. La locuzione, utilizzata nella disposizione generale richiamata, "metodi o tecniche"<sup>13</sup> impone una ri-

vo. Si tratta di una modalità di assunzione dell'esame dei collaboratori di giustizia che non era prevista tra i mezzi di prova regolati dal Codice. Nei mezzi di prova tipici, il dichiarante deve essere presente in aula; nell'esame a distanza la presenza fisica non è ovviamente richiesta, in quanto prevalgono le esigenze di protezione della persona che collabora con la giustizia. Ebbene, prima del giugno 1992 il giudice avrebbe potuto ammettere l'esame a distanza seguendo la procedura indicata nell'art. 189 c.p.p.; da quest'ultima data l'esame a distanza è diventato una modalità tipica dei mezzi di prova dichiarativi indicati dall'art. 147 bis disp. att.

<sup>11</sup> In tal senso, FURIGUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., 103 ss., secondo cui il fenomeno della atipicità probatoria non deve considerarsi circoscritto all'area del *praeter legem*, atteso che la locuzione utilizzata dal Legislatore "prova non disciplinata" non include solo i mezzi di prova del tutto "innominati", bensì anche quei mezzi di prova tipici in cui singole componenti si atteggiavano in modo atipico ai fini dell'accertamento probatorio; l'Autore rileva, inoltre, come lo strumento probatorio atipico predisposto e formato al di fuori del paradigma normativo debba considerarsi *contra legem*, integrando una ipotesi di inutilizzabilità ex art. 191 c.p.p.

<sup>12</sup> Per un'attenta analisi al tema generale delle sanzioni processuali cfr. G. RICCIO, *Introduzione allo studio del sistema sanzionatorio*, in *Quaderni di Scienze Penali*, Napoli, 2006.

<sup>13</sup> Per tutti, cfr. DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, Milano 2005, 90.



tende utilizzare abbia un nesso adeguato con il *thema probandum*, così da dare un reale contributo alla ricostruzione del fatto; che sia comprensibile al "sapere comune" delle parti e del giudice; che possa essere utilizzato sotto un controllo razionale e ragionevole; che non leda l'esigenza di economia processuale in relazione ai tempi ed ai mezzi che il suo utilizzo possa richiedere.

Il giudice, infatti, ascolta le parti circa la determinazione delle modalità di assunzione della prova<sup>17</sup>, allo scopo di garantire l'anticipata conoscenza circa le metodologie che saranno applicate nell'itinerario dell'accertamento probatorio, e fissa, con l'ordinanza ammissiva della prova, le regole per la corretta applicazione dei metodi e delle procedure tecniche di acquisizione della prova stessa. Tale necessario coinvolgimento delle parti si giustifica con la necessità di salvaguardarle dalla "inconsistenza normativa" dei mezzi di prova atipici e dal pericolo di una loro possibile strumentalizzazione da parte dell'organo giudicante<sup>18</sup>.

Giova sottolineare come il provvedimento sull'ammissione della prova atipica sancito nell'art. 189 c.p.p. presenti una ulteriore differenza rispetto al costruito del giudizio ex art. 190 c.p.p. In quest'ultimo, opera un criterio che prescrive, come limite al principio generale di inclusione, che il dato squalificante la prova (superfluità o irrilevanza) risulti manifesto e, quindi, impone la necessaria presenza di elementi di valutazione che connotino la prova in chiave manifestamente negativa. Il criterio appare, pertanto, funzionale ad un provvedimento di non ammissione.

Il criterio ex art. 189 c.p.p. appare funzionale, invece, ad un provvedimento ammissivo ed opera fuori dal criterio generale di inclusione. Prescrive che il dato qualificante la prova, ai fini dell'ammissione (l'idoneità ad accertare i fatti), risulti possibile e, quindi, postula la presenza di elementi di valutazione che connotino la prova in chiave non manifestamente negativa.

Il giudizio ex art. 190 c.p.p. è negativo, in quanto fissa una connotazione squalificante la prova; quello ex art. 189 c.p.p. è positivo, in quanto fissa una connotazione qualificante la prova. Questa differenza si ri-

<sup>17</sup> Così, LARONGA, *Le prove atipiche nel processo penale*, Padova 2002, 123 ss.

<sup>18</sup> In tal senso, FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, cit., 107 e SIRACUSANO, *Le prove*, in SIRACUSANO-GALATI-TRANCHINA-ZAPPALÀ (a cura di), *Diritto processuale penale*, Milano 2004, 324 ss.

flette nel diverso atteggiarsi dell'onere che grava sulla parte che richiede una prova e su quella che vi si oppone<sup>19</sup>. Tale onere è più impegnativo, nel caso di prova non scientifica, per la parte opponente e, nel caso di prova scientifica, per la parte richiedente.

Per la prima specie probatoria, la cui ammissibilità è disciplinata sull'art. 190 c.p.p., la parte richiedente può contare sul principio generale di inclusione ed il suo onere è solo di formulare la domanda in termini per cui la prova non risulti manifestamente screditata quanto a superfluità o irrilevanza; la parte opponente, invece, ha il maggior onere di addurre elementi che squalifichino, in questi profili, la prova. Per la prova scientifica, nello spettro normativo dell'art. 189 c.p.p., è onere della parte richiedente addurre elementi di giudizio che la qualifichino come assistita dalla possibile idoneità alla ricostruzione del fatto, mentre la parte opponente può limitarsi ad argomentare circa l'assenza di tali elementi. Ciò, naturalmente, non impedisce che la parte opponente si spinga oltre, presentando elementi che, confutando quelli addotti dalla parte richiedente, dimostrino l'inidoneità manifesta della prova a contribuire alla ricostruzione del fatto.

In ordine, infine, all'ambito di operatività della disciplina prevista dall'art. 189 c.p.p., questa si riferisce esclusivamente ai mezzi di prova che debbano essere ammessi dal giudice, e non anche agli atti di indagine, rispetto ai quali opera la previsione generale di cui all'art. 188 c.p.p.: la regola specifica ivi contenuta e le condizioni che predispone, infatti, non possono ritenersi compatibili con l'assunzione unilaterale di elementi con valenza probatoria.

## ***2. Prova scientifica: rilevanza ed ambito di applicazione nell'attuale sistema processuale penale***

La ricostruzione probatoria del fatto di reato è sempre più spesso affidata ai risultati della prova scientifica, conseguiti mediante operazioni svolte da periti o consulenti tecnici, nelle quali, accanto agli strumenti noti

<sup>19</sup> Per un'ampia disamina in tema di prova scientifica e di dialettica delle parti in sede di ammissibilità, cfr. tra gli altri, DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 225 ss.; ILLUMINATI, *Ammissione ed acquisizione della prova nell'istruzione dibattimentale*, in AA.VV., *La prova nel dibattimento penale*, Torino 1999, 71 (secondo cui non sono le parti a dover dimostrare la rilevanza e la non superfluità della prova, ma spetta al giudice verificare la "manifesta" insussistenza di tali requisiti); SIRACUSANO, *Studio sulla prova delle esimenti*, Milano 1959, 112 ss.

e tradizionalmente affidabili, intervengono nuovi strumenti, pertinenti al patrimonio culturale della scienza e della tecnica, rispetto al cui impiego si presentano problematiche sia le inferenze probatorie e le verifiche dei relativi criteri, che le valutazioni conclusive di conferma o falsificazione dell'ipotesi ricostruttiva del fatto<sup>20</sup>.

Un problema di sicuro interesse scientifico è dato dalla necessità di adeguare lo strumento normativo, in materia di ammissione e formazione della prova, con lo sviluppo scientifico proiettato nel futuro e connotato da cambiamenti immediati e di difficile intelleggibilità.

Gli strumenti probatori tecnico-scientifici, infatti, sono estranei per loro natura, salvo qualche caso, alle previsioni del catalogo legale, poiché appartengono al patrimonio delle ricerche scientifiche e tecnologiche ed esorbitano dalla normazione di "competenza" della legge, la quale, potendo esclusivamente regolare i presupposti ed i modi procedurali del loro impiego, quanto all'identificazione ed allo statuto epistemologico degli stessi, non può che rimettersi alla scienza ed alla tecnica.

Vi sono due elementi che, pur su linee diverse, emergono dalla lettura della disposizione normativa, a conferma dell'operatività di strumenti tecnico-scientifici nella formazione della prova e, nel contempo, denotano la loro estraneità alla competenza regolatrice della legge: il primo è che di tali risorse si colgono nelle norme talune allusioni<sup>21</sup>.

Si pensi, ad esempio, alla locuzione *metodi* ed alle *tecniche* cui si riferisce, oltre all'art. 64, c. 2, c.p.p. in tema di interrogatorio dell'imputato, l'art. 188, c. 1, c.p.p. per la prova in generale; si pensi, inoltre, alla possibilità che il giudice, nell'espletamento di un esperimento giudiziale, può affidare ad un esperto il compimento di determinate operazioni (art. 219, c. 1, c.p.p.); si pensi, infine, alle autorizzazioni che il giudice conferisce al perito, al fine di servirsi di un ausiliario di sua fiducia per il compimento di particolari operazioni necessarie per rispondere ai quesiti peritali (art. 228, c. 1, c.p.p.) e per la realizzazione di talune attività materiali (art. 228, c. 2, c.p.p.).

Il secondo elemento è che soltanto in alcune ipotesi la legge consente l'impiego di un determinato strumento di prova ed è questo il *caso*

<sup>20</sup> Su tale problematica cfr. DE CARO, *Poteri probatori del giudice diritto alla prova*, cit., 11 ss.

<sup>21</sup> In questi termini, DOMINIONI, *La prova penale scientifica*, cit., 27.

dell'esame autoptico disposto per risalire alle cause che hanno determinato l'evento morte solo quando vi sia un sospetto di reato (art. 116, c. 1, att. c.p.p.).

Nella medesima direzione e secondo lo stesso schema, ad esempio, i metodi di prelevamento dei campioni per le analisi in materia di frodi alimentari vengono, di fatto, disposti solo laddove vi sia un sospetto sulla qualità dei prodotti .

Numerosi sono gli esempi di prove scientifiche che, se per un verso hanno contribuito nel tempo a migliorare la prova del fatto di reato, per altro verso sono stati assai spesso all'origine di problemi di notevole complessità posti alla legislazione, alla giurisprudenza ed alla dottrina per garantire un loro impiego affidabile nella ricostruzione processuale del fatto.

Così, le indagini sull'individuazione del DNA costituiscono, probabilmente, quella tipologia di prova atipica che sempre più frequentemente trova privilegiato ingresso nelle aule di giustizia, molto probabilmente per la sua intensa capacità probante (si pensi alla differente capacità probante tra il riconoscimento dell'imputato, quale effettivo autore del reato, derivante da una ricognizione personale e quello fondato sulla perfetta corrispondenza delle impronte digitali repertate nel *locus commissi delicti*, o sul corpo della vittima, ed il materiale biologico asportato all'accusato).

Il rafforzamento dell'attività investigativa eseguita su piattaforme scientifiche, tecnologiche ed informatiche ha, però, un pesante impatto sul percorso di acquisizione della prova<sup>22</sup>, in quanto, oltre alle problematiche derivanti dalla difficile collocazione normativa (ed alle connesse difficoltà nell'ambito processuale inerenti la formazione delle stesse, per le quali si rinvia al paragrafo precedente), si determinano aggressioni alla sfera giuridica dell'individuo<sup>23</sup>: di qui il difficile (se non utopico) equilibrio tra le esi-

<sup>22</sup> Cfr. Cass, Sez.IV, 28.6.2007, n.250992 in *Dir.Pen.Proc.*, n.4/2008, 465ss.

<sup>23</sup> Molteplici sono le indagini che comprimono sensibilmente la libertà dell'individuo: il prelievo di saliva o capelli, strumentali all'identificazione dell'indagato (art. 349, c. 2 *bis*, c.p.p.); gli accertamenti ritenuti urgenti su persone, che possono anche sfociare nel prelievo di materiale biologico sull'indagato (art. 354, c. 3, c.p.p.); i rilievi e gli accertamenti finalizzati all'individuazione dell'indagato (art. 349 c.p.p.); l'individuazione di persona (art. 361 c.p.p.); gli accertamenti tecnici (artt. 359 e 360 c.p.p.); le ispezioni e le perquisizioni personali (artt. 245 e 249 c.p.p.); le attività di ricognizione personale (art. 213 c.p.p.); la perizia da eseguirsi su corpo umano (art. 220 c.p.p.).

genze di accertamento della fattispecie criminosa e la necessaria tutela del singolo<sup>24</sup> per quanto concerne la sua sfera di libertà personale<sup>25</sup>.

Pare opportuno, in questa sede, tralasciare l'interessante disputa giurisprudenziale e dottrinale relativa al difficile bilanciamento tra l'esigenza di accertamento del fatto mediante la sua ricostruzione, cui tende il processo, e la tutela della sfera personale dell'individuo, per soffermare l'attenzione sulle ripercussioni che la prova scientifica ha in sede di formazione e di valutazione della prova.

La valutazione di genuinità e validità dei metodi, di affidabilità ed efficacia dimostrativa dei risultati della prova scientifica, su base statistica o particolaristica, nella ricostruzione del fatto, il grado di probabilità logica del verificarsi del fatto afferente all'imputazione, oggetto dello specifico *thema probandum*, sono demandati alla valutazione finale del giudice. Le radici di tale scelta si trovano in diretta ed essenziale correlazione

<sup>24</sup> La tematica relativa all'invasività della sfera personale da parte degli accertamenti corporali è stata oggetto di numerosi interventi da parte della Corte Costituzionale e della Suprema Corte di Cassazione. Con la sent. n. 30 del 1962, la Corte Costituzionale ha operato una netta distinzione tra i rilievi incidenti direttamente sulla libertà personale (tra cui il prelievo ematico) e quelli incidenti in via mediata. La pronuncia, pur risalente, rimane un passaggio obbligato della riflessione sugli accertamenti corporali; si deve notare che successivamente – con le sentenze n.54 del 1986 e n. 238 del 1996- i Giudici delle Leggi hanno portato all'attenzione dell'interprete, entro una prospettiva più moderna e a fronte dell'evoluzione scientifico-tecnologica, i concetti di dignità, integrità fisica e salute della persona.

Con la pronuncia 238 del 1996, la Consulta ha chiarito che ogni acquisizione probatoria deve avvenire nel rispetto dell'art. 13, c. 2, Cost. e dei limiti negativi prefissati al fine di garantire il grado massimo di tutela dell'individuo. La materia è stata oggetto di riflessione anche della Corte di Cassazione, la quale ha affermato la legittimità dell'acquisizione e dell'analisi di campioni biologici prelevati, anche senza il consenso dell'interessato, in un momento in cui non fanno parte più dell'entità corporea del soggetto e senza, di conseguenza, la necessità di alcun intervento idoneo ad incidere sulla sfera di libertà dell'individuo (cfr. Cass. Pen., I sez., 11 marzo 2003, Esposito). Pare opportuno sottolineare, però, che il recente intervento legislativo (d.l. 144/2005 "Misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale", convertito nella l. 438/2001), che ha dato vita a due ipotesi normative (artt. 349, c. 2 *bis*, c.p.p. e 354, c. 3, c.p.p.) ha reso più labile il panorama delle garanzie costituzionali riconosciute in tema di rispetto della personalità.

<sup>25</sup> È stato evidenziato che la portata della sentenza del 1996 è più ampia di quanto appaia a prima vista, giacché non riguarda solo il prelievo ematico bensì tutta una serie di indagini medico-legali anche più dannose per la salute, e che sono inquadrabili nell'ambito dell'ispezione o della perizia (quali elettromiografia, endoscopie, tecniche radiografiche, alcune visite specialistiche): così G.UMANI RONCHI, *Marcia indietro dell'Italia sul test del DNA: così si allargano le maglie dell'impunità*, in Guida al Diritto, 1996, n.30,68;

con la regola della razionalità della decisione, presidiata dalla norma costituzionale che sancisce l'obbligo della motivazione per tutti i provvedimenti giurisdizionali (art. 111, c. 6, Cost.) e dalla disposizione del Codice che impone al giudice di valutare le prove, dando contezza, nella motivazione, dei risultati acquisiti e dei criteri adottati (art. 192, c. 1, c.p.p.).

Il principio dell'oltre il ragionevole dubbio permea l'intero sistema processuale e trova saliente espressione nelle garanzie fondamentali inerenti il processo penale, quali: la presunzione di non colpevolezza dell'imputato, enunciata dalla formula *in dubio pro reo* e recepita dall'art. 530, c. 2, c.p.p.; quella dell'obbligo della motivazione e della giustificazione razionale della decisione. L'osservanza dell'oltre il ragionevole dubbio involge anche la struttura e la congruenza logica della motivazione (art. 606, c. 1 lett. e, c.p.p.): tale principio non può sicuramente dirsi rispettato qualora la pronuncia di condanna si fondi su un accertamento giudiziale non sostenuto dalla certezza razionale, ossia da una probabilità logica così elevata da confinare con la certezza.

Il criterio in esame costituisce, infatti, la regola probatoria e di giudizio propria di tutti i sistemi processuali dei paesi democratici, in forza della quale, se, su una prova, sul riscontro di un fatto, su una conoscenza scientifica (indispensabile per la sentenza di condanna), sussiste un dubbio ragionevole, il giudice non ha alternative diverse dal proscioglimento. Sia in dottrina che in giurisprudenza è sempre più avvertita l'esigenza che il criterio dell'oltre il ragionevole dubbio sia applicato anche in ambito peritale, in modo di garantire al meglio il *giusto processo*<sup>26</sup>.

Troppo a lungo i nuovi ritrovati della scienza e della tecnologia sono stati utilizzati nei processi "al di là di ogni ragionevole dubbio": ciò ha portato ad una generale atmosfera di diffidenza nei confronti della nuova scienza e tecnologia. La ragione di questo apparente contrasto esistente tra l'infallibilità formale della giustizia ed il continuo evolversi e mutarsi della scienza, si può individuare nel "differente tipo di conoscenze" esistente. In realtà se si considera che in ambito processuale esiste solo una verità relativa giudiziale, si coglie facilmente la correttezza di un approccio dubitativo comune.

<sup>26</sup> Per tutti, cfr. FIORI, *La regola dell'"oltre il ragionevole dubbio" e la medicina legale*, in *Riv. it. medicina legale* 2005, 683; STELLA, *Giustizia e Modernità. La protezione dell'innocente e la tutela della vittima*, Milano 2003.

La chiara opposizione tra accusa e difesa coinvolge anche l'esperto tecnico che, troppo spesso, diventa "strumento" delle parti private in luogo di esporre tutti gli aspetti metodologici utilizzati nella propria indagine, fornirne i relativi risultati, delinearne i limiti, il grado di errore se presente, e consentire la possibilità di replicare attraverso osservazioni critiche. La vera e propria strategia processuale di ogni consulente tecnico dovrebbe essere infatti quella di poter illustrare ai giudici al pubblico ministero e ai difensori quanto siano relativi i risultati di una ricerca scientifica e quanto sia però complesso e variabile l'approccio scientifico alla verità. Con frequenza sempre maggiore, invece, si riscontra nelle perizie, orali e scritte, il *libero convincimento* del perito, responsabile di gravi distorsioni processuali: è successo con i criteri medico-legali di accertamento del nesso di causalità, "scesi" spesso al livello di un elenco di formule, di cui il perito, o consulente, dichiarano di essersi avvalsi, senza fornire adeguate motivazioni tecniche.

La maggiore oggettivazione degli accertamenti tecnici e delle valutazioni che conseguono al procedimento logico medico-legale rappresenterebbe un chiaro richiamo al rigore dei contributi peritali, pilastri fondamentali di molti processi. Il soddisfacimento di tale principio sembra, ad ogni modo, necessario nell'accertamento dei casi di responsabilità medica, nei quali ai periti ed ai consulenti è affidata la ricostruzione della storia clinica sulla base dei dati documentali e di quelli di diretta acquisizione, che solo in misura marginale il giudice può desumere dalle testimonianze non mediche. Gli eventi clinici, infatti, devono essere ricostruiti già in questa fase senza margini di dubbio: in sede giudiziaria si esigono prove oltre il ragionevole dubbio.

Il percorso del ragionevole dubbio deve essere tenuto presente anche dal medico legale che dovrà esplicitare i risultati raggiunti in modo critico, affinché il magistrato, e le parti processuali, messi al corrente, possano dirigere l'attenzione su aspetti particolari e, in fase di conclusione del giudizio, possano collocare la realtà dei fatti indagati al di sotto o al di sopra del ragionevole dubbio<sup>27</sup>.

In conclusione, tralasciando accuratamente l'ambizione di invade-

<sup>27</sup> Quanto all'accertamento medico-legale del nesso causale, il rigoroso criterio dell'oltre il ragionevole dubbio si deve utilizzare nella prospettiva del preferibile obiettivo della certezza o, se impossibilitati a raggiungerla, scendendo ad un livello probabilistico elevato.

re il campo della filosofia scientifica, si può ritenere che una corretta modalità di approccio per giungere alla verità relativa giudiziale è rappresentata dalla definitiva convinzione per cui non è raggiungibile una verità assoluta<sup>28</sup> così come, dal punto di vista scientifico più generale, non è riconoscibile completamente una conoscenza assoluta ed incontrovertibile<sup>29</sup>.

### 3. *L'esame autoptico: rilievi tecnici e giuridici*

L'autopsia, dal punto di vista medico-legale è, per definizione, l'accertamento eseguito per consentire di conoscere le cause della morte di un individuo laddove vi sia un sospetto di reato: le informazioni desunte vengono applicate, prevalentemente, a scopi giudiziari. Essa rappresenta una metodica insostituibile, non soltanto in campo forense in quanto consente una corretta e compiuta raccolta di dati di natura anatomo-patologica, istologica e statistica, ma coglie anche gli elementi per la verifica delle prestazioni diagnostiche e terapeutiche<sup>30</sup>.

L'art. 116 c.1 disp. att. C.p.p. prevede la sussistenza di un sospetto di reato quale elemento sufficiente per disporre l'autopsia su un cadavere. In questo senso il Legislatore ha inteso riferirsi a qualsiasi elemento concreto idoneo a provocare un sospetto che la morte sia stata determinata da un fatto illecito, anche se estraneo al cadavere in senso stretto<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Così DE CARO, *Poteri probatori del giudice e diritto alla prova*, cit., 13.

<sup>29</sup> Costituisce, in proposito, un'importante riferimento, per questa impostazione, la teoria di KARL POPPER della "precarietà" delle teorie scientifiche, in *Logica della scoperta scientifica*, trad. italiana, Torino, 1970, 101 ss.

Sul tema cfr. anche TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992.

<sup>30</sup> Le utilità dell'esame autoptico sono efficacemente riepilogate nella seguente tabella, liberamente tratta da una recente puntualizzazione di McPhee (1996): 1. conferma, chiarisce e corregge diagnosi cliniche; 2. evidenza ed inquadra patologie più e meno note; 3. rende possibile la valutazione di: nuovi test diagnostici, tecniche chirurgiche e dispositivi medicali in sperimentazione, farmaci in via di sperimentazione, chiarimenti per i familiari; 4. investiga su rischi ambientali e malattie professionali; 5. consente il prelievo di organi e di tessuti a fini di trapianto; 6. contribuisce alla ricerca medica ed epidemiologica; 7. consente informazioni sulle statistiche di mortalità. Il contributo non è limitato al c.d. contesto sanitario, l'autopsia consente anche vantaggi diretti anche per il privato: tranquillizza sulle cause della morte; informa sulle qualità del sistema sanitario; rende possibile la conoscenza di malattie contagiose ed ereditarie, di rischi ambientali.

<sup>31</sup> Si pensi, ad esempio, al luogo in cui il cadavere è stato rinvenuto, ovvero all'abbigliamento, ovvero ad altre circostanze di fatto idonee a legittimare il sospetto di reato.

A nostro avviso, con l'utilizzazione del termine sospetto, il Legislatore ha voluto non solo evidenziare gli elementi che lo fondano, rientranti nella nozione giuridica dell'indizio semplice capaci di generare un dubbio, ma ha anche voluto mettere in risalto l'opinione dell'organo giudiziario procedente consentendo, di fatto, che l'accertamento possa essere disposto anche in presenza di un dubbio debolissimo seppur ancorato a qualche elemento oggettivo.

Il "diritto di prelazione" sul cadavere attribuito all'Autorità Giudiziaria riconosce, essenzialmente, il proprio fondamento giuridico nell'art. 116 disp. Att. c.p.p. che conferisce al Pubblico Ministero ampia discrezionalità nell'investigare le cause della morte ordinando l'autopsia "se lo ritiene necessario".

La stessa disposizione, invece, contiene un limite particolare per le procedure necroscopiche che presuppongono l'esumazione stabilendo che "il disseppellimento di un cadavere può essere ordinato, con le dovute cautele, dall'Autorità Giudiziaria se vi sono gravi indizi di reato".

Questo particolare "condizionamento restrittivo" della disposizione normativa in materia di autopsie su cadaveri esumati trova fondamento nella protezione riconosciuta dopo il seppellimento e nella rafforzata tutela del sentimento di pietà ad esso collegato.

Il Codice di rito consente, quindi, l'indagine autoptica purchè vi sia una valutazione di sussistenza del "sospetto di reato". Al contrario, in passato, secondo il combinato disposto di cui agli artt. 16 c.1.e 17 c.2 delle disp. att. del c.p.p del 1930, era previsto che l'autopsia potesse essere ordinata solo quando era necessario stabilire la causa della morte. Il dato è di semplice lettura: l'esame autoptico era disposto se "necessario" alle finalità investigative perseguite senza alcuna allusione a ulteriori categoria<sup>32</sup>.

L'autopsia è parte integrante di procedure complesse d'indagine, comprendenti il sopralluogo, l'esame esterno del cadavere in sede di sopralluogo, le indagini complementari tossicologiche, istologiche e di altro genere.

È opportuno sottolineare, inoltre, che, proprio a partire dall'entrata in vigore del Codice di Procedura Penale del 1988, si è manifestata net-

<sup>32</sup> Art. 16 disp.att. R.D.60/1931 "se per la morte di una persona sorge sospetto di reato, il pretore o il procuratore della Repubblica accerta le cause della morte e se lo ritiene necessario ordina o richiede l'autopsia".

tamente la sensazione che l'autopsia giudiziaria conosca anche al di fuori dell'ambito strettamente medico-legale un periodo di rinnovata importanza, di elemento "centrale", come mezzo di prova diretto alla ricerca della verità, sia pure intesa nella sua accezione relativa. L'evoluzione prospettata fonda sulla necessaria valorizzazione delle prove "generiche", oggettive, dirette ed immediate, nonché sulla stringente "verifica" delle stesse nell'ambito del dibattito e della formazione dialogica del dato, imponendo una condotta rigorosa e tecnicamente ineccepibile sia nelle fasi di sopralluogo e dell'esame esterno che nella successiva fase autoptica vera e propria, sia in quella dei prelievi di reperti per le successive indagini di laboratorio.

Questa necessità, oltre a confermare che l'autopsia medico-legale è tutt'altro che un "indagine facile e breve" (come tale indicata, invero, solo a fini procedurali nelle Disposizioni di attuazione del c.p.p. abrogato), sottolinea anche alcune esigenze inderogabili nello svolgimento dell'esame del cadavere, che esaltano la professionalità del medico-legale incaricato di eseguirlo: la piena consapevolezza dell'obiettivo dell'indagine (che come si è detto non è solo quello di "stabilire la causa della morte" unica finalità indicata dalle Norme di attuazione del c.p.p. abrogato); la conoscenza delle possibilità offerte dalle diverse tecniche utilizzabili al fine di raggiungere i suddetti obiettivi; la condotta delle indagini in maniera "completa" ed esauriente, anche sotto il profilo della documentazione (specie fotografica) e dei prelievi in previsione degli accertamenti ulteriori che possono prospettarsi su richiesta del giudice o delle parti, sia nella fase predibattimentale, che in quella esecutiva del dibattito.

Un ulteriore elemento che ha determinato un ricorrente utilizzo dell'indagine autoptica e che, quindi, ha richiesto una specifica preparazione e un elevato grado di professionalità del medico-legale, è dato dalla modificazione dei casi che determinano l'insorgere del "sospetto di reato". In particolare, negli ultimi anni sono sempre più numerosi gli interventi in casi di sospetta responsabilità professionale medica, campo in cui l'esecuzione dell'autopsia richiede basi culturali particolarmente vaste, comportanti un ampio spettro di conoscenze di patologia medica e chirurgica, di anatomia patologica, accanto a basi giuridiche di riferimento aggiornate e necessarie proprio per quella consapevolezza degli obiettivi dell'autopsia medico-legale.

Sul piano tecnico-organizzativo, l'autopsia giudiziaria richiede, oggi ancor più di ieri, una "strategia" che non può che basarsi su strumenti co-

noscitivi molto ampi, di cui la tecnica di approccio alle diverse fattispecie è solo il primo passo<sup>33</sup>.

Dal punto di vista tecnico-procedurale l'esame autoptico consta di due fasi: esame esterno e sezione del cadavere .

L' esame esterno riveste grande importanza sia dal punto di vista anatomopatologico, poiché elementi dedotti dall'ispezione della salma possono indirizzare verso una determinata affezione interna, sia, e, soprattutto, da un punto di vista medico-legale, perché in questa fase possono essere presenti segni importanti (come, ad esempio, tracce di violenza ed altri elementi utilizzabili per l'identificazione della salma e l'accertamento della morte).

La sezione del cadavere consente al medico legale di compiere un accurato esame degli organi contenuti nella cavità cranica, toracica, addominale e degli organi del collo.

Vengono, infatti, valutati: morfologia, peso, consistenza e le eventuali alterazioni patologiche<sup>34</sup>. Viene aperto, inoltre, lo speco vertebrale e le cavità articolari quando se ne possano attendere reperti interessanti.

La stesura del verbale di autopsia costituisce il momento conclusivo dell'indagine autoptica: in esso vengono sinteticamente, ma compiutamente, descritte tutte le lesioni repertate nei singoli organi ed apparati.

Largamente utilizzata nella prassi giudiziaria e sufficientemente regolamentata, rispetto ad altre prove scientifiche, dal Legislatore, l'esame autoptico presenta ancora oggi profili problematici connessi all'evoluzione

<sup>33</sup> Giova sottolineare la netta differenza tra l'autopsia anatomo-patologica e quella medico-legale, il cui punto d'unione risulta essere esclusivamente quello meramente "tecnico" per quanto concerne l'estrazione degli organi; ciò che le separa nettamente è invece la "procedura" e quindi la differente preparazione necessaria per eseguire correttamente l'autopsia medico-legale che, come già accennato, non è diretta esclusivamente al fine di accertare la causa e l'epoca della morte ma si prefigge altresì, ed in questo si può intravedere il rinnovato ruolo di tale indagine, il fine, almeno nella preponderante casistica di rilevanza penale, della scoperta, della qualificazione, della tipizzazione del reato nonché dell'identificazione del suo autore e della vittima.

<sup>34</sup> Qualora vi sia un qualche sospetto sulla speciale causa della morte, si può cominciare la sezione da quella cavità nella quale si suppone che si trovino le più importanti e caratteristiche lesioni, per poi completarla integralmente secondo la norma, vale a dire: aprendo prima la scatola cranica, poi la cavità toracica, il collo e infine la cavità addominale.

della tecnica scientifica, al (pressochè inesistente) potere d'impulso riconosciuto ai prossimi congiunti del defunto, immediatamente dopo il decesso ed in seguito a tumulazione.

La norma processuale penale si inserisce nel contesto complessivo delineato dalla normativa sanitaria sul punto: il d.p.r. 285/90 e, soprattutto, gli artt. 3, 38 e 44 del d.p.r. 803/75.

Il decreto da ultimo richiamato indica i criteri da seguire per accertare la causa di tutti i decessi per finalità statistico-sanitarie; subordinando l'intervento dell'A.G. soltanto qualora sorga il sospetto che la morte sia conseguenza di un reato e sancendo, di fatto, la disponibilità del cadavere all'organo dell'accusa, al quale compete il rilascio dell'autorizzazione alla sepoltura.

Il potere di accertare le cause della morte per esigenza sanitaria, sono di fatto interpretati con particolare "flessibilità" dagli esercenti le professioni sanitarie, che ritengono di individuare il "sospetto" richiesto dalla norma tutte le volte in cui non emerge in modo evidente che la causa del decesso è naturale, ovvero accidentale<sup>35</sup>.

L'autopsia rientra nel novero degli strumenti tecnico-scientifici oggetto di una sostanzialmente condivisa e consolidata esperienza nell'uso giudiziario<sup>36</sup>. Tuttavia, anche uno strumento consueto come l'autopsia deve confrontarsi con le nuove tecnologie che la mette in discussione, fino a renderla problematica o, addirittura, obsoleta.

La ricerca di nuove e più avanzate indagini, sia di tipo istologico, che di tipo strumentale/radiologico, ha indotto la dottrina ad una revisione (ed integrazione) delle consolidate conoscenze nel settore autopatico mediante l'adozione sistematica, nelle ipotesi connesse all'uso di arma da fuoco, oltre al tradizionale approccio macro/microscopico, di indagini radiodiagnostiche più sofisticate ed avanzate, quali la TC spirale a completamento dei routinari rilievi radiologici.

<sup>35</sup> In tal senso, SAVIOTTI, *Art. 116*, in *Comm. Chiavario, La normativa complementare*, I, *Norme di attuazione*, Torino 1992, 411.

<sup>36</sup> Per una aggiornata analisi di questo strumento probatorio, cfr. PASCALI, *Nuove tecnologie ed indagini nel reato di omicidio: acquisizione di reperti, accertamenti tecnici sul cadavere e sul luogo del delitto ed applicazioni pratiche del test di DNA*, Relazione all'Incontro di studio organizzato dal CSM, Frascati, 8-10 giugno 2000, dattil.; VARETTO-TORRE, *L'autopsia giudiziaria ed il riscontro diagnostico*, in *Trattato di medicina legale e scienze affini*, Padova 1999, vol. III, 67 ss.

Le implicazioni e le potenzialità dell'esecuzione dell'esame TC spirale nella pratica necroscopica sono, infatti, di estrema importanza, non solo come valido strumento di ausilio, preliminare al momento dell'esecuzione dell'esame autoptico, ma anche per l'estrema chiarezza dimostrativa e probatoria del supporto visivo offerto dalle immagini TC in sede di eventuale ricostruzione dibattimentale degli eventi, in quanto mezzo di prova e consultazione assolutamente oggettivo e sempre ripetibile.

Nella diagnostica *post mortem* l'esame TC assume rilevanza ed utilizzo sempre maggiori per le innumerevoli potenzialità che la visualizzazione tridimensionale può offrire nella pratica forense. La procedura di *imaging* con TC permette, sicuramente, una eccellente ricostruzione *in situ* delle lesioni presenti nel cadavere; inoltre, la possibilità di immagazzinare ed archiviare i dati consente la ricostruzione degli angoli di traiettoria, dell'entrata e dell'uscita dei singoli proiettili, nonché della entità delle eventuali lesioni a carico degli organi interni lungo il percorso del proiettile.

Lo studio tridimensionale del corpo umano consente una esatta localizzazione dei corpi estranei di natura metallica eventualmente ritenuti, offre un contributo eccellente nella esatta individuazione di tramiti intracorporei, con una precisione che raggiunge livelli di sovrapponibilità all'osservazione settoria: da più parti in dottrina si è auspicato lo studio TC del cadavere (con lesioni da arma da fuoco) alla stregua di un'*autopsia virtuale*, strumento che non altera la realtà del corpo e, per questa ragione, oggettivo anche a distanza di tempo

La procedura consisterebbe nell'ottenere da un cadavere delle "fette" contigue, senza far ricorso alla dissezione, ma utilizzando i raggi X e l'apparecchio TC. La valutazione è affidata ai parametri di maggiore o minore assorbimento delle radiazioni ionizzanti, correlate alle caratteristiche strutturali dei diversi tessuti.

L'intero volume viene registrato in un *data-base* che resta preservato per futuri studi e valutazioni. È possibile, in tal modo, avere un cadavere non "corrutibile", che può essere sezionato in infiniti modi, restando sempre integro.

Un simile supporto diagnostico, nella pratica di medicina forense in occasione delle ricognizioni autoptiche è di straordinario vantaggio: la possibilità di procedere a nuove valutazioni, a riscontri successivi nel tempo, a consulti multidisciplinari per indagini complesse, anche dopo che si sono concluse le procedure autoptiche classiche, rappresenta una incredibile opportunità.

A differenza di quanto accade negli Stati Uniti<sup>37</sup>, in nessuna disposizione normativa italiana riguardante l'autopsia o il riscontro diagnostico è stato mai accreditato alcun ruolo decisionale ai parenti del defunto. Il vigente Regolamento di Polizia Mortuaria (d.p.r. 285/90), invero, subordina all'A.G. anche il riscontro diagnostico eseguito per interesse pubblico sul versante sanitario.

Una marginale incursione del Legislatore nel settore degli accertamenti autoptici ha estemporaneamente assegnato un ruolo ai parenti del defunto nel contesto dell'art. 232 del T.U. per l'assicurazione obbligatoria degli infortuni sul lavoro e malattie professionali (n. 1124/65). Tale disposizione normativa, che rientra nel settore assicurativo agricolo, sancisce che *in ogni caso di morte, ad istanza dell'istituto assicuratore, o degli aventi diritto dell'assicurato, il pretore, avuto il consenso dei componenti la famiglia dell'assicurato, dispone che sia praticata l'autopsia.*

Si deve sottolineare, tuttavia, che l'art. 63 del medesimo T.U., norma rientrante nel settore assicurativo industriale, conferisce all'autorità giudiziaria il compito di disporre l'autopsia alla semplice condizione che ritenga fondata la domanda e senza alcuna necessità di richiedere il consenso dei familiari

Quanto, infine, al disseppellimento di un cadavere, è possibile individuare due differenti ipotesi.

La prima, espressamente prevista, si riferisce ad una situazione in cui, all'atto del decesso, non era sorto alcun sospetto: in tal caso, sarà necessaria la sussistenza dei "gravi indizi" di reato, per la configurabilità dei quali appare necessario un giudizio probabilistico di maggior rigore rispetto al generico "sospetto", di cui al primo comma dell'art. 116 disp. att.

La seconda, di carattere generale, si riferisce ai procedimenti precedentemente iscritti e per i quali è stata disposta l'archiviazione: in questi casi, il P.M. potrà procedere al disseppellimento solo quando, ai sensi degli artt. 414 e 415 c.p.p., le indagini siano state riaperte.

Questo particolare condizionamento restrittivo delle previsioni normative in materia di autopsie su cadaveri esumati rappresenta un osta-

<sup>37</sup> Negli USA è normalmente possibile effettuare un'autopsia sulla base della sola richiesta espressa dai parenti del defunto, a prescindere da interventi dell'A.G. o dell'Autorità Sanitaria. Ogni patologo abilitato può effettuare l'esame autoptico su richiesta scritta di un familiare, usualmente formalizzata in appositi moduli.

colo che l'A.G. è normalmente restia a superare se le istanze rivolte in tal senso dai parenti non implicano l'individuazione di quei "gravi indizi di reato" richiamati nell'art. 116, ma tendono semplicemente a dissipare i loro dubbi d'altra natura<sup>38</sup>.

Le domande di accertamenti autoptici provenienti da soggetti privati, che sono prevalentemente motivate dalle dubbiosità sulla reale identità della salma o da situazioni nelle quali si è profilata la necessità di indagare sull'esistenza di malattie genetiche, non trovano specifici presupposti regolamentari nel vigente contesto normativo della medicina necroscopica. L'art. 37 del R.P.M., infatti, fatta salva la prelazione indiscriminatamente riconosciuta all'A.G., conferisce soltanto a figure dotate di ruoli istituzionali sanitari di matrice pubblica la facoltà di chiedere, o di disporre, il riscontro diagnostico.

Si tratta di una lacuna non trascurabile nell'attuale realtà bio-medica e nelle presenti contingenze storico-sociali, nelle quali le esigenze di conoscere ogni aspetto di natura sanitaria, o quelle che comunque ineriscano ad altre forme di beni e di interessi oggetto di tutela giuridica privilegiata, appartengono al c.d. "diritto vivente".

Sulla scia delle tendenze statunitensi, da più parti è stata prospettata la possibilità di recepire nel nostro Ordinamento la c.d. autopsia privata, in modo da adeguare il contesto normativo vigente alle aspettative di chiarezza che i parenti possono pretendere in ordine alle cause della morte di un loro congiunto, nonché per salvaguardare la legittima esigenza di certezza sull'identità di una salma.

Le autopsie private, sia su cadavere fresco, che su cadavere esumato, dovrebbero essere richieste all'Autorità Sanitaria Pubblica, cioè al servizio dell'ASL delegato alla gestione della medicina necroscopica sul territorio, con contestuale informativa, all'A.G. penale territorialmente com-

<sup>38</sup> Recentemente, il gip del Tribunale di Tolmezzo ha rifiutato ai genitori di un militare, deceduto per morte violenta assieme ad altri commilitoni durante la leva, il nulla osta all'autopsia su esumazione, intesa ad accertare la reale identità della salma, consegnata dall'Esercito ai genitori in un feretro già chiuso, motivando il rifiuto con l'inesistenza di indizi di reato.

Altre volte, l'A.G. ritiene di non dover applicare il regolamento alla lettera e, ispirandosi a ragioni di buon senso e di umanità, concede ai familiari il nulla osta per l'esumazione attraverso provvedimenti di problematica coerenza con il contesto normativo, attesa l'assenza di un suo proprio interesse sul versante degli indizi di reato, che per il Codice devono essere "gravi".

petente, dei tempi, luoghi e modi di svolgimento dell'accertamento settorio.

Ciò al fine di consentire all'A.G. di esercitare, se del caso, la già richiamata prelazione istituzionale, ma senza diritto/obbligo di rilasciare uno specifico nulla osta.

L'A.G., in altri termini, dovrebbe essere messa in condizione di poter direttamente assumere in proprio l'accertamento ove, nel contesto per il quale l'autopsia è stata richiesta dai parenti, ravvisi quei "gravi indizi di reato" di cui all'art. 116 disp. att. c.p.p.

Ove così non sia, l'A.G. non dovrebbe essere coinvolta nella procedura, neppure per il semplice nulla osta, rimanendo comunque garantita nei suoi interessi dalla previsione contenuta nell'art. 39 del vigente R.P.M.

Una siffatta impostazione risponderebbe all'attuale crescente tendenza del Legislatore a depenalizzare le situazioni prive di effettivo risalto criminologico, nonché alla tutela dell'interesse pubblico della gestione delle salme e delle connesse procedure di indole sanitaria, amministrativa e giudiziaria.

CARMELA AMURA

## Mobbing, il male oscuro del lavoro

SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Origine e significato del termine - 3. Il mobbing non è... - 4. Mobbing al femminile: discriminazione nella discriminazione - 5. Alcune definizioni scientifiche - 6. La comunicazione conflittuale - 7. I protagonisti - 8. I caratteri distintivi - 9. I tempi del mobbing: le fasi - 10. Una nuova figura professionale: l'Esper-to di mobbing - 11. L'esigenza di una legge - 12. Le azioni a tutela del mobbed - 13. Alcuni tentativi di disciplina - 14. Il mobbing come fatto oggetto di prova - 15. Le tipologie di danno da mobbing - 16. Il risarcimento del danno da mobbing - 17. Mobbing: come prevenirlo - 18. Conclusioni

### 1. Introduzione

La scelta di svolgere una ricerca sul mobbing nasce dall'esigenza di approfondire un fenomeno sociale problematico in espansione, di cui si parla sempre più spesso, ma ancora sconosciuto nelle sue evoluzioni sociali, normative e giurisprudenziali.

Infatti, già nel momento in cui ci accingiamo a darne una definizione giuridica, incontriamo la prima criticità, perché in Italia, come nella maggior parte dei Paesi industrializzati interessati dal problema, salvo la Svezia, la Francia e il Belgio<sup>1</sup>, non esiste, allo stato, una normativa specifica che lo disciplini e lo sanzioni.

È per questo motivo che appare appropriato richiamare un brocardo latino che recita: «Lex est araneae tela, quia, si in eam inciderit quid debile, retinetur; grave autem pertransit tela rescissa» [*La legge è come una ragnatela: se vi cade qualcosa di leggero essa lo trattiene, mentre ciò che è pesante la rompe e scivola via*]. Questa espressione può compiutamente descrivere quali siano le difficoltà che attualmente si presentano a chi, come operatore del diritto, si tro-

<sup>1</sup> SVEZIA, Ordinanza dell'Ente Nazionale per la Salute e la Sicurezza, *Disposizioni relative alle misure da adottare contro forme di persecuzione psicologica negli ambienti di lavoro*, 21 settembre 1993; FRANCIA, *Loi de Modernisation Social*, n. 73 del 17 gennaio 2002; BELGIO, Legge su *L'harcèlement moral* [mobbing] dell'11 giugno 2002; consultabili sul sito [www.uil.it/mobbing/normativa.htm](http://www.uil.it/mobbing/normativa.htm).

va a dover dimostrare o giudicare fatti denunciati come di mobbing.

Dinanzi ad un fenomeno di così ampia rilevanza sociale, l'inerzia e l'*ignorantia* del legislatore conducono a rocamboleschi tentativi di successo in ambito legale, esperimenti nelle aule giudiziarie condotti sulla pelle di chi vive drammaticamente il problema.

La letteratura scientifica rappresenta il mobbing come una comunicazione conflittuale sul posto di lavoro, nella quale la persona attaccata viene posta in una posizione di particolare debolezza. Tale fenomeno può manifestarsi in vari modi, ma in ogni caso la vittima è irrimediabilmente destinata a soffrire e soprattutto a subire un danno alla propria carriera e alla propria persona, sotto tutti gli aspetti che possono riguardarla<sup>2</sup>.

Consumatosi per anni nel silenzio quasi da chiostro dei luoghi di lavoro, circondato da indifferenza o addirittura da compiacente omertà, disceso spesso da attriti personali fra colleghi, per gelosie o carrierismi, il mobbing in senso stretto si può ricondurre al classico *homo homini lupus* di hobbesiana memoria<sup>3</sup>.

Il fenomeno ha iniziato a venire alla ribalta dapprima in sordina, grazie al lavoro di alcune associazioni private, e poi, via via, in maniera sempre più visibile, grazie all'attenzione che mass-media e istituzioni hanno concesso agli studi e alle ricerche che specialisti delle varie scienze interessate dedicavano ai casi che si andavano verificando.

Oggi di mobbing si parla spesso e a sproposito. Meccanismo che si può sintetizzare nella formula «tutto è mobbing, niente è mobbing»<sup>4</sup>.

Il pericolo che si corre in tale situazione è quello di svilire il concetto, citarlo fino a renderlo inutilizzabile. Mentre occorre studiare seriamente, con la necessaria scientificità, un fenomeno che ha, nella complessità, l'aspetto più insidioso.

Il mobbing è un *minus* che rientra, come parte del tutto, nel *majus* del generale deterioramento delle condizioni di lavoro e dei diritti dei lavoratori, nei copiosi incidenti ed infortuni sul lavoro, nella fioritura di contratti parziali e atipici.

È un fenomeno complesso perché investe una serie di settori, dal-

<sup>2</sup> H. EGE, *La valutazione peritale del danno da mobbing*, Milano, Giuffrè Editore, 2002, pag. XIII.

<sup>3</sup> T. HOBBS, *Leviathan*, 1651.

<sup>4</sup> H. EGE, *La valutazione ...*, op. cit.

la psicologia del lavoro al diritto, dalla medicina del lavoro alla psichiatria, che cercano di attrarre nella propria sfera di competenza tutta la materia, in considerazione delle potenzialità espansive della casistica.

Grazie agli studi effettuati, si è affermato che il mobbing è fenomeno ubiquitario, piuttosto diffuso in tutte le realtà lavorative, non solo private ma anche pubbliche, anche se è con riferimento alle prime che si è primariamente palesato ed è stato oggetto di studio.

Altra considerazione di rilievo è che il mobbing è un problema che può interessare potenzialmente ciascuno di noi, a prescindere dal tipo di lavoro svolto. È stato infatti definito come una “malattia democratica”, nel senso che può colpire chiunque, finanche il lavoratore autonomo, e nessuno ne è potenzialmente escluso<sup>5</sup>.

## 2. Origine e significato del termine

Il termine *mobbing* deriva dall'inglese *to mob*, che significa “assalto di gentaglia o plebaglia”, e dal latino *mobile vulgus*, cioè “movimento di gentaglia”. Nella traduzione letterale significa quindi attaccare, accerchiare, assalire. Consiste in abusi, oltraggi e soprusi contro un lavoratore isolato, divenuto, per svariate ragioni, indesiderato.

Già nel 1800 era usato dai biologi inglesi per descrivere il comportamento degli uccelli che difendevano il loro nido con manovre di volo minacciose contro gli aggressori.

Il concetto fu poi utilizzato dall'etologo Karl Lorenz<sup>6</sup>, con riferimento a quei comportamenti aggressivi con cui alcune specie animali, come ad esempio i lupi, per ragioni non sempre spiegabili, si coalizzano contro un loro simile, appartenente allo stesso branco e lo sottopongono ad una serie di vessazioni col fine di allontanarlo dal gruppo.

Il primo che ha introdotto il termine nell'ambito dell'analisi delle società umane, è lo scandinavo Heinz Leymann<sup>7</sup>, uno dei maggiori esperti mondiali dell'ambiente lavorativo, divenuto così lo studioso più si-

<sup>5</sup> Così la *Carta dei diritti delle lavoratrici e dei lavoratori*, ad iniziativa di Amato-Treu.

<sup>6</sup> K. LORENZ, *Das sognante boese. Zur Naturgeschichte der Aggression*, Vienna, 1963.

<sup>7</sup> H. LEYMANN, *The content and development of mobbing at work*, in “European journal of work and organizational psychology”, 1996, p. 239 e ss; *Mobbing and psychology terror at workplace*, in “Violence and victims”, 1990, p. 119 e ss. A cura dello stesso autore si può consultare il sito [www.leymann.se](http://www.leymann.se).

stematico del fenomeno, universalmente riconosciuto come *il padre del mobbing*<sup>8</sup>.

Tuttavia egli non fu il primo ad importare il termine dall'etologia, bensì lo svedese Heinemann nel 1972, che lo utilizzò per definire quei comportamenti violenti tra bambini a scuola, che oggi si riconducono al bullismo. Leymann stesso si aggiudica solo il primato di averlo applicato al campo dei comportamenti degli adulti nel mondo del lavoro.

Per la dottrina italiana di pari importanza sono stati i contributi dello studioso di origine tedesca Harald Ege, che ha rivisitato i criteri definiti dal Leymann per individuare il mobbing, che definisce come "terrore psicologico sul posto di lavoro", locuzione italiana tradotta direttamente dalla definizione principale di Leymann in tedesco "*Psychoterror am Arbeitsplatz*"<sup>9</sup>, comunicazione negativa in ambito lavorativo o routine del conflitto; più recentemente come "guerra sul lavoro, tramite violenza psicologica, fisica o morale"<sup>10</sup>.

Il mobbing dunque, è una forma di tortura, nascosta e strisciante, perpetrata sul posto di lavoro.

Storicamente, lo scopo principale della tortura, è quello di annullare la personalità e l'identità degli individui o dei gruppi sociali, che con il loro comportamento possono minare le regole sulle quali si fonda un regime di potere. Essa, più della stessa pena di morte, è considerata il massimo deterrente per combattere la trasgressione nei confronti dell'autorità costituita<sup>11</sup>.

Il mobbing si attua soprattutto mediante azioni discriminatorie, di cui il secolo passato ha mostrato in Europa le forme più terribili e sistematiche, come quelle verso ebrei, dissidenti, politici.

Anche nell'esperienza odierna si assiste a fenomeni discriminatori, meno evidenti, ma pur sempre insidiosi e subdoli, verso minori sfruttati sul lavoro, tossicodipendenti, omosessuali, stranieri.

In tale contesto, gli ordinamenti cercano di stabilire minime regole per tutelare la dignità umana senza distinzioni e in condizioni di ugua-

<sup>8</sup> H. LEYMANN, *Leymann inventory of psychological terror*, 1984, in *Pari e dispari, Occupazione femminile, scolarità, congedi parentali, servizi per l'impiego, azioni positive, mobbing... e altro ancora*, Milano, Franco Angeli, 2004, p. 106.

<sup>9</sup> H. LEYMANN, *Mobbing, Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann*, Reinbeck, Rowolth, 1993.

<sup>10</sup> H. EGE, *Mobbing, conoscerlo per vincerlo*, Milano, Franco Angeli, 2001.

<sup>11</sup> *La tortura nel Bel Paese*, a cura di Romano Nobile, Roma, Malatempora, 2006, p. 5.

gianza effettiva<sup>12</sup>.

Tuttavia, la casistica giurisprudenziale sull'argomento non sembra affatto esaurirsi, e paradossalmente, viene in evidenza una Pubblica Amministrazione, che per definizione dovrebbe operare con imparzialità ed equità, che invece spesso pone in essere abusi e discriminazioni<sup>13</sup>.

Nel linguaggio comune, per discriminazione si intende una distinzione sulla base di dati elementi, ma di fatto essa indica un trattamento negativo, quanto ingiustificato, del soggetto discriminato.

Il concetto di discriminazione, richiama quello di parità di trattamento, che ci fa rilevare una differenza evidente tra il settore pubblico e quello privato, dove il datore di lavoro non ha l'obbligo di trattare allo stesso modo i dipendenti sotto il profilo economico e normativo. Nel pubblico impiego invece, la parità di trattamento discende dall'obbligo di imparzialità della Pubblica Amministrazione, costituzionalmente garantito dall'art. 97, sicché il trattamento disuguale è in sé illegittimo, anche se non necessariamente discriminatorio.

La discriminazione, invece, è vietata sia nel pubblico che nel privato<sup>14</sup>.

### 3. Il mobbing non è ...

Il mobbing **non è una semplice azione ostile**. Questo è uno dei primi e fondamentali presupposti del problema.

Il mobbing è una strategia, un attacco ripetuto, continuato, sistematico, duraturo. È in quest'ottica che il mobbing non è un litigio, furioso ma occasionale, non è un demansionamento, un trasferimento gravoso, un ordine di servizio umiliante, l'assegnazione ad una postazione di lavoro scomoda ed ergonomicamente scorretta.

Il mobbing **non è una patologia**, ma una situazione; non è un problema dell'individuo, ma dell'ambiente di lavoro; non è depressione, ansia, insonnia, gastrite o quant'altro, ma è la spiegazione di questi disturbi: il mobbing insomma, non è l'effetto, ma la causa.

<sup>12</sup> Si vedano il D.lgs. n. 215 e il D.lgs. n. 216 del 9 luglio 2003.

<sup>13</sup> F. BUFFA, *Discriminazione nella Pubblica Amministrazione e tutela del lavoratore. Mobbing e abusi*, Rimini, Maggioli Editore, 2004.

<sup>14</sup> Si vedano art. 4, L. 125/91; art. 43 T.U. sull'immigrazione introdotto dall'art. 41, L. 40/98, cd. Turco-Napolitano, nonché artt. 15 e 28, L. 300/70, Statuto dei Lavoratori.

Quando una persona viene investita da un'automobile e si rompe una gamba, la diagnosi sarà "frattura dell'arto" e non "incidente stradale".

In alcuni testi stranieri, e quindi nei referti medici, a volte si parla di "mobbing syndrome", che non sarebbe altro che l'insieme di disturbi di natura quasi sempre psicosomatica che la vittima di mobbing presenta. In questo senso non è errato parlare di "sindrome da mobbing".

Tuttavia, la gamma dei sintomi è talmente vasta e legata alla storia personale del soggetto, che non è sempre possibile identificare dei disturbi tipici e ricorrenti. Sicché una persona può manifestare comunemente depressione e insonnia, ma anche gastriti nervose, cefalee, problemi digestivi. Se la vittima presenta particolare inclinazione per un disturbo, sarà proprio questo a farsi più sentire in condizioni di pressione o tensione. Insomma, al disagio e al conflitto ognuno reagisce a suo modo, con manifestazioni assai spesso imprevedibili.

Per questo motivo Harald Ege ritiene concettualmente inaccettabile e fonte di gravi e pericolosi equivoci, l'espressione "sindrome da mobbing".

**Il mobbing non è bullismo.** Infatti, il termine inglese *bullying*<sup>15</sup> indica un atteggiamento generale di abuso, prepotenza e prevaricazione, messo in atto in contesti non specificati.

Quando è inteso come sinonimo di mobbing, come accade nei Paesi anglosassoni, si specifica in *workplace bullying* o *bullying at work*.

**Il mobbing non ha vittime predestinate.** Fin dall'inizio dei suoi studi Leymann affermò categoricamente che non ci sono tipi di personalità inclini ad essere mobbizzati.

Le indagini nord europee sui gruppi a rischio sottopongono un campione di vittime ad un test di personalità per verificare l'eventualità di un profilo ricorrente. Ma Leymann stesso spiegò che il soggetto ha subito un cambio sostanziale di personalità, per cui non è più possibile stabilire quale essa fosse prima di essere mobbizzato. Egli è diventato di fatto un'altra persona.

**Il mobbing non è una molestia sessuale.** Alcune volte però, i due comportamenti si sovrappongono e la molestia sessuale può diventare, di fatto, uno strumento di mobbing, cioè l'azione viene posta in essere per le motivazioni tipiche del mobbing. Inoltre, la molestia sessuale, di fronte ad un rifiuto, può trasformare il molestatore, che si sente grave-

<sup>15</sup> P. HEINEMANN, *Mobbing, grupp vald bland barn och vuxna, natur och Kultur*, 1972.

mente offeso per essere stato respinto, in mobber per vendetta. È il caso del mobbing sessuale descritto da Ege<sup>16</sup>.

#### **4. Mobbing al femminile : discriminazione nella discriminazione**

Vi è da dire che nell'ambito della generale categoria della discriminazione, si inserisce la discriminazione di genere, particolarmente sentita nel mondo del lavoro, ancora fortemente influenzato dagli stereotipi sui ruoli sessuali, ove si tende a considerare la donna relegata in ruoli marginali o peggio, come oggetto d'attrazione sessuale.

Influenzata dal tradizionale ed imperante pensiero maschile, la condizione femminile è tuttora legata alla corporeità e alla sua potenzialità riproduttiva, che ne determina il modo d'essere.

Per arginare in qualche modo il fenomeno sono stati adottati "Codici di comportamento" che forniscono elementi utili, ma sicuramente insufficienti, per contrastare le situazioni di molestia morale definibili come mobbing.

Ponendo l'accento sul rispetto della dignità umana, sul percorso professionale e la progressione di carriera, nel suo connotarsi in maniera diversa secondo l'appartenenza al genere maschile o femminile, si sono osservati i rischi e gli effetti del mobbing in modo non neutro rispetto all'essere donne o uomini nel lavoro, mediante l'espletamento di varie ricerche, tra cui quella effettuata all'interno dell'Azienda Ospedaliera OIRM – Sant'Anna di Torino<sup>17</sup>.

Da considerare che l'ambito sanitario è connotato da un'alta componente femminile. Ciononostante, la distribuzione delle posizioni e delle carriere segue il principio del *sex typing*: le donne sono adibite ad aspetti della cura meno specialistica, gli uomini alla strumentazione tecnica o collocati in una posizione cruciale, quella dei medici.

Dall'indagine è emerso che il mobbing può colpire indistintamente sia le donne che gli uomini, tuttavia il personale femminile è più esposto ai rischi di aggressione e di relazioni ostili, pur stemperate dalla possibilità di richiedere mobilità interna.

<sup>16</sup> H. EGE, *Il mobbing in Italia, Introduzione al mobbing culturale*, Bologna, Pitagora Editrice, 1997.

<sup>17</sup> F. DONATI, Rapporto finale di ricerca – Azione positiva Oirm S. Anna, maggio 2002.

Ciò che di preoccupante emerge analizzando i dati che pervengono dai Centri di ascolto, ormai in aumento su tutto il territorio nazionale, è che ad essi si rivolgono in egual misura, donne e uomini, ma poiché le donne che lavorano sono in numero inferiore rispetto agli uomini, se ne deduce che esse subiscono maggiori maltrattamenti.

Quello che viene definito “mobbing rosa” non ha ceto. Commesse, segretarie o operaie, ma anche chirurghe e funzionarie della P.A., tutte sono potenziali vittime.

Ancora più inquietante, il risultato di una ricerca svolta su oltre 150 aziende in tutta Italia dall’Associazione “*Donne e qualità della vita*”, secondo la quale “il mobbing è femmina”<sup>18</sup>. In altre parole, **se il capo è donna la molestia è assicurata.**

Infatti, su mille casi di mobbing esaminati, il 38% riguarda abusi al femminile; di questi ben il 58% da donna capo a donna sottoposta. Ciò che dimostra come sia forte la competizione tra il gentil sesso.

Le donne, quindi, sono le prime ad essere tanto vittime quanto artefici del mobbing, che si inserisce come drammatica e ulteriore problematica nel già problematico mondo lavorativo che da sempre la donna vive.

Le aziende dell’odierna società operano nella logica della massima produttività. Quando la donna si macchia della grave colpa di avere dei figli che possono ridurre la disponibilità al lavoro, deve essere eliminata, ed è meglio farlo attraverso il mobbing per non essere coinvolte in vertenze sindacali<sup>19</sup>.

## 5. Alcune definizioni scientifiche

Non esistendo una definizione a livello giuridico, molte se ne incontrano tra le varie pubblicazioni, e soprattutto nelle sentenze dei giudici che sinora si sono pronunciati al riguardo.

Si può affermare che la più classica, conosciuta ed usata definizione di mobbing è quella che Leymann diede nel 1996: «Il terrore psicologico sul posto di lavoro o Mobbing consiste in una comunicazione ostile e contraria ai principi etici, perpetrata in modo sistematico da una o

<sup>18</sup> In [www.ecologiasociale.org](http://www.ecologiasociale.org).

<sup>19</sup> Problematica affrontata nel film *Mi piace lavorare* di F. COMENCINI, con N. BRASCHI, 2004.

più persone principalmente contro un singolo individuo, che viene per questo spinto in una posizione di impotenza e impossibilità di difesa, e qui costretto a restare da continue attività ostili. Queste azioni sono attuate con un'alta frequenza (almeno una volta alla settimana) e per un lungo periodo di tempo (per almeno sei mesi). A causa dell'alta frequenza e della lunga durata, il comportamento ostile dà luogo a seri disagi psicologici, psicosomatici e sociali»<sup>20</sup>.

In Italia il termine mobbing proposto da Ege nel 1995 ha avuto successo. È facile da pronunciare e sintetizza un fenomeno che sarebbe troppo lungo da spiegare con la sintassi di una lingua articolata quale quella italiana. Ci sono infatti tanti sinonimi: persecuzione, vessazione, abuso, violenza psicologica o morale, terrore/terrorismo psicologico, guerra in ufficio. Tuttavia usando questi termini, occorrerebbe specificare che si vuol fare riferimento all'ambito lavorativo, mentre il termine mobbing li contiene tutti.

L'ultima definizione data da Ege è la seguente: «Il mobbing è una situazione lavorativa di conflittualità sistematica, persistente ed in costante progresso, in cui una o più persone vengono fatte oggetto di azioni ad alto contenuto persecutorio da parte di uno o più aggressori in posizione superiore, inferiore o di parità, con lo scopo di causare alla vittima danni di vario tipo e gravità. Il mobbizzato si trova nell'impossibilità di reagire adeguatamente a tali attacchi e a lungo andare accusa disturbi psicosomatici, relazionali e dell'umore che possono portare anche a invalidità psicofisiche permanenti di vario genere e percentuali ...»<sup>21</sup>.

All'interno di queste righe sono presenti quelli che secondo Ege, sono i sette criteri fondamentali per la definizione e l'individuazione corretta del mobbing, costituiti da: ambiente lavorativo, frequenza, durata, tipo di azioni, dislivello tra gli antagonisti, andamento in fasi successive, intento persecutorio.

## **6. La comunicazione conflittuale**

Se il disagio fisico e la molestia morale sono sempre esistite nelle re-

<sup>20</sup> H. LEYMAN, A. GUSTAFSSON, *Mobbing at work and the development of Post-Traumatic Stress Disorder*, in "Mobbing and Victimization at work, European Journal of Work and Organizational Psychology", vol. 5, n. 2, 1996, p. 168.

<sup>21</sup> H. EGE, *La valutazione...*, op. cit., p. 39.

altà lavorative, la novità del mobbing consiste nella "routine del conflitto"<sup>22</sup>.

Un buon leader è consapevole del fatto che il conflitto è una componente naturale e potenzialmente produttiva nell'ambito delle relazioni di gruppo. Esso stimola il pensiero, introduce varie prospettive riguardo ad una situazione e puntualizza i fattori chiave in merito alla decisione da prendere. Tutto ciò è vero quando le dinamiche sono gestite in modo consapevole e costruttivo.

Ma il conflitto può essere anche distruttivo. Nella comunicazione competitiva, infatti, ciascun membro del gruppo cerca di influenzare gli altri allo scopo di avere ragione riguardo alle proprie idee, le proprie soluzioni e punti di vista. Si crea allora un tipo di rapporto *win-lose*, in cui c'è chi perde e c'è chi vince.

A livello individuale, gli effetti negativi del conflitto si esprimono in sintomi psicologici, fisici e comportamentali.

A livello aziendale si generano tensioni all'interno di tutta l'organizzazione e, per un gioco di schieramento delle parti, si dà avvio ad una vera e propria guerra allargata, con ricadute sulla produttività in generale, che determina un aggravio dei costi oltre che un aumento dei rischi per la sicurezza e la salute sul posto di lavoro.

Esistono tecniche per risolvere un conflitto negativo, fondate sull'analisi, la mediazione, l'assertività<sup>23</sup>. Tuttavia, poiché una delle caratteristiche di tali eventi è che si tende ad ignorarli, con l'illusione che regrediscano spontaneamente, il conflitto segue il suo corso ed evolve in direzione del mobbing.

In tal caso, il fenomeno non si presenta con un'azione tipica, ma si realizza mediante qualunque condotta impropria: parole, atti, gesti o scritti capaci di arrecare offesa alla personalità, alla dignità o all'integrità fisica o psichica di una persona, di metterne in pericolo l'impiego o di degradare il clima lavorativo.

Leymann ha individuato tre principali gruppi di comportamenti realizzanti il mobbing, e cioè quelli incidenti sulla comunicazione con la persona attaccata, sulla sua reputazione e sulla manipolazione della sua prestazione lavorativa nell'attribuzione di compiti.

Solo un numero esiguo di tali casi giunge nelle aule dei tribunali,

<sup>22</sup> H. EGE, *I numeri del mobbing*, Bologna, Pitagora Editrice, 1998.

<sup>23</sup> A. GASPARI, *Emergenza mobbing – Le coordinate del problema*, in LPO, IV/V, 2002.

poiché spesso la vittima rimane inconsapevole della situazione in cui si è venuta a trovare.

Vi è da dire che l'azione giudiziaria è lunga e difficile, come si intende illustrare.

### **7. I protagonisti**

In una situazione di mobbing intervengono diversi personaggi, ciascuno dei quali svolge un ruolo: il mobber, il mobbizzato o mobbed e il complice.

Il *Mobber* è colui che vessa i propri sottoposti o colleghi per scopi che in superficie sono di potere, ma che nascondono motivazioni psicopatologiche più profonde, le quali arrivano al sadismo praticato per il proprio piacere; in breve, si tratta di una persona con seri problemi.

Secondo alcune indagini condotte sul campo, il mobber ha una personalità "psicopatologicamente disturbata", che si manifesta come "disturbo narcisistico di personalità", individuabile attraverso la verifica di alcune specifiche caratteristiche, come senso grandioso di importanza, fantasie illimitate di potere e successo, strumentalizzazione degli altri, invidia, ostentazione di comportamenti arroganti e presuntuosi.

Fanno parte della categoria dei mobber: il frustrato, l'istigatore, il megalomane e il narcisista perverso.

La figura del mobber è impersonata all'interno dei luoghi di lavoro da un capo, da un collega o da un altro personaggio di per sé insignificante, il quale, in modo subdolo e nascosto, agisce senza una ragione apparente e come se coltivasse nell'intimo un forte convincimento di impunità all'interno della comunità dei lavoratori.

Si tratta di soggetti che non vivono una propria vita lineare ed avvertono interiormente un conflitto tra ciò che sono e ciò che vorrebbero essere, che non sfocia in una decisione di superamento del proprio stato per giungere ad una condizione di equilibrio e serenità.

Il mobber infatti, investe tempo ed energie nel pianificare le dannose azioni mobbizzanti, agisce con le armi della parola e dello psicoterrorre, con l'assegnazione di compiti dequalificanti o troppo elevati o pericolosi, fino ad arrivare al sabotaggio. Il meccanismo della persecuzione è implacabile e lo stato di terrore in cui fa vivere la vittima è voluto e premeditato.

L'altro protagonista è il lavoratore che si trova ad essere vittima dei comportamenti vessatori, denominato *Mobbizzato* o *Mobbed*<sup>24</sup>.

Pur essendo impossibile pervenire ad una tipizzazione in assoluto del soggetto a rischio mobbing, le ricerche hanno rivelato una maggiore incidenza nelle grosse quattro categorie dei "creativi", degli "onesti", dei "disabili" e dei "superflui"<sup>25</sup>. Di fatto, si è accertato che spesso i mobbed sono in origine persone eccezionali, estremamente sensibili e fuori del comune, che finiscono per rinchiudersi in un guscio di passività e di demotivazione particolarmente gravi.

A fronte dei frequenti attacchi subiti, il mobbed prova un senso di isolamento, si sente non utilizzato per le sue reali capacità, arrivando a percepire una estromissione, effettiva o virtuale, dal contesto lavorativo.

Il più delle volte si tratta di gesti o comportamenti, che presi singolarmente sono insignificanti, ma che nel complesso risultano essere devastanti. La vittima non è subito in grado di identificare chiaramente quello che le sta succedendo e quando, finalmente, si rende conto della subdola macchinazione architettata nei suoi confronti, non ha più la forza di reagire.

Il suo stato di salute si altera, con manifestazioni nella sfera neuropsichica, come disturbo dell'adattamento, disturbo acuto da stress, disturbo post-traumatico da stress.

Le conseguenze sociali possono essere disastrose, in quanto la persistenza dei disturbi psicofisici porta ad assenze dal lavoro sempre più prolungate, con "sindrome da rientro al lavoro" sempre più accentuata, fino alle dimissioni o al licenziamento.

Nessuna situazione di mobbing può restare inavvertita dai cosiddetti *spettatori* che possono fare da semplice sfondo oppure parteggiare apertamente per una delle due parti, di solito per il mobber.

Gli spettatori sono i colleghi, i superiori, gli addetti alla gestione del personale, che non sono coinvolti direttamente nel mobbing, ma in qualche modo vi partecipano, lo percepiscono, lo vivono di riflesso.

L'atteggiamento inerte dello spettatore lo rende complice, ed egli

<sup>24</sup> Personalmente preferisco usare il termine *mobbed*, sia perché trovo brutta l'espressione italiana "mobbizzato", sia perché è più coerente posto che anche gli altri termini sono d'importazione.

<sup>25</sup> Si vedano le analisi del Dott. R. GILIOLI, neuropsichiatra del Centro di disadattamento lavorativo presso la Clinica del Lavoro di Milano

si trasforma in un altro temibile aggressore silenzioso, in quanto osserva ma non interviene.

### 8. I caratteri distintivi

Per genesi il mobbing appartiene solo al **posto di lavoro**, ma il disagio può ripercuotersi gravemente in ogni aspetto della vita del mobbed, primo fra tutti quello privato e familiare, andando a costituire il fenomeno del "doppio mobbing"<sup>26</sup>. La famiglia infatti, da un'iniziale reazione di sostegno morale e profonda comprensione, passa ad un atteggiamento di disinteresse, per l'esasperazione dovuta al fatto che il loro congiunto non fa che riversare continuamente su di essa la carica di negatività che accumula sul lavoro. L'indifferenza si trasforma in ostilità quando vede minacciata la propria integrità e serenità e reagisce in una sorta di contrattacco.

Il mobbed si trova così doppiamente attaccato, sul lavoro e in famiglia, con conseguenze anche drammatiche, come separazioni coniugali, fughe da casa, crisi personali che nei casi peggiori portano addirittura al suicidio.

La **frequenza** con cui si verificano le azioni ostili è un criterio molto importante, per distinguere tra un singolo atto di ostilità, fisiologico nei rapporti interpersonali, e un conflitto persistente e persecutorio. Statisticamente, Leymann stesso stabilì che si può parlare di mobbing solo se il soggetto riferisce di subire attacchi e azioni ostili almeno una volta alla settimana. Ege tuttavia ha elaborato un caso che costituisce una situazione eccezionale e che viene definita "sasso nello stagno".

Il caso tipico è quello del dipendente che subisce un pesante demansionamento e viene escluso dagli incarichi di maggior prestigio e responsabilità. Pur trattandosi di una singola azione le conseguenze che ne derivano sono assolutamente durature e la percezione del soggetto tutt'altro che passeggera.

L'effetto ostile della singola azione perdura, si ripete e si rinnova ogni giorno, benché sia di fatto terminata, esplicandosi in modo simile ad un sasso nello stagno, originando cioè una serie di cerchi concentrici anche

<sup>26</sup>H. EGE, *Il Mobbing in Italia... op. cit.*, p. 97.

dopo che il primo di essi è ormai scomparso sott'acqua.

La **durata** è un altro criterio fondamentale per stabilire la riconducibilità di un fenomeno al mobbing. Secondo Leymann l'ostilità deve avere una durata di almeno sei mesi. Tuttavia la ricerca oggi conduce verso l'individuazione di parametri temporali più flessibili, da valutare caso per caso.

Il pericolo comunque non dovrebbe essere inferiore ai tre mesi.

Anche per la durata Ege individua casi particolari, che definisce *Quick Mobbing*, in cui il conflitto, al pari di un temporale estivo breve e violento, sembra saltare i preliminari ed esplodere immediatamente in tutta la sua forza<sup>27</sup>. Per ciò che concerne il **tipo di azioni** Leymann ha elaborato una lista di 95 azioni ostili, suddivise in cinque categorie: attacchi ai contatti umani e alla possibilità di comunicare, isolamento sistematico, cambiamento delle mansioni lavorative, attacchi alla reputazione, violenze e minacce di violenza, attacchi diretti a vari livelli della vita professionale, sociale ed intima della vittima.

Nel mobbing i protagonisti sono sostanzialmente due: la vittima e l'aggressore, ma non si tratta di due persone, bensì di due ruoli in conflitto, ognuno dei quali può essere costituito da uno o più soggetti<sup>28</sup>.

Deve essere ben chiaro e percepibile un **dislivello di potere** tra i due attori, con la conseguenza che la vittima viene a trovarsi sempre in posizione di svantaggio. Ciò non fa riferimento alla posizione gerarchica, ma alla capacità di difendersi dall'aggressore.

Perché si possa parlare di mobbing ci deve essere un chiaro scopo negativo nei confronti della vittima. Il mobber deve compiere le sue azioni con un obiettivo ben preciso in mente, ostile e negativo, che persegue comportandosi in modo coerente, ideando strategie di attacco accurate, preparate e pianificate con largo anticipo e a lungo termine. In ciò si ravvisa l'**intento persecutorio** dato da tre fattori: lo scopo politico, l'obiettivo conflittuale e la carica emotiva.

Lo scopo politico è un obiettivo a lungo termine, che permea ed informa tutta l'azione strategica del mobber, che può essere quello di allontanare l'altro dal lavoro, ma anche solo procurargli fastidio o isolarlo.

<sup>27</sup>H. EGE, *La Valutazione peritale... op. cit.*, p. 56.

<sup>28</sup>Nel caso del *bossing* addirittura il mobber è l'azienda stessa.

L'obiettivo conflittuale, invece, è un obiettivo a corto raggio: singole azioni perpetrate di volta in volta per danneggiare la vittima ed avvicinarsi gradualmente allo scopo politico.

La carica emotiva e soggettiva conferisce allo scopo politico e all'obiettivo conflittuale, la forza distruttiva necessaria.

### ***9. I tempi del mobbing: le fasi***

Il mobbing è un processo in evoluzione, che comincia in sordina e procede in crescendo, secondo fasi successive solitamente ben identificabili, e quindi, in una certa misura, prevedibili. In ciò versa la sua grande potenzialità lesiva, ma anche la chiave di volta per la prevenzione e la soluzione.

Leymann per primo ebbe l'intuizione che il mobbing non è una situazione stabile, ma un conflitto in prevedibile progresso. In base alla sua esperienza in Svezia, elaborò un modello a quattro fasi successive, che ogni situazione di mobbing tende a seguire nella sua evoluzione.

Ciò consente di fare delle previsioni circa l'evoluzione della situazione e rende altresì possibile l'individuazione della fase in cui il soggetto si trova al momento dell'analisi. Quest'ultimo aspetto è essenziale anche ai fini della valutazione del danno da mobbing: più la fase è avanzata, maggiori saranno le conseguenze che la persona ha riportato a tutti i livelli.

Ege, secondo l'esperienza italiana, ha apportato delle modifiche al modello originale creando il «modello italiano Ege» a sei fasi più una pre-fase preparatoria, che si è rivelato del tutto affidabile.

La pre-fase chiamata "condizione zero", indica una situazione di conflittualità generalizzata e latente all'interno del contesto lavorativo.

La prima fase, "conflitto mirato", vede il progressivo incalinarsi del conflitto psicologico di base nella direzione di una determinata vittima o gruppo di vittime, che solo nella fase successiva, "inizio del mobbing", comincia a sentire un inasprimento delle relazioni interpersonali e quindi a sentire crescere il disagio.

La terza fase è quella dei "primi sintomi psicosomatici" che la vittima comincia ad accusare, prime avvisaglie non ancora gravi, tuttavia segnali di allarme eloquenti.

La quarta fase vede l'entrata in gioco dell'amministrazione del per-

sonale o dei vertici dirigenziali attraverso richiami, controlli sul rendimento ed altre azioni, in ragione delle quali il caso mobbing diventa “pubblico”, aumentando il disagio ed il senso di impotenza del mobbed. Ciò che dà luogo alla quinta fase, nella quale si manifesta un serio aggravamento dei sintomi psicosomatici che lo costringono a prolungate assenze per malattia, fino ad arrivare all’epilogo della sesta fase, in cui è costretto ad abbandonare il posto di lavoro, volontariamente, mediante trasferimento, dimissioni o prepensionamento, oppure costretto da licenziamento. Purtroppo sono possibili anche uscite più drammatiche come il suicidio, esito di profonde crisi depressive.

Secondo le statistiche si può affermare che la vittima di mobbing, se giunge ad adire le vie legali e quindi alla valutazione del suo stato ai fini del risarcimento, si trova normalmente nella quinta fase.

#### **10. Una nuova figura professionale: l’Esperto di mobbing**

L’analisi del presunto caso di mobbing prevede due momenti, svolti a cura dell’Esperto di mobbing, nuova figura professionale che si afferma a seguito dell’incedere del fenomeno *de quo*.

Consiste nella somministrazione del questionario denominato LIPT- Ege e in un colloquio specifico.

Il questionario è costituito dalla rielaborazione adeguata alla realtà italiana del famoso “LIPT” – *Leymann Inventory of Psychological Terror* – ideato da Leymann all’inizio degli anni ‘90, precursore di tutti i questionari di mobbing.

Successivamente, l’Esperto di mobbing, al pari di un medico, ha un colloquio specifico con il soggetto, lo osserva mentre racconta la sua storia e risponde alle domande, dando una visione della sua vita privata e pubblica, dell’ambiente sociale che frequenta, delle sue condizioni psico-fisiche.

Tutto infatti parla di una persona: l’abbigliamento, il modo di esprimersi, i gesti. Solo la presenza contestuale di tutti e sette i parametri illustrati, verifica il corretto inquadramento del caso concreto nella fattispecie astratta di mobbing, come tipicamente delineata dalla migliore scienza ed esperienza storica del fenomeno, al di fuori di ogni ragionevole dubbio [fanno eccezione, naturalmente, i casi di “*Quick Mobbing*” o mobbing temporalesco, breve e pesante, e del “Sasso nello stagno” in cui la frequenza deve essere considerata quotidiana].

Si tratta di un passo cruciale, sia per il professionista chiamato ad aiutare la vittima per indicarle possibili vie d'uscita, sia nel caso in cui si svolga un'attività peritale a supporto del giudice.

Si procederà poi alla successiva fase, cioè alla valutazione e quantificazione del "danno da mobbing", ma in assenza di una specifica normativa, la strada per giungere ad un riconoscimento risarcitorio, è tutt'altro che agevole.

Il mobbed che sarà in grado di assumere la decisione di agire in giudizio avrà un cammino irto di ostacoli, e molto difficilmente riceverà giustizia per la lesione dei suoi diritti, ciò che fungerebbe da monito per i mobber.

### 11. *L'esigenza di una legge.*

Urge, dunque, un intervento normativo. Infatti, come ogni fenomeno sociale, anche il mobbing, assurge all'attenzione del giurista nel momento in cui muta il livello di attenzione della comunità nei confronti di esso, ed ai comportamenti si associa il valore di un comune sentire. Nel caso di specie si può parlare di un *dis-valore*.

L'affermazione sempre più stringente negli ordinamenti internazionali della tutela dei diritti dell'Uomo alla dignità e alla libertà, si scontra con la prospettiva di un futuro in cui l'evoluzione tecnologica e scientifica prelude a soluzioni non compatibili con il rispetto di tali diritti. Nell'odierna società globale la logica del profitto è sempre più un imperativo, e non pare conciliarsi con le dichiarazioni di principio concernenti libertà e uguaglianza<sup>29</sup>.

Sarà forse per questo motivo che ancora nessuno dei numerosi disegni e proposte di legge approdati nelle sedi dei nostri organi legislativi, sia giunto alla fine del suo iter ed entrato nell'ordinamento giuridico: per salvaguardare la libertà di iniziativa economica sancita dalla Carta Costituzionale all'art. 41, benché questa sia sottoposta al limite dell'utilità sociale e del rispetto della sicurezza, libertà e dignità umana. In una società liberista, che si pone come primario obiettivo il perseguimento

<sup>29</sup>Dall'intervento di Giovanni Maria FLICK, giudice della Corte Costituzionale, presso la Scuola Superiore dell'Amministrazione dell'Interno, Roma, Conferenza su "La tutela della libertà e dignità della persona", 11 dicembre 2006.

di fini utilitaristici, ai quali ormai anche la Pubblica Amministrazione si ispira per la gestione delle proprie risorse finanziarie ed umane, sembra forse improponibile all'elettorato, porre reali limiti ai datori di lavoro, pubblici e privati, i quali si sentono legittimati, quali detentori dell'offerta di lavoro, notoriamente limitata, a poter adottare i comportamenti ritenuti più idonei per mantenere lo status del "padrone" di antica memoria.

A supporto di questa opinione vi è la constatazione che nella Pubblica Amministrazione i casi di mobbing si sono evidenziati soprattutto a seguito di un'evoluzione normativa che ha inteso introdurre criteri privatistici di programmazione ed efficienza, al fine di potenziare la funzionalità organizzativa correlandola ai risultati da raggiungere.

Tali norme, calate in un contesto non previamente educato, hanno facilitato la crescita del fenomeno in considerazione delle prerogative che attribuiscono alla dirigenza pubblica.

Ci si riferisce in particolare, all'art. 5<sup>30</sup> del D. Lgs. n. 165 del 30 marzo 2001, il cui comma 2, così recita: «[...] le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione *con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*».

Queste parole hanno segnato il punto di non ritorno nella gestione dei rapporti fra il personale dirigente e quello contrattualizzato, da considerare concausa preponderante della gran parte dei casi di mobbing nel pubblico impiego.

Eppure i concetti di libertà e dignità, hanno un significato nel linguaggio comune ed in quello giuridico, esprimendo un rapporto fra uguaglianza e disuguaglianza, ed una valenza etico - filosofica. Si tratta di valori oggettivi, indisponibili, cui l'Uomo non può rinunciare. Attributi intrinseci individuali e relazionali<sup>31</sup>.

Infatti nel nostro ordinamento, come in tutti quelli che rispecchiano società analoghe alla nostra, l'individuo è al centro del sistema giuridico.

<sup>30</sup> Ex art. 4 d.lgs. 29/93, come sostituito prima dall'art. 3 del d.lgs.546/93, e poi dall'art. 9 del d.lgs. 396/97, nuovamente sostituito dall'art. 4 del d.lgs. 80/98.

<sup>31</sup> Si veda *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, firmata a Nizza, il 7 dicembre 2000; anche il *Trattato di Lisbona*, firmato il 13 dicembre 2007, ove si opera la trasformazione della tutela del cittadino in tutela della "persona".

L'Uomo, nella sua integrità psicosomatica, rappresenta di per sé un valore giuridicamente protetto, che se leso, può costituire elemento di danno risarcibile.

*In primis* la Costituzione, all'art. 2, riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, mentre all'art. 3 enuncia il principio di uguaglianza, formale e sostanziale.

Da evidenziare, altresì, che l'art. 1 così recita: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro», e l'art. 4, nel riconoscere il diritto al lavoro attribuisce al cittadino «il dovere di svolgere, secondo le proprie possibilità e la propria scelta, un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società».

Dunque, nel nostro ordinamento, il lavoro si erge a valore fondamentale della comunità, costituendo allo stesso tempo, un diritto e un dovere.

Ancora l'art. 32, sancisce il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'individuo ed interesse della collettività; l'art. 35, invece, prevede la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni, mentre l'art. 36 enuncia il diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del lavoro prestato, ed in ogni caso sufficiente a consentire al lavoratore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa.

La tutela della dignità del cittadino in quanto individuo ed in quanto lavoratore, si evidenzia come *leitmotiv* della nostra Carta Costituzionale.

Per la Pubblica Amministrazione si può fare appello anche all'art. 28, che afferma la diretta responsabilità di funzionari e dipendenti dello Stato e di enti pubblici, degli atti compiuti in violazione di diritti, ed all'art. 97, laddove stabilisce che «I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge», ed implicitamente esclude l'arbitrio e la libera iniziativa riconosciuta al datore di lavoro privato, ed ancora «in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione», principi fondamentali applicabili non solo all'azione amministrativa in favore del cittadino, ma anche alla gestione delle risorse, fra cui quelle umane, che consentono il raggiungimento di quei fini che, nel particolare momento storico, il legislatore assume come di interesse della collettività.

Per colmare la lacuna legislativa, proprio da queste fondamentali norme si sono prese le mosse per assicurare, comunque, grazie all'intervento nomofilatico della giurisprudenza, un argine a protezione delle vittime di violenze psicologiche in ambito lavorativo, garantendo un minimo di tutela, anche risarcitoria, nonché la sanzione dei comportamenti illeciti.

Pertanto, il lavoratore che ritenga di aver subito comportamenti lesivi di beni primari della persona umana, può agire in giudizio secondo le norme generali dell'ordinamento.

## 12. *Le azioni a tutela del mobbed*

Il mobbed ha a disposizione due strade: l'azione civile e quella penale. Sotto il profilo civilistico, le condotte di mobbing possono ed essere fonte di responsabilità sotto due profili: contrattuale ed extracontrattuale<sup>32</sup>.

La norma giuridica fondamentale è rappresentata dall'art. 2087 c.c.

Tale norma, inserendosi imperativamente e meccanicamente nel rapporto sinallagmatico, consacra il principio della responsabilità contrattuale del datore di lavoro e gli impone l'obbligo di predisporre tutte le misure generiche di prudenza e diligenza, inderogabile dalle parti, contro tutti i rischi inerenti lo svolgimento dell'attività lavorativa.

L'evoluzione dell'interpretazione di questo articolo nel senso dell'integrità psico-fisica del lavoratore, ha dato luogo alla tutela nei casi di molestie ed ora di mobbing.

Il datore di lavoro ha anche l'obbligo di attivarsi per impedire che comportamenti riconducibili al mobbing, siano tenuti dai propri dipendenti, secondo l'art. 2049 del c.c.

In giurisprudenza è stata infatti riconosciuta la legittimità del licenziamento in tronco di lavoratori che abbiano posto in essere delle gravi condotte nei confronti di altri dipendenti.

Tale principio è stato confermato anche dalla Corte di Cassazione, con la recente sentenza n. 18262 del 29 agosto 2007, la quale ha avuto vasta eco sulla stampa.

La Suprema Corte ha precisato, che quando non è il datore di lavoro ad assumere comportamenti persecutori, non può ad esso essere attribuita la "patente di mobber", ma vige l'obbligo giuridico di provvedere in dipendenza di una responsabilità altrui, e cioè in dipendenza della responsabilità dei colleghi di lavoro.

<sup>32</sup> Al riguardo si segnala la presa di posizione della Corte di Cassazione a Sezioni Unite, la quale, con sentenza n. 8438 del 4 maggio 2004, ha considerato come contrattuale l'azione di risarcimento del danno da mobbing. Per un commento diffuso sul punto si rinvia a DIBITONTO, *L'azione di mobbing ha natura contrattuale*, in LPO, 2004, XXIV, p. 36 e ss.

Tipico esempio di mobbing si verifica nel momento in cui il datore di lavoro, ingiustamente, dequalifica il lavoratore, assegnandogli compiti relativi ad una qualifica inferiore a quella dallo stesso posseduta, dando luogo alla cosiddetta "dequalificazione professionale". In ciò soccorre l'art. 2103 del *c.c.*, il quale vieta tali comportamenti.

Il medesimo art. 2103, *ucv.* dispone, altresì, che il dipendente non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo.

Pertanto è illegittimo il provvedimento con il quale l'azienda dispone il trasferimento del dipendente ove non ricorrano i presupposti oggettivi prescritti dalla norma.

Sempre sotto il profilo civilistico, l'autore delle violenze psicologiche potrà essere chiamato a rispondere ai sensi dell'art. 2043 del *c.c.*

La regola di carattere generale, sulla quale si fonda l'attuale società civile, stabilisce che «qualunque fatto, doloso o colposo che cagioni ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno».

Si tratta dell'applicazione del generale principio del *neminem laedere*, responsabilità *aquiliana* o extracontrattuale, che sancisce il divieto di cagionare ad altri un danno ingiusto, intendendosi per tale il danno *non iure*, cioè inferto in assenza di una causa giustificativa<sup>33</sup>, e quindi perfettamente applicabile al caso del mobbing.

L'importanza dell'art. 2043 *c.c.*, quale efficace strumento di lotta al mobbing, è messa in particolare risalto dalla sentenza n. 411 del 24 gennaio 1990 della Corte di Cassazione<sup>34</sup>, nella quale si stabilisce che «il bene della salute costituisce oggetto di un autonomo diritto primario e quindi il risarcimento per la sua lesione non può essere limitato alle conseguenze che incidono soltanto sulla idoneità del soggetto a produrre reddito [...] ma deve essere estesa al danno biologico inteso come lesione inferta al bene dell'integrità psichica in sé per sé».

Quando l'autore delle violenze psicologiche è il datore di lavoro, la responsabilità extracontrattuale potrà concorrere con quella contrattuale da inadempimento.

<sup>33</sup> Cfr. sul punto la famosa sentenza Cass. Civ. S.U. 22 luglio 1999, n. 500.

<sup>34</sup> Consultabile sul sito [http://dirittolavoro.altervista.org/link3\\_a](http://dirittolavoro.altervista.org/link3_a).

Tra le norme di carattere generale, particolare efficacia assumono gli artt. 1175 e 1375 del *c.c.* in ordine alle clausole di correttezza e buona fede, come fonte di obblighi integrativi del regolamento negoziale, grazie ai quali sono stati recuperati al controllo giudiziale atti ritenuti per tradizione insindacabili, come le promozioni a scelta ed il trasferimento a domanda.

La parte dunque, è tenuta ad esercitare i suoi poteri discrezionali in modo da salvaguardare l'utilità della controparte compatibilmente con il proprio interesse o con l'interesse per il quale il potere è stato conferito, e a non debordare nell'abuso del diritto.

Oltre alla tutela risarcitoria, vi è quella ripristinatoria.

Il lavoratore che in un momento di esasperazione rassegni le dimissioni, può chiederne l'annullamento impugnando le stesse per vizio del consenso ovvero per incapacità di intendere e volere temporanea<sup>35</sup>.

Allo stesso modo può essere dichiarato illegittimo il recesso del datore di lavoro per superamento del periodo di comporta, qualora la malattia sia causata dalla violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 *c.c.*<sup>36</sup>.

Queste forme di tutela garantiscono al lavoratore una qualche forma di protezione, ma si sa, la giustizia ha un che di elefantiaco e procede con estrema lentezza.

A questo riguardo, la norma giuridica che viene in aiuto, di portata generale, è rappresentata dall'art. 700 *c.p.c.*, che introduce la tutela inibitoria o cautelare, la quale consentirà al giudice di prevenire, inibire ovvero far cessare tempestivamente le condotte di mobbing che integrino una violazione degli obblighi di sicurezza o che ledano la libertà o la dignità del prestatore di lavoro.

Per ottenere l'intervento del giudice occorre dimostrare un'approssimativa sussistenza del diritto che si intende far valere [c.d. *fumus boni iuris*] ed il pericolo di subire, nelle more del giudizio, un danno grave e irreparabile [c.d. *periculum in mora*]<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Cass. Sez. Lav., 15 gennaio 2004, n. 515, consultabile sul sito internet [www.altalex.it](http://www.altalex.it).

<sup>36</sup> Cass. Civ. Sez. Lav. 8 marzo 2005, n. 4959; per il Pubblico Impiego si veda Tribunale di La Spezia, Sez. Lav., 1 luglio 2005.

<sup>37</sup> Trattandosi di misura d'urgenza, non è richiesto l'espletamento del tentativo obbligatorio di conciliazione altrimenti previsto dall'art. 410 *c.p.c.* e dai contratti collettivi di lavoro, dinanzi alla Commissione di Conciliazione istituita in ogni Provincia presso l'Ufficio Provinciale del lavoro e della Massima Occupazione.

Entrambi i requisiti sono presenti nel caso di mobbing<sup>38</sup>.

Le condotte persecutorie e vessatorie, poiché ledono beni giuridici di rilievo costituzionale, ben possono essere considerate condotte dai risvolti criminali. Pertanto, è riconosciuta la possibilità di proporre un'autonoma azione di responsabilità penale nei confronti del mobber.

Occorre qui ribadire che nel nostro ordinamento giuridico non esiste una legge specifica che sanziona il mobbing come reato.

Tale constatazione, affermata di recente dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 33624 del 9 luglio 2007<sup>39</sup>, ha avuto grandissimo risalto sulle pagine dei giornali che hanno titolato «IL MOBBING NON È REATO!», con il rischio di vedere intensificata l'opera persecutoria dei mobber.

L'informazione tuttavia, è stata formulata in maniera distorta. In realtà l'essenza del problema si può cogliere intuitivamente stante il divieto di analogia vigente nel diritto penale, specificazione del principio di legalità, in forza del quale, in assenza di una precisa previsione normativa, è impossibile che il mobbing possa essere, di per sé, sanzionato penalmente. Pertanto si possono soltanto reprimere a *tranche* le singole azioni od omissioni nelle quali si ravvisano i requisiti tipici delle singole fattispecie previste dal *c.p.* o da altre leggi speciali [si veda la L. 626/94].

La Corte ha ritenuto che laddove sia rinvenibile la prova della continuità, sistematicità e reiteratezza dei contegni volti ad arrecare nocumento alla persona destinataria delle vessazioni, si possa far rientrare la fattispecie concreta nell'assunto dell'art. 572 del *c.p.*, che punisce il reato di maltrattamenti in famiglia ed anche il reato commesso da persona dotata di autorità per l'esercizio di una professione [è da osservare, peraltro, che la norma in questione, non copre i casi di mobbing orizzontale].

Nel caso *de quo*, la ricorrente non ha fornito la prova della condotta mirata e reiterata del datore di lavoro, e quindi del nesso eziologico con la malattia. Inoltre non sono stati individuati i parametri di durata e frequenza delle azioni ostili. Pertanto, attesa la radicale insufficienza della contestazione, il ricorso è stato rigettato, ma la Corte ha ribadito le caratteristiche del mobbing, pur non ravvisabili nel caso di specie, ed ha anche individuato la figura di reato più vicina.

<sup>38</sup> Si preferisce, fra le altre, citare la pronuncia del Tribunale di Campobasso in data 12 giugno 1999, consultabile in RCDL, 1999, p. 870 e ss.

<sup>39</sup> Consultabile sul sito [www.studiodilegalaw.it/mobbing2.asp](http://www.studiodilegalaw.it/mobbing2.asp).

Sotto il profilo penalistico, non pochi operatori del diritto sostengono che il mobbing, potendo causare malattie professionali, possa già costituire attualmente fattispecie di reato, anche se non autonoma e tipica, configurandosi come delitto di lesione personale colposa, previsto dall'art. 590 del *c.p.* o dolosa, artt. 582 e 583; ingiuria, art. 594; diffamazione, art. 595; violenza privata, vera norma di chiusura di tutto il sistema, generica e sussidiaria, cui il lavoratore può ricondurre tutti i casi di violazione della sua libertà di autodeterminazione, art. 610 *c.p.*

Particolare attenzione va prestata al delitto di abuso d'ufficio sanzionato dall'art. 323 *c.p.*, il quale si presta ad essere particolarmente utilizzato nel Pubblico Impiego.

Inoltre, poiché secondo le statistiche il 15% dei suicidi avrebbero come fattore scatenante il mobbing, ciò rende applicabile l'art. 580 *c.p.*, che punisce chiunque determini, rafforzi o agevoli l'altrui proposito di suicidio.

Tutela penale indiretta contro il mobbing è assicurata anche dalla legge contro i reati sessuali, la n. 66 del 15 febbraio 1996, qualora i comportamenti mobbizzanti incidano sulla sfera sessuale del dipendente.

### 13. Alcuni tentativi di disciplina

In realtà, la prima regolamentazione preordinata alla tutela del mobbing in Italia, si è determinata nel lavoro pubblico ed in forza di una norma collettiva, l'art. 6 del Contratto Collettivo Nazionale del Comparto Ministeri, relativo al quadriennio 2002-2005, che recepisce uno specifico indirizzo impartito all'ARAN dal Governo, ciò che rende ancora più significativa la regolamentazione contrattuale raggiunta.

Tale norma ha previsto l'istituzione di specifici Comitati Paritetici, con funzioni di ricognizione di dati e formulazione di proposte di azioni positive. Lo stesso contratto collettivo sanziona in maniera significativa talune ipotesi di mobbing orizzontale, che possono determinare, nei casi più gravi, anche il licenziamento del dipendente mobber<sup>40</sup>.

Anche l'INAIL, intervenendo nella problematica, aveva adottato la circolare n. 71 del 17 dicembre 2003, intesa a definire percorsi metodologici per l'accertamento del rischio e la conseguente diagnosi eziologi-

<sup>40</sup> CCNL -Comparto Ministeri, 2002/2005, art. 13, c. 3, lett. j); c. 4, lett. e) e c. 5, lett. f) .

ca e medico-legale delle patologie psichiche e psicosomatiche da stress e disagio lavorativo, compreso il mobbing.

Successivamente, il D.M. 27 aprile 2004 nel catalogare le malattie per le quali è obbligatoria la denuncia ex art. 139 del D.P.R. n. 1124/1965, ha inserito le malattie psichiche e psicosomatiche da disfunzioni dell'organizzazione del lavoro, cosiddetta "costrittività organizzativa", individuandole nel *disturbo dell'adattamento cronico* e nel *disturbo post-traumatico da stress*.

Sia la circolare dell'INAIL che il D.M. sono stati oggetto di ricorso, entrambi proposti al TAR del Lazio da Confindustria, Confagricoltura, Abi, Bnl S.p.A, e Nortel Networks S.p.A..

La *res controversa* s'incentrava sull'opposizione a che il mobbing, attraverso vari mezzi, assurgesse a malattia tipizzata indennizzabile in assenza di definizioni scientifiche certe.

Il ricorso è stato accolto con riferimento alla circolare, poiché si è riconosciuto in essa, al di là del suo *nomen juris*, un vero e proprio provvedimento mirante ad integrare, surrettiziamente, il complesso delle malattie cosiddette tabellate e quindi la violazione *palam et aperte* del D. Lgs. 38/2000, che prevede specifiche procedure per l'elaborazione e la revisione periodica delle tabelle.

Ad una conclusione radicalmente diversa è giunto l'adito TAR per quanto riguarda il secondo ricorso.

Tra le iniziative legislative, si può menzionare la Legge Regionale n. 16 dell'11 luglio 2002, con la quale la Regione Lazio aveva inteso disciplinare la prevenzione e repressione del fenomeno del mobbing.

Detta legge è stata impugnata dal Presidente del Consiglio dei Ministri che ha sollevato questione di legittimità costituzionale.

Con sentenza del 10 dicembre 2003, n. 358, la Corte Costituzionale si è pronunciata concludendo per l'illegittimità, che si riverbera sull'intero testo legislativo.

Le motivazioni della sentenza, che presenta aspetti di rilevante interesse, sono squisitamente tecnico-giuridiche e non comportano un disconoscimento del fenomeno del mobbing, anzi, sia pure a livello di *obiter dicta* e quindi solo *incidenter tantum*, imprime allo stesso un autorevolissimo riconoscimento.

Infatti la Consulta afferma che la disciplina del mobbing, valutata sotto il profilo della regolazione degli effetti sul rapporto di lavoro, rientra nella materia dell'ordinamento civile, di cui all'art. 117, c. 2°, lett. l)

della Costituzione, quindi nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Per quanto poi concerne l'incidenza che gli atti vessatori possono avere sulla salute fisica del lavoratore, la disciplina che tali conseguenze considera rientra nella materia della tutela e sicurezza del lavoro, nonché in quella della tutela della salute, che rientrano nella potestà legislativa concorrente, materie nelle quali spetta allo Stato dettare i principi fondamentali, secondo lo stesso art. 117, c. 3°.

Il Giudice delle Leggi ha tuttavia riconosciuto alle regioni la possibilità di porre norme che si limitino a stabilire misure di prevenzione, formazione, informazione, ricerca ed assistenza medico-legale e psicologica.

In questo senso la Regione Abruzzo e la Regione Umbria si sono cimentate mediante l'istituzione di Osservatori, Centri di ascolto e di assistenza, dotati di personale specializzato e di risorse finanziarie.

La Regione Piemonte ha invece elaborato un codice di condotta contro il mobbing, approvato dalla Giunta Regionale in data 12 giugno 2003, nell'ambito di una politica di valorizzazione delle risorse e di riduzione dei costi dei dipendenti vessati.

Anche la Regione Molise, Assessorato alle Politiche Sociali, ha predisposto un Progetto di Legge sul mobbing in attesa di essere presentato al Consiglio Regionale<sup>41</sup>.

Specifico per il Pubblico Impiego è la direttiva emanata dal Dipartimento della Funzione Pubblica, del 24 marzo 2004, concernente "Misure finalizzate al miglioramento del benessere organizzativo nelle pubbliche amministrazioni.

La direttiva aveva l'intento di sostenere la capacità delle amministrazioni pubbliche di attivarsi per realizzare e mantenere il benessere fisico e psicologico delle persone, attraverso la costruzione di ambienti e relazioni di lavoro che contribuiscano al miglioramento della qualità della vita dei lavoratori e quindi delle prestazioni, con l'obiettivo di rendere le amministrazioni pubbliche datori di lavoro esemplari, attraverso una rinnovata attenzione per lo sviluppo della motivazione al lavoro, aspetto spesso trascurato in tale contesto. Si riconosceva inoltre la necessità di valutare l'impatto sul personale delle riforme legislative degli ultimi anni e delle trasformazioni legate all'utilizzo delle nuove tecnologie, nonché di

<sup>41</sup>In [www.informamolise.com](http://www.informamolise.com).

responsabilizzare la dirigenza sulla efficace gestione delle risorse umane.

Pur contenendo tutte le prescrizioni ed i principi anti-mobbing sufficienti, la direttiva non è riuscita ad evitare l'aumento dei casi di vittime di persecuzioni sul luogo di lavoro.

Infatti, nel Pubblico Impiego il fenomeno è stato definito come "una bomba ad orologeria"<sup>42</sup>, a causa del suo diffondersi esponenziale e della probabile imminente esplosione delle denunce.

Come si evince, tanti sono i tentativi di giuridificazione dell'argomento, ma non abbiamo ancora una legge *ad hoc*.

In realtà numerosissime sono state le proposte di legge presentate, ma nessuna ha ricevuto il benestare di entrambi i rami del Parlamento.

Nella scorsa legislatura, la proposta di legge n. 1972, d'iniziativa del deputato Vitale D'Ippolito, presentata il 22 novembre 2006, disponeva l'introduzione dell'art. 610 bis al codice penale.

Proprio per sottolineare l'interesse di maggior rilievo che la disposizione intendeva tutelare, la norma ricorreva alla sanzione penale, ritenuta strumento insostituibile per contrastare con la massima efficacia possibile, un fenomeno così diffuso e devastante sotto il profilo dell'allarme e del danno sociale<sup>43</sup>.

Nell'attuale giovane legislatura, la XVI, già si registra una proposta di legge presentata il 6 maggio 2008 d'iniziativa dell'Onorevole Carlucci, nella quale si prevede la punibilità, a querela di parte, con la reclusione da uno a tre anni ed una multa da 10.000 a 30.000 euro.

Il fenomeno è all'attenzione anche del Parlamento Europeo, il quale ha approvato, sin dal 20 settembre 2001, una Risoluzione dal titolo *Mobbing sul luogo di lavoro*<sup>44</sup>.

Il provvedimento riconosce che il mobbing è un grave problema nel contesto della vita professionale ed individua nella competizione, nel-

---

<sup>42</sup> A. E. MATARAZZO, *Mobbing nel Pubblico Impiego? Una bomba ad orologeria*, in "LCI", 2005, fasc. 10, p. 795 e ss.

<sup>43</sup> Un'altra proposta, la n. 2371 presentata il 14 marzo 2007 dai deputati DELBONO ed altri, accoglieva alcune previsioni normative proprie della legislazione francese sul tema, come l'inversione dell'onere della prova, posto a carico del soggetto chiamato in causa; la possibilità di agire in giudizio riconosciuto alle associazioni portatrici di interessi diffusi; la definizione di precisi criteri per il risarcimento del danno.

<sup>44</sup> Risoluzione A5-0283/2001.(2001/2339(INI)) del Parlamento Europeo, consultabile sul sito [www.cittadinolex.it](http://www.cittadinolex.it).

la precarietà dell'impiego e nella carenza di organizzazione, le cause principali dell'aumento della frequenza delle pressioni, che conducono all'adozione della logica del "capro espiatorio".

Il Parlamento raccomanda agli Stati membri di imporre alle imprese e ai sindacati l'attuazione di efficaci politiche di prevenzione, nonché l'individuazione di nuove procedure, sia per risolvere il disagio delle vittime, sia per sanzionare i colpevoli.

L'Agenzia Europea per la Sicurezza e la Salute, nel suo rapporto del luglio 2002, evidenzia che 41 milioni di lavoratori dell'Unione Europea, il 28% della forza lavoro, risultano affetti da stress e ciò crea un costo sociale di 20 milioni di euro all'anno<sup>45</sup>. La percentuale più elevata di lavoratori sottoposta a pratiche di mobbing è presente nel Regno Unito con il 16,3%, seguito dalla Svezia con il 10,2%, dalla Francia con il 9,9%, mentre in Italia si rileva soltanto il 4,2%.

L'economia diventa globale, cresce la competizione per conquistare *marketshare* e sempre più forte è la pressione esercitata sui lavoratori.

I dati sono preoccupanti in considerazione del fatto che è in continuo aumento il numero di persone che si rivolge ai centri di ascolto istituiti da vari enti, e che in relazione alla diffusione della conoscenza del fenomeno e delle pronunce giurisprudenziali [relativamente poche in verità], trova finalmente il coraggio per denunciare le violenze subite in ambito lavorativo e di affrontare in giudizio i propri mobber.

#### **14. Il mobbing come fatto oggetto di prova**

Giunto ad adire le vie legali, il problema cruciale che la vittima dovrà affrontare è rappresentato dalla difficoltà di raccogliere le prove riguardanti le condotte vessatorie ed afflittive poste in essere dal mobber nei suoi confronti.

L'onere probatorio è infatti, uno degli aspetti processuali più complessi, tale da assomigliare ad una *probatio diabolica*<sup>46</sup>, poiché la strategia

<sup>45</sup>In [www.professionelavoro.net](http://www.professionelavoro.net).

<sup>46</sup>Per affermazione della stessa giurisprudenza. Si veda Cass. Civ. Sez. Lav. 8 gennaio 2000, n. 143, per la quale: «la prova del danno da mobbing è a carico del lavoratore, anche se la stessa presenta particolari difficoltà a causa di eventuali sacche di omertà, o per altre ragioni».

dei mobber è frequentemente attuata lontana da occhi di possibili testimoni, lungo una linea sottile tra lecito ed illecito.

Tuttavia non si può non dare attuazione all'art. 2697 del *c.c.*, che impone a colui che vuol far valere un diritto, di provare i fatti che ne costituiscono il fondamento.

Colui che agisce in giudizio, deve dunque dimostrare l'evento lesivo.

Si tratterà di allegare tutti i singoli episodi oppressivi, anche quelli che a prima vista potrebbero sembrare inoffensivi, in modo da documentare l'esistenza di un'unica condotta, commissiva od omissiva, "complessivamente" persecutoria, reiterata e continuativa nel tempo, diretta a ledere la personalità e la dignità del lavoratore e ad estrometterlo dal contesto lavorativo [c.d. requisito oggettivo del mobbing].

Deve poi essere provato il nesso di causalità, cioè il rapporto di necessaria consequenzialità tra fatto illecito imputato all'agente ed evento dannoso. Altro elemento da provare riguarda il danno patito, ovvero l'esistenza di una delle tipologie di pregiudizio risarcibile, biologico, morale, esistenziale, professionale o patrimoniale<sup>47</sup>.

L'azione contrattuale presenta un regime di ripartizione della prova più favorevole al lavoratore, il quale non dovrà dimostrare la sussistenza della colpa o del dolo del datore di lavoro, ma semplicemente il suo inadempimento all'obbligo di protezione, ex artt. 2087 e 2103 del *c.c.*, ed ex art. 52 del D. Lgs. 165/2001, senza peraltro individuare, specificamente, le misure di prevenzione omesse. È sufficiente infatti che l'evento consegua dalla causa in termini di alta probabilità<sup>48</sup>.

Spetta invece al datore di lavoro, ai sensi dell'art. 1218 *c.c.*, fornire la prova che l'inadempimento è stato determinato da causa a lui non imputabile, se vuole evitare profili di responsabilità.

Secondo prevalente dottrina<sup>49</sup>, infatti, costituirebbe un "escamota-

<sup>47</sup> Estremamente interessante sul punto il Convegno dal titolo "Il risarcimento del danno non patrimoniale del lavoratore: il mobbing e la tutela antidiscriminatoria", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura – Ufficio Referenti per la Formazione decentrata, tenutosi presso la Corte d'Appello di Lecce in data 12 giugno 2004, i cui atti sono consultabili sul sito [www.salentolavoro.it](http://www.salentolavoro.it).

<sup>48</sup> Cass. Civ. SU, sentenza del 4 maggio 2004, n. 8438, in [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it); Tribunale di Milano, sentenza del 28 febbraio 2003, in "RCDL", 2003, IV, p. 654 e ss.

<sup>49</sup> NARDINI, *Note in tema di danno biologico per infortunio e malattia professionale*, in "RCDL", 1996, p. 597 e ss.

ge processuale” ed un formidabile e completo rovesciamento degli oneri sostanziali posti dall’ordinamento sulle spalle del datore di lavoro, sostenere che il lavoratore debba indicare quale regola o quale presidio antinfortunistico siano stati violati od omessi. Ciò farebbe venir meno la posizione protetta del lavoratore, assicurata dall’art. 2087 *c.c.* e presupporrebbe una sua conoscenza diretta delle evoluzioni tecnico-scientifiche, obbligo che l’ordinamento pone invece in capo al datore di lavoro.

Nel caso di responsabilità extracontrattuale, ex artt. 2043 o 2049 *c.c.*, la prova è maggiormente onerosa.

Infatti, al mobbed che domanda il risarcimento del danno ingiusto, si impone, oltre alla prova del fatto, del danno e del nesso di causalità o eziologico, anche la dimostrazione dell’elemento soggettivo dell’imputabilità e cioè della colpa o del dolo di colui che è ritenuto responsabile.

Teoricamente, ogni tipo di prova è utilizzabile: documentale, testimoniale, peritale, presuntiva, ma in concreto raramente l’interessato può avvalersi di prove scritte.

A volte ciò è possibile nella Pubblica Amministrazione ove il trattamento persecutorio si esercita anche mediante l’adozione di atti in sé legittimi, ma che letti in sequenza, e se riguardano un unico dipendente, possono condurre a dimostrare l’intento persecutorio.

Ci si riferisce ad ordini di servizio punitivi, ritardo ingiustificato nel pagamento di competenze, richiesta di documentazione ridondante a scopo unicamente dilatorio, disposizione di pluralità di accertamenti dello stato di malattia nel corso di un unico periodo.

La prova per testimoni è prova libera, la sua efficacia è affidata alla credibilità sia del testimone che della dichiarazione in sé considerata, elementi entrambi demandati alla libera valutazione del giudice in applicazione del principio del libero convincimento, ex art. 116 del *c.p.c.*, 1° comma.

In alcuni casi le deposizioni concordi dei congiunti, di un collega e del medico di base, raccolte in sede istruttoria, hanno indotto il giudice a ritenere superfluo l’accertamento peritale richiesto attraverso il CTU.

Tuttavia l’attendibilità dei testimoni è spesso discutibile, poiché molti colleghi temono eventuali reazioni del mobber.

Si può allora ricorrere alla prova induttiva ex art. 2729 *c.c.*, cioè agli indizi gravi, precisi e concordanti, o alla prova per presunzioni, costituite dalle conseguenze che il giudice trae da un fatto noto per risalire a un fatto ignoto.

Secondo la Suprema Corte le concordanti presunzioni, sfocianti nel brocardo "*id quod plerumque accidit*", sono ammesse nel processo del lavoro per temperare gli effetti di prove ardue o diaboliche da superare dal lavoratore<sup>50</sup>. Di fronte a comportamenti reiterati e fortemente scorretti, tenuti appositamente in assenza di testimoni, si può ora far ricorso a registrazioni ambientali. Il valore di prova di simili documenti sonori, definiti "prove atipiche", era discusso ed affidato alla libera valutazione del giudice. Ma la recente pronuncia della Cassazione, la n. 10430 intervenuta l'8 maggio 2007, ha affermato che una registrazione può concorrere a provare il mobbing o comunque le vessazioni che un lavoratore subisce in ufficio e che lo inducono a lasciare il posto.

Spetta in ogni caso al giudice verificare se il comportamento datoriale risponde a logiche di razionalità e coerenza rispetto ai fini organizzativi perseguiti, ovvero se lo stesso sia espressione di un atteggiamento ostile e penalizzante nei confronti del lavoratore, ovvero ancora, se lo stesso comportamento sia inquadrabile nell'ambito della normale conflittualità connaturata ad un luogo ad alta densità emotiva, qual è l'ambiente di lavoro.

C'è dunque da indagare un *animus*, un aspetto soggettivo che per essere giuridicamente sanzionabile si deve concretare in una voluta afflizione del lavoratore.

Questo è appunto il compito della giurisprudenza, una giurisprudenza creativa, che si è esercitata in questo settore fin dalle prime pronunce che hanno riconosciuto che oltre e sopra l'atto lesivo in sé considerato, vi può essere altro: il mobbing come categoria unitaria.

Il fenomeno è stato dai giudici individuato come *framework*, cioè cornice all'interno della quale trovano la giusta collocazione le molteplici e atipiche condotte autonomamente sanzionabili nelle quali si manifesta il fenomeno, ciò che consente all'evoluzione giurisprudenziale in materia di raggiungere «il suo più felice e rivoluzionario esito»<sup>51</sup>.

<sup>50</sup> Secondo l'insegnamento della Cassazione, nella prova per presunzioni non occorre che tra il fatto noto e quello ignoto sussista un legame di assoluta ed esclusiva necessità causale, ma è sufficiente che il fatto da provare possa essere desunto dal fatto noto come conseguenza ragionevolmente possibile secondo un criterio di normalità, ossia che il rapporto di dipendenza logica tra il fatto noto e quello ignoto venga accertato alla stregua dei canoni di probabilità, come potrebbe essere la chance della mancata promozione per il demansionamento.

<sup>51</sup> A. GASPARI, *Emergenza mobbing ... op. cit.*

In particolare il mobbing ha fatto ingresso nel mondo giuridico, nella famosissima e citatissima sentenza del Tribunale di Torino del 16 novembre 1999 e nella pedissequa del 30 dicembre 1999<sup>52</sup>, «quale grave e reiterata distorsione all'interno dell'organizzazione del lavoro, in grado di incidere pesantemente sulla salute individuale»<sup>53</sup>.

### 15. Le tipologie di danno da mobbing

Il primo danno che viene in evidenza in caso di mobbing è quello alla salute.

Al riguardo, a partire dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 184 del 1986, la quale ha sancito la risarcibilità del danno alla salute anche in presenza di un semplice illecito civile, la figura del danno biologico è stata più volte richiamata dalla giurisprudenza di merito e di legittimità finendo per diventare il cardine attorno al quale è stato costruito l'intero sistema del risarcimento del danno alla persona, sia con riferimento alle ipotesi di responsabilità extracontrattuale che a quelle di responsabilità contrattuale.

Il danno alla salute è pertanto da intendersi come *danno base*, che è sempre presente e di per sé risarcibile, ai sensi del combinato disposto degli artt. 2043 e 2087 c.c. con l'art. 32 della Costituzione e ciò indipendentemente dal pregiudizio economico subito e dalla capacità del soggetto leso di produrre un reddito.

Esso può essere fatto valere *erga omnes*.

All'interno della categoria del danno alla salute si è ricondotto il c.d. danno biologico da mobbing, il quale rappresenta uno degli effetti delle pratiche discriminatorie e vessatorie poste in essere dal mobber.

<sup>52</sup> Consultabili in "LPO", 2000, p. 154. Secondo H. EGE con la celeberrima e supercitata prima sentenza di mobbing, la conoscenza italiana è partita decisamente male, poiché il caso di specie, non concretava un caso di mobbing. Pur se la definizione di mobbing data dalla Corte era esatta, il caso in esame non rispettava tutti i parametri.

<sup>53</sup> PIROLA, *Il mobbing tra prevenzione e repressione*, in "RCDL", 2000, p. 648: «L'affermazione secondo cui la sentenza del Tribunale di Torino del 16 novembre 1999, sarebbe la prima in assoluto in materia di mobbing è vera e falsa ad un tempo: vera sul piano nominalistico formale, in quanto solo essa fa espresso riferimento a tale fenomeno in sede di inquadramento della fattispecie, e falsa sul piano sostanziale, dal momento che anche tutte le altre pronunce di condanna hanno avuto per oggetto casi indiscutibilmente qualificabili come mobbing».

Secondo la Cassazione<sup>54</sup> per danno biologico deve intendersi: «la lesione dell'integrità psico-fisica e cioè alla persona in sé e per sé considerata in quanto ricadente sul 'valore uomo' in tutta la sua concreta dimensione. Sicché rilevano in termini di tale danno, menomazioni, deturpazioni, impotenze sessuali, malattie nervose, insonnia, malattie mentali ed ogni altro genere di lesioni (importanti o meno invalidità) dell'integrità corporale o mentale della persona che impediscono o rendono comunque difficoltoso il pieno realizzo della personalità dell'uomo e dalle quali sia derivato un peggioramento del complessivo stato di benessere e dell'efficienza psicofisica del soggetto leso, suscettibile di essere positivamente accertata sotto il profilo medico-legale».

Ciò è in linea con gli insegnamenti della Corte Costituzionale, la quale, con sentenza del 28 luglio 1991, n. 356<sup>55</sup> ha affermato: «Il bene salute come valore personale, in quanto tale garantito dalla Costituzione come diritto fondamentale dell'individuo, nella sua globalità e non solo quale produttore di reddito, impone di prendere in considerazione il danno biologico, ai fini del risarcimento, in relazione alla integralità dei suoi riflessi pregiudizievoli rispetto a tutte le attività, le situazioni e i rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita: non soltanto, quindi, con riferimento alla sfera produttiva, ma anche con riferimento alla sfera spirituale, culturale, affettiva, sociale, sportiva ed ad ogni altro ambito e modo in cui il soggetto svolge la sua personalità, e cioè a tutte le attività realizzatrici della persona umana».

Partendo da tali affermazioni, la giurisprudenza del lavoro ha lentamente esteso la nozione di danno biologico fino a ricomprendervi «tutte le manifestazioni di carattere nervoso e psichico, potenzialmente idonee a colpire il "valore uomo" e a pregiudicarne le abituali attività, ovvero di formarsi un'esperienza di sé e del mondo e di agire di conseguenza»<sup>56</sup>.

L'aspetto psichico, infatti, trovava il lavoratore privo di tutela, ritenendosi il disturbo psicologico preesistente nel lavoratore, nonostante i periti riconoscessero l'esistenza di un preciso e sicuro nesso casuale fra questa patologia e l'atteggiamento negativo del datore di lavoro.

Pertanto, all'interno del *genus* del danno biologico si è ascritto come

<sup>54</sup> Cass. Civ. Sez. Lav. 15 gennaio 2001, n. 456.

<sup>55</sup> In "FI", 1991, I, p. 2347.

<sup>56</sup> PAJARDI, *Il danno psicologico in materia di lavoro*, in "DL", 1991, I, p. 340.

ulteriore *species*, il danno psichico<sup>57</sup> definito come «sofferenza psichica o morale che determina concretamente una alterazione dell'equilibrio psicologico tale da incidere negativamente sull'attitudine del soggetto a partecipare normalmente alle attività, alle situazioni ed ai rapporti in cui la persona esplica se stessa nella propria vita».

Il danno biologico può inoltre sussistere non solo in presenza di lesioni permanenti, ma anche in presenza di lesioni che abbiano causato stress psicologico<sup>58</sup>.

Si può affermare, che il danno psichico è il tipico danno subito dalla vittima di mobbing. Ciò trova conferma nel fatto che nelle prime sentenze il risarcimento riconosciuto alle vittime è stato espressamente qualificato come danno psicofisico temporaneo.

Un fenomeno assolutamente dannoso per la salute e la professionalità del lavoratore è quello del c.d. superlavoro e del mancato godimento delle ferie o del riposo settimanale, c.d. *surmanage lavorativo*.

Altre ipotesi sono rappresentate dal "licenziamento ingiurioso", cioè lesivo del decoro, della dignità o dell'onore del lavoratore licenziato, ovvero dalle "dimissioni a scopo di rappresaglia".

Non meno pregiudizievoli le situazioni in cui il lavoratore sia fatto oggetto di reiterate denunce penali prive di fondamento o le ipotesi di metodico accanimento disciplinare che si manifesta attraverso la comminazione sistematica e ripetuta di provvedimenti disciplinari adottati con carenza di motivazione.

Il mobbing può essere determinato anche da un comportamento astrattamente lecito del datore di lavoro che però, nell'applicazione pratica, si rivela illegittimo e persecutorio, com'è il caso delle ripetute visite fiscali di controllo sul lavoratore assente per malattia. In questo caso il datore di lavoro abusa del legittimo diritto di verificare lo stato di salute per affliggere, vessare o comunque creare uno stato di ulteriore stress al dipendente che si era assentato forse proprio perché affetto da sindrome depressiva.

Ecco che l'esercizio di un diritto che viene effettuato con modalità vessatorie, determina un danno risarcibile di tipo biologico o psichico.

Considerando l'oggettiva problematicità di accertamento sotto il pro-

<sup>57</sup> Cass. Civ. Sez. III, 25 gennaio 2000, n. 2134.

<sup>58</sup> Cass. Civ. Sez. Lav. 29 novembre 1999, n. 13440.

filo eminentemente clinico dei differenti disturbi mentali, risulterà altrettanto problematico riuscire a provare l'esistenza del danno.

I giudici hanno perciò valorizzato il concetto di "probabilità logica", in forza della quale il nesso di causalità deve essere ritenuto allorquando, in termini di certezza processuale, all'esito del ragionamento probatorio, il giudice sia in grado di giustificare la logica conclusione che il singolo evento lesivo non si sarebbe verificato o si sarebbe verificato in epoca significativamente posteriore o con minore intensità lesiva, in assenza della condotta illecita<sup>59</sup>.

Nell'ipotesi dell'esistenza di concause naturali genetiche preesistenti all'evento lesivo, la Corte di Cassazione ha affermato la completa responsabilità dell'agente, potendosi operare comparazione solo tra una pluralità di comportamenti umani colpevoli e non tra una causa umana imputabile e una causa naturale non imputabile.

L'importanza dei diritti pregiudicati e violati con i comportamenti vessatori è confermata dalla stessa Corte Costituzionale, la quale ha affermato che «tra i valori primari garantiti dalla Costituzione, occorre annoverare la dignità morale del lavoratore che è tutelato contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti della libertà e l'attività sindacale, ma anche e soprattutto quella dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile dello stesso»<sup>60</sup>.

Il datore di lavoro, dunque, prima ancora dell'obbligazione di corrispondere la retribuzione, ha il preciso dovere di salvaguardare l'integrità morale del dipendente, il che significa, in concreto, che deve assicurare un contesto lavorativo in cui il rispetto della dignità sia sempre garantito.

Quando ciò non accade, si può fare ricorso alla categoria del danno morale non patrimoniale, ex art. 2059 c.c., il quale stabilisce che esso deve essere risarcito nei soli casi previsti dalla legge.

Il danno morale, *sub specie* di danno morale soggettivo, comprende il dolore, le sofferenze spirituali, i perturbamenti psichici, il patema d'animo transeunte [c.d. *pecunia doloris*] subito dalla vittima in conseguenza di un fatto illecito integrante reato, giusta gli artt. 2059 c.c. e 185 c.p. ed il prevalente orientamento giurisprudenziale.

<sup>59</sup> DE FALCO, *Il danno biologico da stress*, in "DG", 2004, XLI, p. 28 e ss.

<sup>60</sup> Corte Costituzionale 9 marzo 1989, n. 103, in "FI", 1989, I, pag. 2105.

Successivamente, la giurisprudenza ed il legislatore hanno modificato questa interpretazione.

La definitiva consacrazione del danno non patrimoniale ex art. 2059 c.c. «inteso come danno da valori inerenti alla persona e non più solo come danno morale soggettivo», si è avuta di recente, con le pronunce della Corte di Cassazione, Sez. III Civ. del 31 maggio 2003, n. 8827 e n. 8828<sup>61</sup> e della Corte Costituzionale dell' 11 luglio 2003, n. 233<sup>62</sup>, le quali hanno espressamente svincolato la norma codicistica dal limite derivante dalla riserva di legge correlata all'art. 185 c.p.. Quest'ultima è stata superata «atteso che il riconoscimento nella Costituzione dei diritti inviolabili inerenti alla persona non aventi natura economica implicitamente ne esige la tutela, ed in tale modo configura un caso determinato dalla legge, al massimo livello, di riparazione del danno non patrimoniale».

La sentenza da un'interpretazione costituzionalmente orientata, tesa a ricomprendere nell'astratta previsione normativa ogni danno di natura non patrimoniale derivante da lesione di valori inerenti alla persona; e quindi, sia il danno morale soggettivo, sia il danno biologico in senso stretto, sia infine il danno [definito in dottrina e in giurisprudenza come esistenziale, di cui si parlerà più avanti] derivante dalla lesione di [altri] interessi di rango costituzionale.

Per provare il danno morale non è richiesto un particolare impegno, essendo stato ricostruito come danno-evento<sup>63</sup>. Pertanto, l'interessato potrà anche avvalersi di presunzioni semplici e addirittura, nel caso di lesioni personali e danno biologico dimostrato, farne a meno, atteso che l'esistenza è ritenuta *in re ipsa* a seguito della dimostrazione delle sofferenze e patemi d'animo di natura soggettiva, senza dover allegare alcuna certificazione<sup>64</sup>.

<sup>61</sup> Cass. Sez. III Civ., sentenze nn. 8827 e 8828, entrambe del 31 maggio 2003, in [www.studiocelentano.it/demoesistenziale/](http://www.studiocelentano.it/demoesistenziale/), e in "FI", 2003, I, p. 2272, con nota di LA BATTAGLIA e NAVARRETTA.

<sup>62</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 233 dell'11 luglio 2003, consultabile sul sito internet della Corte Costituzionale oppure in <http://www.altalex.com/INDEX.PHP?ID-NOT=6313> con nota di Cassano, *La responsabilità civile con due (belle?) gambe e non più zoppa*, nonché in "FI", 2003, I, p. 2201, con nota di NAVARRETTA.

<sup>63</sup> Cass. SU 21 febbraio 2002, n. 2515. Consultabile in "FI", 2002, IV, con nota di PALMIERI.

<sup>64</sup> Il *pretium doloris* è davvero il solo danno *in re ipsa*, cioè dispensato dall'onere della prova.

Le importanti decisioni assunte dalla Corte Costituzionale e dalla Corte di Cassazione, hanno accolto pienamente una nuova fattispecie di danno già da tempo elaborata in sede dottrinale: il danno esistenziale, espressione usata per la prima volta ad opera di Cendon<sup>65</sup>, derivante dalla lesione di interessi ulteriori di rango costituzionale<sup>66</sup>.

Poiché i comportamenti datoriali integranti il mobbing possono determinare un bagaglio peggiorativo in grado di colpire anche le possibilità realizzatrici della persona umana e determinare un'alterazione del benessere psicofisico trasformando le normali attività, si può affermare che esso vada a braccetto con il danno esistenziale.

Attraverso questa ipotesi risarcitoria, si va a riempire uno spazio vuoto, un'area di danni di fatto non coperta da tutela in tutte quelle situazioni che, incidendo sulla libertà, tranquillità, dignità, serenità e professionalità del lavoratore, e pur non causando un tangibile pregiudizio alla sua integrità psicofisica, determinano un danno collegato alle lesioni di valori personalissimi e fondamentali garantiti da norme di rango costituzionale.

Si tratterà di danni tutti compendiabili nella lesione dell'interesse alla bontà o normalità della qualità della vita, sia a livello individuale, sia in ambito familiare e sociale<sup>67</sup>.

Interessante l'opinione di Sorgi<sup>68</sup>, secondo il quale «la categoria del danno esistenziale, sostanzialmente nuova, impalpabile, appare perfetta per coprire tutte quelle situazioni di diritto del lavoro dove a una lesione della dignità personale del lavoratore non corrisponde alcuna altra voce classica del danno codificata. In sostanza, pur mancando una malattia o un riscontro patrimoniale o un reato derivante dalla condotta illecita del datore di lavoro, non per questo il dipendente non potrà trovare ristoro per il torto subito, perché potrà sempre sostenere di aver subito un danno esistenziale. Nel mobbing, sempre e comunque, tale ca-

<sup>65</sup> CENDON, *Il danno esistenziale derivante dalla lesione dei diritti della personalità*, in "RTDPC", 1991, p. 1005 e ss.; in materia di rapporti tra danno esistenziale e mobbing, ZIVIV, *Mobbing e risarcimento del danno*, in "RCP", 2001, p. 1028 ss.

<sup>66</sup> M. MEUCCI, *Il danno esistenziale nel rapporto di lavoro*, in <http://dirittolavoro.altavista.org>.

<sup>67</sup> CENDON, *Anche se gli amanti si perdono l'amore non si perderà. Impressioni di lettura su Cass. N. 8828, 2003*, in <http://www.altalex.com/index.php?idnot=6335>.

<sup>68</sup> SORGI, *Come difendersi dal Mobbing: istruzioni per l'uso*, in LG, 2003, IV, 308 e ss.

tegoria di danno sarà presente a tutelare la vittima e questo elemento costituisce un ulteriore aspetto di fortuna, perché potrà contare sulla forza espansiva anche di quest'altra novità del panorama giuridico attuale».

Il danno esistenziale è stato qualificato come la modificazione *in pejus* della personalità del soggetto leso, ovvero come la somma di ripercussioni relazionali di segno negativo per la forzata rinuncia ad un *facere* e cioè alle proprie abitudini di vita e a tutte quelle attività, non remunerative, fonte di compiacimento e di benessere costituzionalmente protette, in conseguenza del fatto illecito del terzo<sup>69</sup>.

Pertanto, esso si distingue dal danno patrimoniale, poiché non rileva una *diminutio patrimonii*, dal danno biologico, che presuppone una lesione *in corpore*, e dal danno morale, che consiste in un sentire, in una mera sofferenza morale.

Tali importanti elaborazioni sono state condivise e richiamate da una sentenza di merito, che risulta essere la prima sentenza di mobbing nella Pubblica Amministrazione<sup>70</sup>, con la quale sono stati condannati i comportamenti vessatori posti in essere dal Sindaco nei confronti di una dipendente, riconosciuti illegittimi e costituenti «un fulgido esempio di Mobbing».

Un caso tipico è costituito dalla dequalificazione, che viene praticata attraverso l'ingiustificata attribuzione di compiti inadeguati rispetto al profilo professionale del dipendente, fino ad arrivare alla prolungata e totale inattività.

Come riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale, la professionalità costituisce "bene immateriale" per eccellenza, inteso come esigenza umana di manifestare la propria utilità e le proprie capacità nel contesto lavorativo. La relativa lesione comporta ripercussioni nella vita relazionale e alla dignità del lavoratore, mortificato dal mancato esercizio delle prestazioni tipiche della qualifica di appartenenza.

La professionalità del lavoratore va intesa come insieme di cognizioni tecnico-pratiche che finiscono per determinare una specifica attitudine del soggetto stesso a praticare la propria professione, ed anche come

<sup>69</sup> NISTICO, *Il danno esistenziale come strumento di tutela della personalità morale del lavoratore*, in "RCP", 2003, II, p. 440 e ss.

<sup>70</sup> Tribunale di Tempo Pausania, sentenza n. 157 del 10 luglio 2003, consultabile sul sito [http://dirittolavoro.altavista.org/mobbing\\_tempo\\_pausania.html](http://dirittolavoro.altavista.org/mobbing_tempo_pausania.html).

reputazione, dignità, prestigio, chance di accrescimento del proprio status lavorativo.

Il relativo pregiudizio costituisce inadempimento contrattuale, e può concretizzarsi in danno patrimoniale e non patrimoniale, nell'accezione di danno esistenziale, danno biologico e morale.

## **16. Il risarcimento del danno da mobbing**

Gli ultimissimi progressi fatti dalla giurisprudenza sul tema del mobbing, hanno fatto sorgere un considerevole dibattito intorno a due imprescindibili problemi: l'uno inerente la definizione teorica del danno da mobbing e l'altro riguardante la necessità di trovare dei criteri oggettivi di valutazione che, sul piano empirico, garantiscano una giusta e congrua tutela per chi ne è vittima.

Per giungere ad una soluzione di tale problematica, è necessario un rapporto sinergico costituito dall'alternarsi di due voci, quella dell'Esperto di mobbing e quella del Giurista, che dialogano fra loro e si completano nelle proprie specifiche competenze sul tema comune della definizione del mobbing, della sua valutazione scientifica e della sua quantificazione a fini risarcitori.

Harald Ege, fondatore dell'Associazione "Prima", ha ideato un metodo per la determinazione del danno da mobbing, assolutamente originale.

Il sistema di tabellazione è in grado di stabilire un risarcimento equo in euro per ogni possibile percentuale di LAM<sup>71</sup> totale permanente stimata per la vittima, tenendo conto di ulteriori parametri come il sesso, l'età e l'area geografica di appartenenza della vittima, giungendo ad una "formula di monetizzazione" che consente la determinazione del "valore-punto"<sup>72</sup>.

Il danno da mobbing così quantificato a cura dell'Esperto in materia, potrà essere integrato da un ulteriore risarcimento legato al danno biologico, di pertinenza del medico legale, che segue per la valutazione i criteri già comunemente in uso in tutti i Tribunali d'Italia, c.d.

<sup>71</sup> Lesione Accertata da Mobbing.

<sup>72</sup> Per l'approfondimento della tematica si rinvia ancora a Ege, *La Valutazione Peritale ...*, op. cit., p. 121 e ss.

modello milanese<sup>73</sup>, ovvero il criterio c.d. equitativo puro, di cui agli artt. 1226 e 2056 del c.c., che consentono al giudice di liquidare il danno con ampio margine di discrezionalità.

Al di là delle differenze di calcolo è da sottolineare che il mobbing si combatte, anche e soprattutto, attraverso il riconoscimento di somme risarcitorie cospicue, le uniche ad avere un reale effetto deterrente sul perpetrarsi di condotte vessatorie. Esso deve determinarsi «in modo da rendere la somma liquidata il più possibile adeguata all'effettivo *pretium doloris*, onde evitare che la stessa rappresenti un simulacro di risarcimento»<sup>74</sup>. Inoltre dovrà essere "integrale", nel senso che dovrà considerare tutte le conseguenze di ordine psichico e morale subite<sup>75</sup>.

In caso di demansionamento o danno alla professionalità, secondo l'orientamento giurisprudenziale, il danno patrimoniale è *in re ipsa*, poiché costituisce "fatto notorio". I parametri cui solitamente si fa riferimento sono rappresentati dalla retribuzione mensile e dalla durata della dequalificazione<sup>76</sup>.

### 17. Mobbing: come prevenirlo

Nel considerare la gravità e complessità dei problemi causati dal mobbing, l'obiettivo che occorre con il massimo impegno perseguire, è quello di stroncare e prevenire il problema.

Numerose le proposte lanciate soprattutto dalle Associazioni dei Lavoratori.

Di fronte alla crescita esponenziale di quello che è stato definito "il supplizio di Tantalo", la contrattazione collettiva può incentivare percorsi formativi per promuovere cultura, solidarietà e consapevolezza, perché

<sup>73</sup> Il criterio utilizzato è quello introdotto dal Tribunale di Milano, in cui il valore punto è predeterminato secondo rigidi criteri matematici di tipo progressivo che varia in funzione crescente rispetto all'aumento della gravità della menomazione, ed in funzione decrescente rispetto all'età della vittima.

<sup>74</sup> Cass. Civ. Sez. III, sentenza del 26 ottobre 1996, n. 1474.

<sup>75</sup> Cass. Civ. Sez. III, sentenza del 30 novembre 2000, n. 15330.

<sup>76</sup> Quale che sia l'ammontare del risarcimento determinato dal giudice, questo non costituirà base imponibile ai fini della tassazione sul reddito, Cass. n. 2311 e 2046, in [www.solidiblog.it](http://www.solidiblog.it). Inoltre, il credito da mobbing, riconosciuto con decisione giudiziale, costituisce credito privilegiato, M. BITONTO, *Il credito da Mobbing deve essere privilegiato*, Corte Costituzionale, sentenza n. 113 del 6 aprile 2004, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

la convivenza fra datore di lavoro e dipendente va gestita costantemente e costantemente rinegoziata. Non è certo sufficiente disporre di un apparato gerarchico per poterla disciplinare, sia per la mancanza di condivisione dei processi, sia perché nessuno insegna ai dirigenti a gestire e riconoscere il disagio e le sue cause<sup>77</sup>.

Le maggiori Organizzazioni Sindacali hanno realizzato iniziative per fornire utili e concrete risposte sia alle vittime, sia alle organizzazioni lavorative, nonché alla società intesa in senso lato.

Ad esempio la UIL è stata la prima organizzazione sindacale a costituirsi parte civile in una causa per mobbing, successivamente vinta.

Inoltre, in collaborazione con la UIL Pubblica Amministrazione è stato messo a punto un sistema di ricerca scientifica che ha consentito di conoscere la stima statistica reale dei lavoratori pubblici che soffrono di violenza e di mettere a punto progetti preventivi realizzati su dati empirici e non a tavolino. Sono state altresì stipulate convenzioni con psicologi ed avvocati, che collaborano con i Centri di Ascolto istituiti sul territorio nazionale.

Anche i mass-media possono e devono fare la loro parte. Infatti di mobbing sempre più spesso ormai si parla in TV e sui giornali<sup>78</sup>.

## 18. Conclusioni

La ricerca in una materia così magmatica, che ha implicazioni in molteplici ambiti di interesse, difficilmente può conoscere una reale conclusione, per il suo essere *in itinere*, in continuo divenire, in una continua evoluzione di studi, ricerche, sentenze<sup>79</sup> ed opinioni, riflessioni e contraddizioni espresse in dibattiti e convegni che sempre più spesso si vanno organizzando.

Ciò che emerge dopo aver osservato i vari aspetti del problema, ol-

<sup>77</sup> V. TALAMO [Direttore del Servizio Contrattazione Collettiva, Dipartimento della Funzione Pubblica], *Il Mobbing nella Pubblica Amministrazione*, in [www.unicz.it/lavoro](http://www.unicz.it/lavoro)

<sup>78</sup> Si veda il sito internet [www.mimandaraitre.rai.it](http://www.mimandaraitre.rai.it), ma anche <http://groups.msn.com/mobbing/lastoriapiuatrocedimobbing.msnw>, [www.mobbing.it](http://www.mobbing.it).

<sup>79</sup> Si veda il sito [www.studiolegalelaw.it/mobbing2.asp](http://www.studiolegalelaw.it/mobbing2.asp), ove sono riportate ben 26 nuove sentenze pronunciate da gennaio 2008; l'ultima del 1 giugno 2008 [quasi tutte sfavorevoli al mobbed].

tre alla constatazione che gli ambienti lavorativi evolvono verso la degradazione dei rapporti umani, è la necessità ed urgenza di una legge che finalmente delinea giuridicamente i caratteri dell'illecito e sancisca i diritti e i doveri di ciascuna delle parti in gioco, ma soprattutto le sanzioni per i trasgressori, così da porre finalmente termine alle acrobazie giurisprudenziali ed alla quasi completa impunità dei datori di lavoro.

Di mobbing si è parlato come di *cattiveria di branco*<sup>80</sup>, ed infatti si concreta in una delle forme di cattiveria umana più conosciuta e radicata nel tempo: l'abuso della posizione di potere di un soggetto nei confronti dei suoi simili, ed il silenzio di chi a tale abuso assiste consentendo che avvenga, di cui anche Einstein si è occupato .

Che sia vero o meno, per alcuni autori gli uomini moderni hanno ereditato dagli antenati il senso della schiavitù e quello del servilismo. La seconda forma degenera nella sopportazione passiva e masochista, oltre che nell'omertà, la prima diviene abuso di potere, e, tra le tante forme, MOBBING!

<sup>80</sup> G. BUFFONE, *Il Mobbing: cattiveria di branco*, 21 maggio 2005, in [www.altalex.com](http://www.altalex.com).

FRANCESCO BEER

## Linee di confronto tra diritto romano, Code Napoléon e codici italiani del 1865 e del 1942 in tema di potestà dei genitori

SOMMARIO: 1. Principi generali in tema di *patria potestas* nel diritto romano. - 2. Oggettivizzazione dei principi romanistici nel *Code Napoleon* e nei codici italiani del 1865 e del 1942.

### 1. Principi generali in tema di *patria potestas* nel diritto romano

Nel sistema del diritto romano i membri della *familia*, e più in generale l'insieme delle attività e delle relazioni di un gruppo familiare, erano oggetto di un vasto potere detenuto dal *pater familias*<sup>1</sup>, potere che andò gradualmente a svilirsi con il passare del tempo grazie ad un progressivo ampliamento della capacità attribuita al *filius familias*, favorito anche dall'evolversi dei rapporti sociali<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> In ordine all'istituto della *patria potestas* ed alla sua progressiva evoluzione cfr. P.VOCI, *Storia della patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 51, 1985, pp.1-68; A.M.RABELLO, *Effetti personali della "Patria Potestas"*, Milano, Giuffrè, 1979; P.VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in *IURA*, 31, 1980, pp. 37 e ss.; E.VOLTERRA, *L'acquisto della patria potestas alla morte del pater familias*, in *BIDR.*, 79, 1976, pp. 193 e ss.; A.M.RABELLO, *L'acquisto della patria potestas*, in *Labeo*, 21, 1975, pp. 172-192; L.CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ancora sui poteri del 'pater familias'*, in *BIDR.*, 73, 1970, pp. 357-425; G. LOBRANO, *Pater et filius eadem persona. Per lo studio della patria potestas*, Giuffrè, Milano, 1984; F.GALLO, *Potestas e dominium nella esperienza giuridica romana*, in *Labeo*, 16, 1970, pp. 17 e ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Patria Potestà* (dir. rom.), in *E.d.D.*, vol. XXXII, 1982, pp. 242-249; G. LONGO, voce *Pater Familias*, in *Nov.Dig.It.*, vol. XII, 1957, pp. 555-556; P. DE FRANCISCI, voce *Auctoritas*, in *El*, vol. V, 1949, pp. 325-326; L. AMIRANTE, voce *Auctoritas*, in *Nov.Dig.It.*, vol I, 1957, pp. 1536-1539. Sul punto cfr., inoltre, *Gai. 1.55; Ulp. D.1.6.4.*

<sup>2</sup> Quanto alla *familia* nel diritto romano cfr. G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Giappichelli, Torino, 1995; G.FRANCIOSI, *La famiglia romana. Società e diritto*, Giappichelli, 2003; M.SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino: persone e famiglia*, Giuffrè, 1938; F. DE MARTINO, voce *Famiglia* (dir. rom.), in *Nov.Dig.It.*, 1957, pp. 42-46; E. VOLTERRA, voce *Famiglia* (dir. Romano), in *E.d.D.*, Vol. XVI, 1967, pp. 723-743.

Particolari esempi di tale affievolimento riguardano - in relazione ai rapporti personali - il *ius vitae et necis*<sup>3</sup>, già desueto in età classica<sup>4</sup>, anche se si è sostenuta in passato la tesi dell'esistenza di un *consilium* familiare da investire preventivamente della questione riguardante il *filius*, data l'importanza delle conseguenze<sup>5</sup>.

Il *ius noxae dandi*<sup>6</sup>, espressione della rinuncia alla potestà in capo al *filius* che si fosse macchiato di illeciti, è stato progressivamente abbandonato fino ad essere abolito in età postclassica da Giustiniano<sup>7</sup>: tale innovazione seguiva il riconoscimento di una vera e propria capacità patrimoniale del *filius familias*, divenuto unico soggetto verso cui esperire l'*actio ex delicto*.

In modo analogo, il *ius exponendi*<sup>8</sup> andò evolvendosi fino a divenire, in età postclassica, fonte di decadenza dalla *patria potestas*, in caso di abbandono del *filius*: originariamente il *pater familias* conservava la propria *potestas* sul *filius* a condizione che l'esposizione avvenisse in maniera manifesta. Veniva dunque concessa al nutrito la piena *potestas* sul soggetto che entrava a far parte della propria *familia*<sup>9</sup>. La valutazione circa

<sup>3</sup> Sul punto cfr. A.GUARINO, *Diritto Privato Romano*, XII ed., Jovene, Napoli, 2001, pp. 534-535; circa il *ius vitae et necis* e la progressiva evoluzione dell'istituto cfr. B.ALBANESE, *Note sull'evoluzione storica del ius vitae ac necis*, in *Scritti Ferrini*, 3, Milano, 1948;

<sup>4</sup> In tal senso si esprimono A.GUARINO, *op. cit.*, p. 534: "Molto improbabile, a nostro avviso, che già le XII tabulae abbiano limitato l'esercizio del *ius vitae ac necis* alle ipotesi di "iusta causa"..."; A.M.RABELLO, *op. cit.*, p. 33: "E' certo che a tale ampiezza di poteri corrispondeva un alto senso di responsabilità da parte di chi lo esercitava...ed è inoltre da tener presente che il *pater familias* agiva in seno alla società, sentendo quindi indirettamente un freno psicologico non indifferente, che gli impediva di usare arbitrariamente e contro le norme religiose, della sua potestà".

<sup>5</sup> Sul punto cfr. E.VOLTERRA, *Il preteso tribunale domestico in dir.rom.*, in *RISG*, 2, 1948, pp. 103 e ss.; A.BALDUCCI, *Intorno al iudicium domesticum*, in *AG*, 191, 1976, pp. 69-97.

<sup>6</sup> Si tema cfr. F.SERRAO, *Responsabilità per fatto altrui e noxalità*, in *BIDR*, 73, 1970, pp. 125-196; F.DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité*, 1947.

<sup>7</sup> Sul *ius noxae dandi* cfr. *Gai.*, I, 4.75: "Ex maleficio filiorum familias seruorumque, ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri domino ue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere. erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominis ue damnosam esse".

<sup>8</sup> Per il *ius exponendi* cfr. F.LANFRANCHI, *Ius exponendi e obbligo alimentare nel diritto romano-classico*, in *SDHI*, 6, 1940, p. 5 e ss.; in relazione al *tollere liberum* cfr. E.VOLTERRA, *Un'osservazione in tema di tollere liberos*, in *Scritti Schulz*, 1, 1951, pp. 388 e ss.; N.SANTORO, *Sul tollere liberos*, in *Index*, 28, 2000, pp. 273 e ss.

<sup>9</sup> In relazione al *ius exponendi* e alla possibilità di determinare lo status del soggetto acquisito cfr. *C.Th.* 5.9.1.: "Quicumque puerum vel puellam proiectam de domo, patris vel domi-

la paternità era affidata all'accoglimento del neonato tra le braccia del padre, che aveva quindi la possibilità di "disconoscere" il figlio mediante un atto ben preciso di mancato accoglimento sotto la propria *potestas*.

Ancora, tra le forme più incisive di punizione del figlio residuava l'esclusione dalla successione con il mezzo dell'*exheredatio*<sup>10</sup>: la medesima doveva avvenire in maniera solenne data la gravità del provvedimento adottato.

Era in ogni caso prevista la possibilità di rivolgersi al pretore nel caso in cui il figlio rifiutasse la sottoposizione alla potestà paterna<sup>11</sup>, al fine di ripristinare il legittimo esercizio del diritto da parte del *pater*.

Analogamente, il *ius vendendi*<sup>12</sup> divenne una pratica contraria al vivere sociale: grazie alla norma contenuta nelle Leggi delle XII Tavole<sup>13</sup>, l'usanza andò notevolmente a ridursi, fino ad essere successivamente valutata illecita. In ogni caso, secondo autorevole dottrina<sup>14</sup>, grazie a Costantino era ancora consentita la vendita dei neonati conclusa per stato di bisogno del venditore: in questo modo si assicurava un riscontro economico al padre naturale ed un migliore futuro per il bambino<sup>15</sup>.

*ni voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse mauerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint*".

<sup>10</sup> Per l'*exheredatio* cfr. I. 2.13 nonché D. 28.2. (« *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis* »)

<sup>11</sup> Sul punto cfr. A.M. RABELLO, *op. cit.*, pp. 258-259, il quale richiama "Paolo (libro octavo decimo ad Plautium) D. 22.3.8: *si filius in potestate patris esse se negat, praetor cognoscit ut prior doceat filius, quia et pro pietate quam patri debet prestare hoc statuendum est et quia se liberum esse quodammodo contendit: ideo enim et qui ad libertate proclamat, prior docere iubetur*". L'autore afferma che "il passo, è vero, è stato più volte sospetto di interpolazioni, ma, anche nel caso che accogliessimo l'ipotesi più drastica di interpolazione, rimane pur sempre l'affermazione che si filius in potestate patris esse se negat, praetor cognoscit".

<sup>12</sup> In merito al *ius vendendi* cfr. D.NARDI, *Ancora sul ius vendendi del pater familias nella legislazione di Costantino*, in *Scritti Guarino*, 5, 1984, pp. 2287 e ss.; M.BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in *SDHI*, 49, 1983, pp. 179-224;

<sup>13</sup> In tal senso XII Tab., IV, "Si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto": sul punto cfr. A.GUARINO, *op. cit.*, p. 536.

<sup>14</sup> Sul punto cfr. P.VOCI, *op. cit.*, p. 25 e ss.: l'A. richiama *Cth. 5,10,1* chiarendo che "i bambini appena nati, liberi o schiavi, possono essere acquistati...da un estraneo a due titoli, di cui uno è sicuramente la compravendita, l'altro è detto *nutriendum accipere*".

<sup>15</sup> Diversa è la situazione relativa alla vendita di adulti, che rimase in ogni caso vietata ed aversata a livello sociale: in tal senso cfr. P.VOCI, *op. cit.*, p. 25.

È quindi evidente che ad una originaria severità nella disciplina familiare si sostituisce una progressiva apertura nei confronti dei figli e della loro capacità di porre in essere atti giuridicamente rilevanti.

Un chiaro esempio di tale evoluzione sociale e giuridica è inoltre rappresentato dal progressivo riconoscimento di una minima capacità patrimoniale in capo al *filius familias* grazie all'istituto del *peculium*<sup>16</sup>. Diffusosi già in età preclassica il *peculium profectivum*<sup>17</sup>, per quanto innovativo, si caratterizzava ancora per lo stretto legame con la volontà paterna: infatti il *filius* rispondeva sempre al *pater* dell'utilizzo delle somme di denaro concesse, e quest'ultimo ne era comunque proprietario. Era possibile la revoca della somma concessa a titolo di *peculium* da parte del padre, definita *ademptio peculii*, in maniera del tutto discrezionale.

In età classica si diffuse il *peculium castrense*<sup>18</sup> o militare, che contribuì ad implementare la capacità dispositiva del *filius* grazie al riconoscimento della sua attività militare. Di particolare interesse è la disposizione<sup>19</sup> grazie alla quale Augusto concesse la possibilità di testare al *filius familias* in ordine al proprio *peculium castrense*<sup>20</sup>, espressione della particolare im-

<sup>16</sup> Relativamente all'istituto del *peculium*, che poteva essere concesso anche allo schiavo, cfr. E. ALBERTARIO, voce *Peculio*, in *El*, vol. XXVI, 1949, pp. 579-580; F.LA ROSA, voce *Peculium*, in *Nov.Dig.It.*, vol. XII, 1957, pp. 755-757; sulla capacità patrimoniale del *filius familias* nel diritto romano cfr. S.LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Giuffrè, 2003;

<sup>17</sup> Circa il *peculium profectivum* cfr. G.LONGO, *Il concetto classico e il concetto giustiniano di administratio peculii*, in *BIDR*, 38, 1930, pp. 29 e ss.; G.LONGO, *Appunti critici in tema di peculio*, in *SDHI*, 1, 1935, pp. 392 e ss.; A.BURDESE, *Considerazioni in tema di peculio c.d. profectivum*, in *Scritti Sanfilippo*, 1982, 1, pp. 69 e ss.; Y.THOMAS, *Droit domestique et droit politique à Rome. Remarque sur le pécule et les "honores" des fils de famille*, in *MEFRA*, 94, 1982, pp. 527 e ss.

<sup>18</sup> In merito al *peculium castrense* cfr. A.GUARINO, *L'oggetto del castrense peculium*, in *BIDR*, 20, 1941, pp. 41-73; F.LA ROSA, *Ancora in tema di "pec. Castrense"*, in *Scritti De Francisci*, 2, 1956, pp. 393 e ss.; G.LONGO, *Sulla capacità patrimoniale e processuale del "filiusfam."* Fornito di *peculium castrense*, in *AUMA*, 1957; E.ALBERTARIO, *Appunti sul peculium castrense*, in *BIDR*, 39, 1931, pp. 5 e ss.

<sup>19</sup> Ulp. Tit. 20.10: "*Filius familiae testamentum facere non potes, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus [Marcus] constituit, ut filius familiae miles de eo peculio adquisivit testamentum facere possit*".

<sup>20</sup> Sul *peculium quasi castrense* cfr. G.ARCHI, *In tema di peculio quasi castrense*, in *Scritti Besta*, 1, 1937, pp. 117 e ss.; B.BIONDO, *Il peculium dei "paladini" costantiniani*, in *Labeo*, 19, 1973, pp. 318 e ss.; B.LEHMANN, *Das "peculium castrense" der "palatini"*, in *Labeo*, 23, 1977, pp. 49 e ss.; L.MASTRANGELO, *Il peculium quasi castrense: privilegium dei Palatini in età tardo antica*, in *RIDA*, 3, 2005, pp. 261-308.

portanza attribuita all'attività militare. Successivamente, in età postclassica, l'introduzione del *peculium quasi castrense* fornì al *filius* una maggiore autonomia anche in relazione ad eventuali incarichi di carattere statale<sup>21</sup>.

Il c.d. *peculium adventicium*<sup>22</sup> conclude l'evoluzione dell'istituto in epoca giustiniana, introducendo la possibilità di acquistare i proventi di attività proprie, sui quali esisteva un formale diritto di usufrutto da parte del *pater*.

L'evoluzione dell'istituto della *patria potestas* è il sintomo di profondi cambiamenti sociali, che andranno poi ad incidere, come riscoperta delle relative categorie dogmatiche, sullo sviluppo delle codificazioni moderne.

## 2. Oggettivizzazione dei principi romanistici nel Code Napoléon e nei codici italiani del 1865 e del 1942

Il Code Napoleon<sup>23</sup> diede nuova vita alla *patria potestas*, evidenziando, anche se gradualmente, una nuova concezione della paternità, inte-

<sup>21</sup> Circa l'introduzione del *peculium quasi castrense* cfr. Cth.6.36.1: "Imp. Constantinus a. ad Severum praefectum urbi. Omnes palatinos, quos edicti nostri iam dudum certa privilegia superfundunt, rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parsimonia propria quaesiverint vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis conscii ac prope sub conspectibus nostris adquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditus studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti poterint, peculia sua praecipua retineant, quae, dum in palatio constituti sunt, aut labore, ut dictum est, proprio aut dignatione nostra quaesiverint".

<sup>22</sup> Circa il *peculium adventicium* cfr. A.GUARINO, *op.cit.*, p.546; F.LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano, 1953.

<sup>23</sup> Sulla formazione della codificazione napoleonica cfr. A.J.ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, Parigi, 1969; S.SOLIMANO, *Verso il Code Napoleon, il progetto di codice civile di Guy Jean Baptiste Target (1798-1799)*, Milano, 1998; G.TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna, Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; X.D.MARTIN, *Fondements juridiques du Code Napoléon*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, avril - juin 2003, pp. 247-264; In relazione all'influenza del Code Napoleon in Europa cfr. A.AZARA, *Voce Codice*, in *NNDI*, vol. III, 1959, rist. 1981, pp. 384-386; R.NICOLÒ, *Voce Codice Civile*, in *E.d.D.*, vol. VII, 1960, pp. 240-250; D.CORRADINI, *Garantismo e statalismo, Le codificazioni civilistiche dell'ottocento*, Milano, 1971; A.M. PRINCIGALLI, *La vicenda della codificazione*, in N.LI-PARI, *Diritto Privato, una ricerca per l'insegnamento*, Bari, 1974; R.SACCO, *I codici civili dell'ul-*

sa come trasformazione dell'autorità in equità<sup>24</sup>. L'evoluzione dei rapporti familiari, così come delineata all'interno della codificazione napoleonica, conduce ad un quadro caratterizzato in ogni caso da una residua centralità della figura paterna all'interno della famiglia.

In tal senso è chiara la lettera dell'art. 373 del *Cod.Nap.* che attribuisce al solo padre, durante il matrimonio, l'esercizio della *puissance paternelle*<sup>25</sup>. L'attribuzione della potestà esclusivamente al padre non esclude la necessità della sussistenza del rispetto nei confronti dei genitori, elemento etico-normativo che si riscontra anche in entrambe le codificazioni successive: infatti tanto l'art. 220 del c.c. del 1865 quanto l'art. 315 del codice del 1942<sup>26</sup> richiamano il concetto del rispetto nei confronti dei genitori.

*timo cinquantennio, in Rivista di diritto civile, 1993, fasc. 3, 6, pp. 311-316; U.PETRONIO, La lotta per la codificazione, Giappichelli, Torino, 2002; sull'influenza del Code nel nostro Paese e sulla formazione della codificazione civile cfr. F.SANTORO PASSARELLI, Dai codici preunitari al codice civile del 1865, in Studi in memoria di Andrea Torrente, Milano, 1968, II, pp. 1031-1043; C.GHISALBERTI, Unità nazionale e unificazione giuridica in Italia, Laterza, 2002; C.GHISALBERTI, la codificazione del diritto in Italia 1865-1942, Laterza, 1997; R.BONINI, Dal Code Civil ai codici della Restaurazione, Bologna, 1997; G.ASTUTI, Il Code Napoléon in Italia e la sua influenza nei codici degli stati italiani successivi, Napoli, 1984, pp. 735 e ss; R.BONINI, Disegno storico del diritto privato italiano, dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942, Bologna, 1996; A.ACQUARONE, L'unificazione legislativa e i codici del 1865, Giuffré, 1960; A.PADOA SCHIOPPA, Dal Codice Napoleone al Codice Civile, in Italia ed Europa nella storia del diritto, cap. XIV, pp. 495-527; C.A.CANNATA, Il diritto europeo e le codificazioni moderne, in SDHI, 57, 1991, pp. 383 e ss; inoltre, per una visione globale di tali tematiche, cfr. V.PIANO MORTARI, Voce Codice (storia), in E.d.D., vol. VII, 1960, pp. 228-236; P.CARONI, La storia della codificazione e quella del codice, in Index, 29, 2001.*

<sup>24</sup> Per un approfondimento del concetto di equità nella storia del diritto, tra le innumerevoli opere sul punto, cfr. O.BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto*, Campobasso, 2005; per un'ampia bibliografia fino al 1957 sul concetto di equità nel diritto romano cfr. A.GUARINO, voce *Equità (Diritto romano)*, in *NNDI*, vol. VI, 1957, pp. 619-624; riguardo il concetto di equità nel diritto canonico cfr. F. DELLA ROCCA, voce *Equità (Diritto Canonico)*, in *NNDI*, vol. VI, 1957, pp. 624-625.

<sup>25</sup> L'art. 373 *Cod.Nap.* chiarisce che "le père seul exerce cette autorité durant le mariage": l'istituto di riferimento in tema di potestà paterna è, all'interno della codificazione napoleonica, la *puissance paternelle*, regolata all'interno del Titre IX, Livre I del *Code Civil (Des Personnes)*, disciplinato fra gli artt. 371-387.

<sup>26</sup> A tal proposito l'art. 371 *Cod.Nap.* stabilisce che "l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère" mentre l'art. 220 del Codice Pisanelli stabilisce che "Il figlio, qualunque sia la sua età, deve onorare e rispettare i genitori". Una lieve evoluzione intercorre tra la formulazione originaria della codificazione Scialoja, secondo cui ex art. 315 "il figlio, di qualunque età sia, deve onorare e rispettare i genitori", e l'attuale formulazione frutto della riforma del diritto di famiglia, per cui ex art. 315 "il figlio deve rispettare i genitori e deve contribuire, in relazione alle proprie sostanze e al proprio reddito, al mantenimento della famiglia fin-

Soprattutto all'interno della codificazione napoleonica era evidente l'estrema subordinazione del figlio rispetto ai genitori, elemento oggi profondamente differente come si avrà modo di approfondire brevemente in seguito. Il figlio resta sottoposto alla potestà dei genitori fino alla maggiore età o altrimenti fino all'emancipazione: tale richiamo normativo appare sostanzialmente invariato anche nelle codificazioni italiane.

Di particolare interesse appare, inoltre, la disposizione, art. 374 *Cod.Nap.*, volta al divieto di abbandono della casa familiare, che il *Code Civil* legittima solo in caso di volontario arruolamento dopo il compimento dei 18 anni. La disposizione è riprodotta quasi pedissequamente nel c.c. del 1865, per poi essere inserita, non senza gli opportuni accorgimenti dovuti all'introduzione del giudice tutelare<sup>27</sup>, anche nell'attuale legislazione italiana: in tal senso è evidente il tentativo di reprimere il desiderio del figlio di abbandono della casa familiare, all'interno di un quadro particolarmente ampio di mezzi di correzione previsti dal legislatore napoleonico.

Nel *Code Civil* è tuttavia prevista tra gli artt. 376 e 379 la possibilità di richiedere la carcerazione del figlio nel caso in cui il padre abbia "*gravi motivi di disgusto per la condotta di un figlio*"<sup>28</sup>. Il potere attribuito al pa-

*ché convive con essa*". Come appare evidente l'attuale formulazione del codice introduce la necessità del mantenimento nei confronti dei genitori che sono quindi tutelati e garantiti anch'essi nel contesto del sistema familiare.

<sup>27</sup> Secondo l'originaria formulazione del *Code Civil*, art. 374, "*l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, si ce n'est pour enrôlement volontaire, après l'âge de dix-huit ans révolus*", mentre si riportano di seguito le disposizioni relative alle successive codificazioni italiane. Art. 221 c.c. 1865: "*il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli abbia destinata, senza permesso del medesimo, salvo per causa di volontario arruolamento nell'esercito nazionale. Ove se ne allontani senza permesso il padre ha diritto di richiamarlo, ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale civile*"; art. 318 c.c. 1942: "*il figlio non può abbandonare la casa paterna o quella che il padre gli ha destinata. Qualora se ne allontani senza permesso, il padre può richiamarlo, ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare*"; art. 318 c.c. 1942 riformato dalla L. 151/1975: "*il figlio non può abbandonare la casa dei genitori o del genitore che esercita su di lui la potestà o la dimora da essi assegnatagli. Qualora se ne allontani senza permesso, i genitori possono richiamarlo ricorrendo, se necessario, al giudice tutelare*".

<sup>28</sup> In tal senso dispongono gli artt. 376 e 377 *Cod. Nap.*: "*Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation*". "*Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président du tribunal, qui, après en avoir conféré avec le commissaire du Gouvernement, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père*".

dre trova un limite in precisi massimi detentivi, individuati nella misura di un mese per quanto riguarda i minori di 16 anni e in quella di sei mesi per i maggiori di 16 anni e fino all'emancipazione del figlio. In ogni caso è prevista la possibilità di domandare la sospensione della detenzione già richiesta, in ogni caso senza un possibile sindacato di valutazione dei fatti da parte del giudice. È interessante notare che tale diritto, attribuito al padre, si trasferisce alla madre in caso di decesso del marito ma va esercitato solo con il consenso "*des deux plus proches parents paternels*". La possibilità di un contraddittorio circa l'arresto del figlio era assicurata solo laddove quest'ultimo "*aura des biens personnels, ou lorsqu'il exercera un état*": in questo caso il *Commissaire du Gouvernement près le Tribunal d'Appel* poteva essere investito della questione.

Pertanto il legislatore napoleonico, pur in forma particolarmente attenuata rispetto al diritto romano, ha prodotto anch'esso delle significative disposizioni idonee a sanzionare delle condotte ritenute lesive da parte della prole. Le disposizioni suddette trovano ingresso in forma decisamente temperata all'interno del c.c. del 1865, ove viene riconosciuto il diritto del padre di allontanare il figlio dalla famiglia "*ove non riesca a frenare travimenti*"<sup>29</sup>, senza peraltro concedere la possibilità di far incarcerare il figlio né prevedendo alcun mezzo afflittivo di correzione.

Anche il codice del 1942 prevede la facoltà di far allontanare il figlio dalla famiglia, in caso di "cattiva condotta" del medesimo, disponendo, inoltre, e a differenza del codice Pisanelli, che il Presidente del Tribunale proceda "*assunte informazioni*", provvedendo "*con decreto senza formalità di atti e senza dichiarare i motivi*"<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> L'art. 222 del c.c. del 1865 stabilisce infatti che: "*il padre che non riesca a frenare travimenti del figlio, può allontanarlo dalla famiglia, assegnandogli secondo i propri mezzi gli alimenti strettamente necessari, e ricorrendo, ove sia d'uopo, al presidente del tribunale, collocarlo in quella casa, o in quell'istituto di educazione o correzione, che reputi più conveniente a correggerlo e migliorarlo. L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente, ed il presidente provvederà senza formalità di atti e senza esprimere i motivi del suo decreto*".

<sup>30</sup> L'art. 319 del c.c. del 1942, anteriore alla riforma del diritto di famiglia, stabilisce che: "*il padre che non riesce a frenare la cattiva condotta del figlio, può, salva l'applicazione delle norme contenute nelle leggi speciali, collocarlo in un istituto di correzione, con l'autorizzazione del presidente del tribunale. L'autorizzazione può essere chiesta anche verbalmente. Il presidente del tribunale, assunte informazioni, provvede con decreto senza formalità di atti e senza dichiararne i motivi. Contro il decreto del presidente del tribunale è ammesso ricorso al presidente della corte d'appello, il quale provvede sentito il pubblico ministero*".

Il tema della tutela del minore e, più in generale, del soggetto debole appare un elemento di interesse prevalente nelle attuali dinamiche giurisprudenziali e dottrinarie: il minore, al contrario del passato, è oggi al centro di tutte le decisioni prese in ambito familiare ed il suo benessere appare l'elemento cardine intorno al quale ruotano tutte le vicende giuridiche del sistema familiare<sup>31</sup>.

Un primo dato di confronto rintracciabile riguarda la decisa evoluzione normativa e giurisprudenziale volta ad una sempre più incisiva tutela dell'interesse della prole a fronte di una passata volontà diretta a tutelare la posizione dei genitori ed in particolar modo della figura paterna.

<sup>31</sup> Tale circostanza è particolarmente evidente in materia di separazione personale tra i coniugi, in merito alla quale ogni valutazione effettuata dal giudice deve essere ponderata in funzione dell'interesse preminente dei figli. In tal senso, tra le più recenti, cfr. Cass. Civ. Sez. I, n. 1545 del 26.01.2006, per cui *"In materia di separazione o divorzio, l'assegnazione della casa familiare, pur avendo riflessi anche economici, particolarmente valorizzati dall'art. 6, sesto comma, della legge 1 dicembre 1970, n. 898 (come sostituito dall'art. 11 della legge 6 marzo 1987, n. 74), è finalizzata all'esclusiva tutela della prole e dell'interesse di questa a permanere nell'ambiente domestico in cui è cresciuta, e non può quindi essere disposta, come se fosse una componente degli assegni rispettivamente previsti dall'art. 156 cod. civ. e dall'art. 5 della legge n. 898 del 1970..."* e Cass. Civ. Sez. I, n. 1202 del 20.01.2006, laddove si statuisce che *"...il tribunale, pronunciando lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, provvede in ordine alla prole, con esclusivo riferimento all'interesse morale e materiale di essa, e, ove lo ritenga utile all'interesse del minore, può disporre l'affidamento congiunto. In questo contesto, il disporre l'affidamento congiunto, anziché quello esclusivo, è questione rimessa alla valutazione discrezionale del giudice di merito, il quale deve avere come parametro normativo di riferimento l'interesse del minore medesimo..."*. Altresì in relazione all'assegnazione della casa familiare, di cui all'art. 155-quater c.c. cfr., recentissima, Cass. Civ. Sez. I, n. 6979 del 22.03.2007, per cui *"I principi sopra esposti sono da confermare anche alla stregua dello jus superveniens, costituito dalla legge 54/2006, che ha aggiunto all'articolo 155 Cc a proposito dei "provvedimenti riguardo ai figli" - l'articolo 155 quater. Ciò in quanto la nuova disposizione mostra di volere dare consacrazione legislativa, con il riferimento all'interesse dei figli" in genere e non più all'affidamento dei figli (minori) proprio al consolidato orientamento giurisprudenziale di questa Corte, statuendo che "il godimento della casa familiare è attribuito tenendo prioritariamente conto dell'interesse dei figli" e che "dell'assegnazione il giudice tiene conto nella regolazione dei rapporti economici fra i genitori, considerato l'eventuale titolo di proprietà". La materia è stata oggetto di una radicale modifica con l'abrogazione dell'art. 319 da parte dell'art. 142 della L. 151/1975, con il quale viene quindi a mancare il descritto potere dei genitori nei confronti dei figli. D'altra parte è argomento di particolare attualità quello dei mezzi di correzione nei confronti della prole: ai genitori residua una generale potestà correttiva nei confronti dei figli su cui esercitano la potestà (oggi potestà genitoriale) che, tradizionalmente inserita all'interno della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p., incontra il limite di fattispecie penalistiche sempre più oggetto di applicazione nell'interpretazione della giurisprudenza penale, anche in virtù di una chiara tendenza alla protezione dei minori in ambito familiare.*

Tale ultima considerazione appare tanto più evidente ove si consideri la mancata presenza all'interno della codificazione napoleonica di norme volte a proteggere la prole dall'abuso dei poteri del genitore di sesso maschile: a dispetto di una quasi totale riproduzione delle statuizioni del *Code Civil* il codice Pisanelli introduce all'art. 233 una norma<sup>32</sup>, peraltro poco chiara ed incisiva, volta a minacciare eventuali provvedimenti, *“che stimerà convenienti nell'interesse del figlio”*, contro il genitore che abusa della patria potestà. Anche se si tratta di una previsione lacunosa e vaga rappresenta certamente una importante novità nel panorama legislativo della seconda metà del XIX secolo, epoca ancora lontana dagli sconvolgimenti socio-culturali dell'ultimo secolo. Infatti all'interno del codice civile del 1942 il legislatore prevede all'art. 330<sup>33</sup> la possibilità di pronunciare, da parte del Tribunale, la decadenza dalla patria potestà laddove il genitore *“viola o trascura con grave pregiudizio del figlio i doveri ad essa inerenti”*. In caso di pronuncia di decadenza dalla patria potestà del padre la medesima viene attribuita alla madre, alla quale il tribunale *“può in speciali circostanze impartire disposizioni alle quali...deve attenersi”*; inoltre viene prevista, all'art. 332, la possibilità della reintegrazione nella patria potestà del genitore che ne è decaduto, laddove *“è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio”*<sup>34</sup>.

Il codice civile del 1942 prevede, inoltre, la possibilità per il Tribunale di adottare diverse decisioni a tutela del figlio laddove la condotta del genitore non sia tale da *“dar luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole per il figlio”*<sup>35</sup>. In ogni caso

<sup>32</sup> L'art. 233 del c.c. 1865 prevede che *“se il genitore abusa della patria potestà, violandone o trascurandone i doveri, o male amministrando le sostanze del figlio, il tribunale sull'istanza di alcuno dei parenti più vicini od anche del pubblico ministero, potrà provvedere per la nomina di un tutore alla persona del figlio o di un curatore di beni di lui, privare il genitore dell'usufrutto in tutto o in parte, e dare quegli altri provvedimenti che stimerà convenienti nell'interesse del figlio”*.

<sup>33</sup> L'art. 330 c.c. 1942 stabilisce che *“il tribunale può pronunciare la decadenza dalla patria potestà quando il genitore viola o trascura con grave pregiudizio del figlio i doveri ad essa inerenti”*.

<sup>34</sup> Gli artt. 331 e 332 del c.c. 1942 stabiliscono che *“quando, pronunciata la decadenza, l'esercizio della patria potestà passa alla madre, il tribunale può in speciali circostanze impartire disposizioni alle quali la madre deve attenersi. Il tribunale può anche ordinare che il figlio venga allontanato dalla casa paterna”*, *“il tribunale può reintegrare nella patria potestà il genitore che ne è decaduto, quando, cessate le ragioni per le quali la decadenza fu pronunciata, è escluso ogni pericolo di pregiudizio per il figlio”*.

<sup>35</sup> L'art. 333 del c.c. del 1942 prevede che *“quando la condotta del genitore non è tale da dar luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall'art. 330, ma appare comunque pregiudizievole per il figlio, il tribunale può, secondo le circostanze, adottare i provvedimenti convenienti all'interesse del figlio e può anche disporre l'allontanamento di lui dalla casa paterna”*.

è da rilevare, come sottolineato da autorevole dottrina<sup>36</sup>, che le maggiori innovazioni legislative in tema di potestà sono da ricercarsi durante la seconda metà del XX secolo, piuttosto che nel periodo che intercorre tra la prima e la seconda codificazione unitaria.

Si potrebbe dire che l'influenza del diritto romano appare evidente nel lavoro del legislatore francese del 1804. Se nel c.c. italiano del 1865 si riscontrano le medesime linee normative del *Code Civil*, si assiste ad una evidente evoluzione nel corso del XX secolo: gli sconvolgimenti portati dall'introduzione della L. 151/1975 sono tali e tanti da far ritenere compiuto un definitivo passaggio verso una differente linea normativa, caratterizzata dall'equiparazione quasi totale<sup>37</sup> delle posizioni dei coniugi all'interno del sistema familiare. Nel nuovo sistema la potestà è esercitata di comune accordo tra i coniugi nell'interesse prevalente del minore: assolutamente ferma rimane la possibilità della decadenza dalla potestà dei genitori nei casi di cui all'art. 330 c.c., che oggi prevede inoltre la possibilità che, accanto all'allontanamento del figlio dalla residenza familiare, venga disposto l'allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> In tal senso particolarmente chiara è l'indicazione di P.UNGARI, *Storia del diritto di famiglia in Italia, 1796-1975*, Il Mulino, 2002, p. 177, secondo il quale "il cinquantennio che segue la codificazione unitaria è caratterizzato, per quel che riguarda la famiglia, da una pressoché assoluta stazionarietà legislativa, mentre la giurisprudenza delle Corti ha un'evoluzione nel complesso liberale".

<sup>37</sup> In chiaro contrasto con l'intera impalcatura della riforma, l'art. 316<sup>4</sup> stabilisce tuttora che "se sussiste un incombente pericolo di un grave pregiudizio per il figlio, il padre può adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili". Tale norma sembra rappresentare un residuo della vecchia supremazia della figura paterna all'interno dei rapporti familiari e può certamente essere considerata di dubbia costituzionalità, in riferimento agli art. 3 e 29 della Carta Costituzionale, nella parte in cui non prevede che entrambi i coniugi possano adottare i provvedimenti urgenti ed indifferibili nell'interesse della prole. Pienamente in sintonia con linea di tendenza del legislatore volta all'equiparazione e alla tutela dei coniugi è la previsione degli artt. 342bis e 342ter c.c., che prevedono rispettivamente "ordini di protezione contro gli abusi familiari" e "contenuto degli obblighi di protezione", introdotti ex art. 2 della L. 154/2001 creando un apposito Titolo IXbis (ordini di protezione contro gli abusi familiari). Specificatamente l'art. 342bis prevede che "quando la condotta del coniuge o di altro convivente è causa di grave pregiudizio all'integrità fisica o morale ovvero alla libertà dell'altro coniuge o convivente, il giudice, su istanza di parte, può adottare con decreto uno o più dei provvedimenti di cui all'art. 342ter". La previsione normativa si aggiunge alle fattispecie penalistiche di cui agli artt. 571 e 572 c.p. che puniscono rispettivamente l'abuso dei mezzi di correzione e di disciplina e i maltrattamenti in famiglia o verso i fanciulli.

<sup>38</sup> Tale integrazione all'originaria formulazione normativa è stata introdotta con l'art.

I motivi che generano questo nuovo quadro giuridico e sociale sono da ricercare in settori differenti da quello del diritto di famiglia, pur provocando delle conseguenze importanti nelle dinamiche familiari: sempre di più si ripropone oggi un modello oramai superato di famiglia “allargata”, nella quale convivono per forza di cose più generazioni, che riporta quasi alla mente la *familia* caratteristica del diritto romano arcaico da un punto di vista patrimoniale. La spiccata tendenza alla protezione dei soggetti deboli in ambito familiare, anche da un punto di vista penale<sup>39</sup>, si accompagna ad un

37 della L. 149/2001, che conduce al seguente testo: “il giudice può pronunciare la decadenza dalla potestà quando il genitore viola o trascura i doveri ad essa inerenti o abusa dei relativi poteri con grave pregiudizio del figlio. In tale caso, per gravi motivi, il giudice può ordinare l’allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore”. Analogamente si è proceduto, grazie all’art. 37, comma 2, della L. 149/2001 alla modifica dell’art. 333 c.c. che presenta oggi la seguente formulazione: “quando la condotta di uno o di entrambi i genitori non è tale da dare luogo alla pronuncia di decadenza prevista dall’art. 330, ma appare comunque pregiudizievole al figlio, il giudice, secondo le circostanze, può adottare i provvedimenti convenienti e può anche disporre l’allontanamento di lui dalla residenza familiare ovvero l’allontanamento del genitore o convivente che maltratta o abusa del minore. Tali provvedimenti sono revocabili in qualsiasi momento”.

<sup>39</sup> È infatti chiara la linea di tendenza volta ad estendere in chiave oggettiva la portata delle fattispecie penali di cui agli artt. 570 e 571 c.p., approntando una tutela sempre più ampia ai soggetti deboli in ambito familiare. In tal senso cfr. Cass. Pen. Sez. VI, n. 16491 del 3.05.2005, per cui “In tema di abuso dei mezzi di correzione o di disciplina, la nozione di malattia nella mente (il cui rischio di causazione implica la rilevanza penale della condotta) è più ampia di quelle concernenti l’imputabilità o i fatti di lesione personale, estendendosi fino a comprendere ogni conseguenza rilevante sulla salute psichica del soggetto passivo, dallo stato d’ansia all’insonnia, dalla depressione ai disturbi del carattere e del comportamento” nonché Cass. Pen. Sez. VI, n. 10085 del 15.03.2005, secondo cui “In tema di violazione degli obblighi di assistenza familiare, incombe all’interessato l’onere di allegare gli elementi dai quali possa desumersi l’impossibilità di adempiere alla relativa obbligazione, di talché la sua responsabilità non può essere esclusa in base alla mera documentazione formale dello stato di disoccupazione”. Di particolare interesse, circa la tutela dei soggetti deboli in ambito familiare cfr. AA.VV., *I soggetti deboli nella famiglia e nelle istituzioni socio-sanitarie, Biopotere e diritti della persona*, in S.PICCININI (a cura di), ESI, Napoli, 2007; *Sull’evoluzione della figura del pater familias nel corso dei secoli* cfr., recentissimo, M.CAVINA, *Il padre spodestato, L’autorità paterna dall’antichità a oggi*, 2007, Editori Laterza, Collana Storia e Società, che evidenzia lo svilimento della figura del padre a vantaggio di un attuale “puerocentrismo”. Per una breve recensione sull’opera cfr. F.BEER, *Il progressivo svilimento dell’istituto del potere paterno fino ad un attuale puerocentrismo. Una riflessione su M.Cavina, Il padre spodestato, L’autorità paterna dall’antichità a oggi*, 2007, pp. 359, Editori Laterza, collana Storia e Società, in *Annali dell’Università degli Studi del Molise*, 8/2006, Campobasso, 2007, pp. 761-771. Per una panoramica relativa alla famiglia e ai rapporti di filiazione nel sistema odierno cfr. C. PECORELLA, voce *Filiazione (storia)*, in *E.d.D.*, vol. XVII, 1968, pp. 449-456; P.BARCELLONA, voce *Famiglia (dir.civ.)*, in *E.d.D.*, vol. XVI, 1967, pp. 779-789.

progressivo svilimento della funzione genitoriale, avvertibile maggiormente su un piano fattuale prima ancora che giuridico: questa linea di tendenza sembra condurre inevitabilmente ad una sempre maggiore equiparazione, tanto formale quanto sostanziale, dei membri della famiglia. Il quadro descritto si inserisce in un contesto più ampio di progressiva apertura alla cittadinanza comunitaria: in questo senso è fondamentale l'introduzione, grazie al recente Trattato di Lisbona<sup>40</sup>, della personalità giuridica unica per l'Unione Europea.

Dalle considerazioni effettuate si potrebbe dunque concludere che, relativamente alle problematiche giuridiche oggetto di analisi, l'influenza del diritto romano all'interno delle moderne codificazioni francese ed italiana è ancora particolarmente intensa. Tramontata l'epoca della supremazia del genitore di sesso maschile all'interno dell'ambiente familiare, è predominante una componente solidaristica con caratteristiche peculiari per ciascuno dei loro ruoli.

Il radicale evolversi dei rapporti interni familiari è, d'altra parte, accompagnato da un progressivo mutare del concetto stesso della famiglia: si affacciano, infatti, alla ribalta nuove istanze volte a superare la tradizionale interpretazione del dettato costituzionale di famiglia come "società naturale fondata sul matrimonio", a vantaggio di una apertura a nuove forme familiari, non vincolate al sesso e al numero dei componenti del nucleo: tali aperture, già sperimentate in altri sistemi europei, potrebbero condurre a sconvolgimenti importanti ed ulteriori in tema di potestà dei genitori, argomento tradizionalmente oggetto di un rapido e fisiologico mutamento nel corso del tempo.

<sup>40</sup> Circa il Trattato di Lisbona cfr. J.ZILLER, *Il nuovo trattato europeo*, Bologna, 2007; M.C.BARUFFI, *Profili distintivi del Trattato di Lisbona*, in *Guida al Lavoro*, 2008, 1, pp. 27-29; F.CAPPELLI, *Riflessioni sul Trattato di Lisbona*, in *Bullettin européen*, 2008, 694, pp. 1-2; L. DANIELE, *Trattato di Lisbona: addio all'idea federalista per superare gli ostacoli degli eurosceettici*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, 6, pp. 11-14; B. NASCIBENE, A.LANG, *Il trattato di Lisbona: l'Unione europea a una svolta?*, in *Il corriere giuridico*, 2008, n. 1, pp. 137-143; P. PASSAGLIA, *Il trattato di Lisbona: qualche passo indietro per andare avanti*, in *Il Foro italiano*, 2008, 1, pp. 40-44; G. STROZZI, *Prime considerazioni sul Trattato di Lisbona*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, pp. 4-6; F.POCAR, *Gli obiettivi dell'Europa nel nuovo trattato: un compromesso tra luci e ombre*, in *Guida al diritto. Diritto comunitario e internazionale*, 2007, 4, pp. 8-9.



ANTONIO DI CHIRO

**«La parola ventura»  
A proposito di Paul Celan e Martin Heidegger**

SOMMARIO: 1. La questione: sentieri che si inseguono e si interrompono. - 2. L'etica, il linguaggio e il silenzio: qualcosa che manca. - 3. Autenticità e colpevolezza. - 4. L'etica, l'ineffabile e l'impensato: qualcosa si mostra. - 5. Quello che si mostra. Quello che non si dice. Quello che manca. - 6. Dimora e esilio, mistero e patria: «*abitare poeticamente*»... «*nella lontananza*». - 7. Rilievi conclusivi: la parola che manca, la parola che viene.

**1. La questione: sentieri che si inseguono e si interrompono**

In questo lavoro non si tenterà di ricostruire, attraverso i sentieri tortuosi e oscuri in cui si dipana, la storia del rapporto e dell'incontro-scontro tra Heidegger e Celan. Sul tema è stato già detto,<sup>1</sup> ed è noto con quanta insistenza i due si inseguirono: Heidegger, "il pensatore" e Celan, "il poeta" si cercarono per tutta la vita, e per tutta la vita si respinsero.

Quello che si cercherà di evidenziare è il tracciato di una loro totale divergenza circa la funzione e l'importanza della parola poetica. Pertanto si tenterà di andare oltre quell'interpretazione che, astraendo e allontanandosi dalla vita del poeta coglie nell'indecifrabilità della poesia di Celan una necessità inevitabile (parallela e affine a quella del linguaggio heideggeriano successivo alla *Kehre*), di torcere, piegare e curvare la lingua in modo esasperato fino a rischiarne l'incomprensibilità, per difenderla da ogni eventuale e possibile riduzione semantica operata dai lettori.

Effettivamente Celan, al pari di Heidegger, imprime alle parole una notevole torsione semantica. Il problema che ci poniamo è però di natura etica: l'operazione di Celan ha solo fini e scopi filosofico-linguisti-

<sup>1</sup> Cfr. C. MIGLIO, *Quello che Heidegger non disse mai a Celan. Cronaca di un incontro mancato*, in "Micromega", 4/1997, pp. 213-223, e cfr. anche R. SAFRANSKI, *Ein Meister aus Deutschland* (1994), trad. it. di N. Curcio, *Heidegger e il suo tempo. Una biografia filosofica*, Milano, Tea, 2001, pp. 507-510.

ci, oppure le sue finalità erano talmente riposte da essere sconosciute a lui stesso proprio in quanto coincidevano con il suo nomadismo, col suo errare senza patria e dimora?

E ancora: perché il pensiero filosofico non ha saputo, non è stato in grado, nel caso di Paul Celan, di rendersi avvertito dell'ineffabile e dell'oscuro, unanimemente riconosciuto nella sua poesia,<sup>2</sup> senza mascherarlo in un indicibile col quale la parola necessariamente deve fare i conti, in un'astratta vicenda tutta interna al mondo della poesia?

Qui si tratta di avere a che fare con il "non detto", l'oscurità, o meglio il residuo d'oscurità, l'intrattabile, ciò che al pensiero sfugge perché

<sup>2</sup> A proposito di Celan e dell'oscurità nello stile, ci limitiamo a far notare che Primo Levi nell'articolo *Dello scrivere oscuro* del 1976 ebbe a dire: «A mio parere non si dovrebbe scrivere in modo oscuro [...]. E' evidente che una scrittura perfettamente lucida presuppone uno scrivente totalmente consapevole, il che non corrisponde alla realtà. Siamo fatti di Io e di Es, di spirito e carne, ed inoltre di acidi nucleici, di tradizioni, di ormoni, di esperienze e traumi remoti e prossimi; perciò siamo condannati a trascinarci dietro, dalla culla alla tomba, un *Doppelgänger*, un fratello muto e senza volto, che pure è corresponsabile delle nostre azioni, quindi anche delle nostre pagine». Nel suo articolo Levi sembra rivolgersi proprio contro l'opera di Celan, che nella poesia *Sprich auch du*, aveva detto che «dice il vero chi parla oscuro»: «L'effabile è preferibile all'ineffabile, la parola umana al mugolio animale. Non è un caso che i due poeti tedeschi meno decifrabili, Trakl e Celan, siano entrambi morti suicidi, a distanza di due generazioni. Il loro comune destino fa pensare all'oscurità della loro poetica come ad un preuccidersi, a un non-voler-essere, ad una fuga dal mondo, a cui la morte voluta è stata coronamento». E ancora su Celan: «Il suo messaggio non è comunicazione, al più è un linguaggio buio e monco, qual è appunto quello di colui che sta per morire, ed è solo, come tutti lo saremo in punto di morte. Ma poiché noi vivi non siamo soli, non dobbiamo scrivere come se fossimo soli. Abbiamo una responsabilità, finché viviamo: dobbiamo rispondere di quanto scriviamo, parola per parola, e far sì che ogni parola vada a segno». Le citazioni sono tratte da P. LEVI, *Dello scrivere oscuro*, in ID., *L'altrui mestiere*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 49-55. Alle accuse di oscurità mosse alla sua poesia, Celan rispose così nello scritto *La verità della poesia*: «Signore e Signori, al giorno d'oggi è di voga rinfacciare alla Poesia la sua 'oscurità'. Mi consentano, a questo punto [...] di riportare un detto di Pascal [...] *Ne nous reprochez pas le manque de clarté puisque nous en faisons profession!* – Questa, credo, è la – seppur non congenita – oscurità che è proprio della Poesia, in vista di un incontro che muove da una distanza o estraneità che essa stessa, forse, ha inteso progettare», in P. CELAN, *Das wahrheit den dichtung*, in *Der Meridian und andere Prosa* (1988), trad. it. di G. Bevilacqua, *La verità della poesia*, in ID., «Il Meridiano» e altre prose, Torino, Einaudi, 1993, pp. 12-13. In tema cfr. anche N. GARDINI, *Paul Celan. Una necessaria oscurità*, in "Poesia", X, 1997, n. 102, pp. 16-19, e in particolare p. 16: «La vicenda di Celan è straordinaria: il poeta più oscuro – più volutamente più inevitabilmente oscuro – del secolo ha imposto la sua opera da subito a un consenso ufficiale, che non deriva dalla comprensione o dalla condivisione, né da alcuna forma, pur sconvolta di bellezza, anzi di beltà».

ne è bordo e margine, ciò che lo affligge, lo inquieta, e da cui continuamente si separa. Chiameremo questo irrappresentabile e oscuro, di cui il testo, specialmente quello filosofico, nel caso di Heidegger, è continua e insufficiente rimozione, *etica*. Etica come *ethos*: l'aperto soggiorno che abita l'uomo e ne è l'abitudine.

Questo ci permetterà di evidenziare la peculiarità dell'esperienza poetica di Paul Celan come concretizzazione di una generosità etica, che a un pensatore come Heidegger pur così influente su Celan, rimase del tutto preclusa. Non solo, ma in Heidegger si può parlare di una vera e propria, usando un'espressione di Lévinas, "resistenza etica".<sup>3</sup> Una resistenza che gli impedi di pronunciarsi su Auschwitz,<sup>4</sup> l'evento storico considerato impenabile, indescrivibile, e che, secondo la celebre espressione di Adorno, non permetteva più nemmeno la possibilità di fare poesia. Una resistenza che impedi ad Heidegger di dire quella che Celan definì la «parola ventura», una parola che manca nella riflessione del filosofo tedesco.

Questo lavoro si propone di indagare le ragioni di tale mancanza. A cominciare dal mostrare come Heidegger aggiri e sorvoli la mancanza di parola e di come invece la poesia di Celan sia urgenza e primato della parola.<sup>5</sup>

## 2. L'etica, il linguaggio e il silenzio: qualcosa che manca

Al fine di avvicinarci "zur Sache des Denkens", verso la cosa del pensiero, riteniamo che non sia questo il luogo per inoltrarci in una problematica già esplorata, quale quella della presenza o no di un'etica nel pen-

<sup>3</sup> E. LÉVINAS, *Totalità et infini. Essai sur l'extériorité* (1961), trad. it. di A. Dell'Asta, introd. Di S. Petrosino, *Totalità e infinito. Saggio sull'esteriorità*, Milano, Jaca Book, 1980, p. 204.

<sup>4</sup> Su tale punto cfr. B. MORONCINI, *La rosa di niente*, in ID., *Mondo e senso, Heidegger e Celan*, Napoli, Cronopio, 1998, p. 33. Moroncini individua con precisione la difficoltà che Auschwitz pone alla filosofia: la perdita di senso che segna in modo inesorabile la nostra epoca, è esplicitata dall'evento Auschwitz: «Nulla si presenta ad Auschwitz, né senso, né mondo» (*ivi*, p. 27), e tuttavia si avverte l'esigenza di un pensiero che sia eticamente responsabile, molto più di quanto l'"etica" di Heidegger abbia potuto fare. Così come si avverte anche l'esigenza di elaborare un «fare, una *poiesis*» (*ivi*, p. 29) che possa corrispondere alla mancanza di senso rappresentata dall'evento Auschwitz, e che per Moroncini è incarnata e rappresentata dall'opera poetica di Paul Celan.

<sup>5</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, disponibile su SWIF – Sito Web Italiano per la Filosofia, ISSN 1126-4780.

siero di Heidegger, e soprattutto sulla risposta a tale questione che Heidegger fornisce nella *Lettera sull'«umanismo»*.<sup>6</sup>

Allo stesso tempo riteniamo non sia compito del pensiero, e nemmeno che gli possa arrecare benefici, condannare sommariamente Heidegger per la sua presunta inettitudine e mancanza etica, o, il che è lo stesso, per la sua compromissione col nazismo e per il silenzio, ostinato, sulle ragioni che lo resero complice, sia pure a certe condizioni, della barbarie del Terzo Reich.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Cfr. M. HEIDEGGER, *Brief über den Humanismus*, in ID., *Wegmarken* (1976), tr. it. di F. Volpi, *Lettera sull'«umanismo»*, in ID., *Segnavia*, Milano, Adelphi, 1987, pp. 304-305: «Poco dopo l'apparizione di *Sein und Zeit* un giovane amico mi chiese: "Quando scriverà un'etica?". Là dove l'essenza dell'uomo è pensata in un modo così essenziale, cioè unicamente a partire dalla questione della verità dell'essere, ma dove tuttavia, l'uomo non è innalzato al centro dell'ente, è inevitabile che si desti l'esigenza di un'indicazione così vincolante e quindi di regole che dicano come l'uomo, esperito a partire dall'e-sistenza rivolta all'essere, debba vivere in conformità al suo destino. Il desiderio di un'etica si fa tanto più urgente quanto più il disorientamento manifesto dell'uomo, non meno di quello nascosto, aumenta a dismisura. Al vincolo dell'etica occorre dedicare ogni cura, in un tempo in cui l'uomo della tecnica, in balia della massificazione, può essere portato ancora a una stabilità sicura solo mediante un raccoglimento e un ordinamento del suo progettare e del suo agire, nel loro insieme, che corrispondano alla tecnica». Sulla questione dell'etica nell'opera di Heidegger, cosa di cui, è noto, il filosofo non parlerà esplicitamente o, meglio, sistematicamente, tranne che nella *Lettera sull'«umanismo»*, ma che si interseca con problematiche fondamentali del suo pensiero, quali l'essenza della tecnica, il nichilismo, l'umanismo ed ultimamente la *quaestio* sull'essere, cfr. A. ARDOVINO, *Heidegger e gli orizzonti della filosofia pratica*, Milano, Guerini, 2003; P. Di GIOVANNI (a cura di), *Heidegger e la filosofia pratica*, Palermo, Palumbo, 1994; C. RESTA, *La terra del Mattino. Ethos, Logos e Physis nel pensiero di M. Heidegger*, Milano, F. Angeli, 1998; F. VOLPI, *L'etica rimossa di M. Heidegger*, in "Micromega", 2/1996, pp. 139-163.

<sup>7</sup> Il problema della compromissione di Heidegger, sia riguardo alle vicende della sua vita privata che con riferimento al suo pensiero, col nazismo è stato rilanciato nel dibattito filosofico internazionale dal lavoro di V. FARIAS, *Heidegger et le nazisme* (1987), trad. it. M. Marchetti, *Heidegger e il nazismo*, Torino, Bollati Boringhieri, 1988. Il testo di Farias si basa sul seguente assunto: «In effetti è allarmante che, dopo quel che è successo con Heidegger, la Germania nazista e le sue vittime, sorgano voci che cercano di scusare nel suo compromesso nazista un filosofo che *mai* si è disculpato né ha provato il minimo interesse a farlo. Più ancora, in Italia, e non solo qui, si presentano filosofi che, in un modo o nell'altro, ci fanno pensare alle pericolose ambiguità di un pensiero che eviti di fare i conti con la storia. Filosofi che, posti di fronte al fatto che l'orrore è iscritto nel cuore stesso della filosofia di Heidegger, non hanno altra risposta che parlare frivolamente di "abissi affascinanti" (Derrida) o di un "pensiero debole" che conosce soltanto un gioco tanto irresponsabile quanto incoerente» (*ivi*, *Prefazione*, p. IX). Non è questo il luogo per ricostruire la storia del dibattito sviluppatosi intorno e oltre il testo di Farias. Su tale dibattito ci limitiamo

Conveniamo che, al di là di tutte le posizioni su tale argomento, autorevoli e non, quella di Derrida sia, la più condivisibile: «Io intendo questo terribile, forse imperdonabile silenzio di Heidegger come un'eredità [...]. Ci lascia l'obbligo di pensare ciò che egli stesso non ha pensato».<sup>8</sup>

Ciò che crediamo è che sia doveroso fare i conti con questo silenzio e questa pesante eredità del pensiero lasciatoci da Heidegger.

Questo silenzio di fronte al quale siamo abbandonati ci obbliga a pensare, in quanto è un silenzio in cui il pensiero sperimenta in maniera radicale e sofferente il limite della propria responsabilità: come ren-

a rinviare ai lavori di P. BOURDIEU, *L'ontologie politique de Martin Heidegger* (1988), trad. it. di G. De Michele, *Führer della filosofia? L'ontologia politica di M. Heidegger*, Bologna, Il Mulino, 1989; PH. LACOUÉ-LABARTHE, *La fiction du politique* (1987), trad. it. di G. Scibilia, *La finzione del politico*, Genova, Il Melangolo, 1991; J-L. NANCY, *L'étique originaire de Heidegger* (1996), trad. it. di A. Moscati, *L'etica originaria di Heidegger*, Napoli, Cronopio, 1996; R. SCHÜRMAN, *Le principe d'anarchie* (1982), trad. it. di G. Carchia, *Dai principi all'anarchia. Essere e Agire in Heidegger*, Bologna, Il Mulino, 1995; J. F. LYOTARD, *Heidegger et "Zes juife"* (1988), trad. it. di G. Scibilia, *Heidegger e gli "Ebrei"*, Milano, Feltrinelli, 1989; K. LÖWTH, *Mein Leben in Deutschland vor und nach 1933* (1986), trad. it. *La mia vita in Germania prima e dopo il 1933*, Milano, Il Saggiatore, 1988; F. BIANCO (a cura di), *Heidegger in discussione*, Milano, FrancoAngeli, 1992. La risposta, secondo il nostro parere, più articolata a tale dibattito risulta essere, almeno in Italia, quella fornita da F. FISTETTI, che nei suoi lavori, in particolar modo, *Heidegger e l'utopia polis*, Marietti, Genova, 1999, e *ID.* (a cura di), *La Germania segreta di Heidegger*, Bari, Dedalo, 2001, si propone di mostrare come esista un nesso sistematico tra la scelta nazista di Heidegger nel 1933 e il modo in cui egli aveva fino ad allora inteso il compito della filosofia.

<sup>8</sup> J. DERRIDA, *Il silenzio di Heidegger*, in AA. VV. *Risposta. A colloquio con M. Heidegger*, Napoli, Guida, 1992, p. 183. Sul silenzio di Heidegger ci limitiamo a rimandare a R. SAFRANSKI, *Heidegger e il suo tempo. Una biografia filosofica*, cit., pp. 504-505: «Il silenzio di Heidegger: se n'è già parlato molto. Che cosa ci si attende da lui? Herbert Marcuse, che aveva scritto a Heidegger il 28 agosto 1947, attendeva "una parola" che liberasse Heidegger "definitivamente dall'identificazione" con il nazionalsocialismo; egli desiderava "una dichiarazione pubblica" del "suo cambiamento e della sua trasformazione". Nella sua risposta Heidegger fece notare che questo cambiamento era stato compiuto da lui pubblicamente (nelle sue lezioni) già durante il nazionalsocialismo, e che nel 1945 gli era impossibile una ritrattazione ostentata delle sue precedenti convinzioni perché non voleva ritrovarsi nella cattiva compagnia di quegli "adepti del nazismo" che "annunciarono nel modo più schifoso il loro cambiamento di opinione" per ripulirsi in vista della loro carriera nel dopoguerra». Sul silenzio di Heidegger e sulle ritrattazioni che gli furono chieste, quali quelle di Bultmann, Marcuse, Jaspers cfr. V. FARIAS, *Heidegger e il nazismo*, cit., pp. 306-307. E proprio Jaspers ebbe a dire: «Non riesce a cogliere la profondità del suo errore di un tempo: per questo non c'è in lui autentica trasformazione, ma piuttosto un gioco di proiezioni e occultamenti» (*ivi*, p. 307).

dere ragione del nazismo, di Auschwitz e dell'Olocausto?<sup>9</sup> Giacché Auschwitz, nel suo orrore, ha messo di fronte l'uomo, e quindi il poeta e il pensatore, a qualcosa che non si può dire, di fronte alla quale non si può rimanere in silenzio senza esserne immediatamente complici; ma allo stesso tempo di fronte a qualcosa che le parole non possono esprimere appieno, in quanto non bastano.

Qui ci viene in aiuto quanto dice Lyotard nel suo saggio sul rapporto tra Heidegger e gli ebrei: «Celan non è né l'inizio né la fine di Heidegger, è la sua mancanza: ciò che gli manca».<sup>10</sup> Sotto un certo aspetto è la *parola ventura* che manca a Heidegger; sotto un altro aspetto, però, è forse ancor più fondamentale, la mancanza di parola in cui Heidegger restò, una parola che nessuna poesia, neanche quella di Celan – che ne era mancanza stessa – poté offrirgli.<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Risuona qui come monito e fardello per una filosofia che voglia fare i conti con l'orrore di Auschwitz e dell'Olocausto il giudizio di FARIAS nel suo *Heidegger e il nazismo*, cit., p. XIV: «Croce giudicò Heidegger indecente e servile. Come giudicherebbe quanti oggi, dopo Auschwitz, vogliono giustificarlo? Non è più tempo di ripetizioni, e non è stato ancora trovato il termine che qualificerebbe tali atteggiamenti».

<sup>10</sup> J.F. LYOTARD, *Heidegger e gli "Ebrei"*, cit., p. 111.

<sup>11</sup> Questa mancanza e assenza della parola, che logora dall'interno l'opera di Heidegger può ritrovarsi già nell'incompiutezza di *Essere e tempo*: come Heidegger stesso spiegò in seguito, egli non poté pubblicare la parte mancante del suo testo, quella in cui tutto si capovolge, «perché il pensiero non riusciva a dire in modo adeguato questa svolta» (cfr. M. HEIDEGGER, *Lettera sull'«umanismo»*, in ID., *Segnavia*, cit., p. 281). E tutta la riflessione successiva di Heidegger può essere letta e interpretata come cammino di un pensiero «verso il linguaggio», come una coazione a ripetere, ovvero a interrogare in maniera incessante e sfibrante proprio quella mancanza di parola originaria. E sempre a proposito di *Essere e Tempo*, nella *Lettera sull'«umanismo»* Heidegger afferma che tale opera è rimasta interrotta per il venir meno del linguaggio, ovvero per l'impossibilità di sviluppare la ricerca disponendo solo del linguaggio filosofico della tradizione metafisica, dominato dall'idea di essere come presenza: «Questa è l'unica ragione per la quale *Sein und Zeit* (§ 34) contiene un rinvio alla dimensione essenziale del linguaggio e tocca questa semplice domanda: in quale modo dell'essere il linguaggio è di volta in volta in quanto linguaggio? La devastazione del linguaggio, che si estende rapidamente ovunque, non consuma solo la responsabilità estetica e morale che si ha in ogni uso del linguaggio. Essa proviene da una minaccia dell'essenza dell'uomo. [...] La decadenza del linguaggio, di cui da qualche tempo si parla molto, anche se assai tardivamente, non è però il fondamento, ma già una conseguenza del processo per cui il linguaggio, sotto il dominio della moderna metafisica della soggettività, cade in modo quasi inarrestabile fuori dal suo elemento. Il linguaggio ci rifiuta ancora la sua essenza, che consiste nell'essere la casa della verità dell'essere» (*ivi*, p. 272). Indicativa sembra essere anche, a tal proposito, l'osservazione di Max Müller: «Perciò la seconda parte di *Essere e Tempo*,

In tal senso quando Celan scrisse, il 25 luglio 1967, sul libro degli ospiti della dimora heideggeriana di Todtnauberg: «*In das Hüttenbuch, mit dem Blick auf der/ Brunnestern, mit einer Hoffnung auf ein/ Kommendes Wort in Herzen*»,<sup>12</sup> la parola ventura che egli attendeva da Heidegger, era un giudizio, una parola di condanna sul nazismo, personale o storico che fosse, e magari anche una parola di discolpa da parte dello stesso Heidegger. Già anni addietro, Celan era riuscito a dare, in una delle sue più famose poesie, *Todesfuge*, pubblicata nel 1948, una limpida, dura e severa immagine dello sterminio nazista. In essa Celan scriveva:

“Nero latte dell’alba ti beviamo la notte  
ti beviamo al meriggio la morte è un maestro tedesco  
ti beviamo la sera e mattino e beviamo e beviamo  
la morte è un maestro tedesco il suo occhio è azzurro”<sup>13</sup>

Celan aveva saputo dire una parola sul nazismo, anzi più d’una: «non sono rimasto irreperibile per gli antisemiti», afferma in una lettera del 1957.<sup>14</sup> Sappiamo, dal lavoro di Baumann, come Celan stesso avesse provato fastidio di fronte alla fama e alla diffusione della sua poesia *Fuga di morte*, tanto da rifiutarsi di leggerla in pubblico.<sup>15</sup> Questo rifiuto da parte di Celan deve essere concepito non come una pura e semplice stravaganza intellettuale o eccentricità artistica, ma come un bisogno radicale di verità: un bisogno di parola che andava al di là di un semplice giudizio di condanna su Auschwitz,<sup>16</sup> che avrebbe esposto al rischio estremo di chiudere in maniera troppo sbrigativa e superficiale il discorso, anche al fine di tacitare le coscienze. Quando, pertanto, si avverte in Celan questa necessità etica fondamentale, questa necessità di una parola, an-

e anzi la stessa terza sezione della prima parte, non sono mai state pubblicate: gli venne meno il linguaggio per una prosecuzione», in Max MÜLLER, *Martin Heidegger, un filosofo e la politica. Un colloquio*, in AA. VV. *Risposta. A colloquio con Martin Heidegger*, Guida, Napoli, 1992, p. 223.

<sup>12</sup> Cit. da O. PÖGGELER, *Spur des Worts. Zur Lyrik P. Celans*, Freiburg, Alber, 1986, p. 259 (“Nel libro della baita, con lo sguardo alla stella di fonte, con la speranza, nel cuore, in una parola ventura”). Sull’ incontro tra Heidegger e Celan, cfr. G. BAUMANN, *Quello che Heidegger non disse mai a Celan*, in “Micromega”, 4/1997, pp. 212-237.

<sup>13</sup> P. CELAN, *Poesie*, trad. it di G. Bevilacqua, Milano, Mondadori, 1998, pp. 39-42.

<sup>14</sup> P. CELAN, *Scritti rumeni*, trad. it. di F. Del Fabbro, Udine, Campanotto, 1994, p. 77.

<sup>15</sup> Cfr. G. BAUMANN, *Quello che Heidegger non disse mai a Celan*, cit., p. 235 in nota.

<sup>16</sup> Cfr. P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., p. 37.

che se parola dell'indicibile, il pensiero va al discorso *Il Meridiano*<sup>17</sup> dove Celan scrive, riguardo al grido «Viva il re» della Lucile di Büchner: «E' l'antiparola, è la parola che strappa il 'filo' [...] è un atto della libertà [...]. Qui si rende omaggio alla maestà dell'assurdo, che testimonia della presenza dell'umano».<sup>18</sup> Quando Celan invoca questa *Gegenwort*, questa contro-parola,<sup>19</sup> questa

“anti-parola, e ad essa lega strettamente il destino della poesia, sua personale e non solo, l'antiparola che egli immagina è segnata, marcata dall'umano, dalla presenza dell'umano. Quale ovièta, a prima vista: quale parola non è marcata dalla presenza dell'umano? Eppure per Celan una parola marcata d'umano, segnata profondamente d'umanità, è l'anti-parola. Ai confini dell'assurdo. Purtuttavia parola, però, parola di una poesia sempre ancora da raggiungere; e tuttavia parola anti-, parola di una resistenza che si oppone, di una contraddizione; e insistiamo: parola-ante, verbo che nomina un prima, in nome del quale si oppone questa resistenza, parola in lotta con quella post-fazione che sembra essere, piuttosto, il proprio del pensiero. Parola di una difficoltà insormontabile, di una tale difficoltà, nell'essere detta, da essere sempre esposta a rischi e pericoli quali, fra gli altri, il rischio dell'ammutolimento”<sup>20</sup>.

Cosa originò in Celan questa urgenza e questa esigenza di legare umanità e parola?

Forse fu la stessa esigenza che impedì ad Heidegger di pronunciare quella parola ventura che Celan gli chiese e che invano attese.

Forse si trattava di una voce tremula, di un balbettare incerto e confuso che troppo presto e senza indecisioni Heidegger si era illuso di poter ridurre al silenzio, imprigionandolo dentro le strette sbarre di una colpevolezza originaria, che l'esserci deve riconoscere per poter raggiungere la dimensione dell'autenticità.<sup>21</sup>

<sup>17</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>18</sup> P. CELAN, *Poesie*, cit., III, pp. 198-190.

<sup>19</sup> Sulla poesia di Celan come “parola contro – parola dell'incontro” cfr. V. VITIELLO, *Non dividere il sì dal no. Tra filosofia e letteratura*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 99-115.

<sup>20</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., pp. 36-37.

<sup>21</sup> Cfr. *ivi*, p. 37.

### 3. Autenticità e colpevolezza

Riferendoci alla colpevolezza originaria dell'esserci e all'autenticità che come modo d'essere esso può esperire, decidendosi per la propria colpevolezza, ci avviciniamo alle pagine centrali di *Essere e tempo*.<sup>22</sup>

La filosofia per Heidegger si configura come una continua ed incessante interrogazione rivolta all'essere, che trae la sua necessità e la sua motivazione da stati d'animo, quali «la meraviglia che sorprende l'esserci di fronte al fatto che l'ente è, oppure l'angoscia, che situa l'esserci dell'uomo nello spaesamento, nell'isolamento che solo gli permette di avvertire l'appello che l'essere gli rivolge, richiamandolo a sé stesso dall'inautenticità in cui l'esserci umano si trova gettato».<sup>23</sup> Ai fini del nostro discorso limiteremo la nostra analisi al seguente brano:

«La disponibilità all'angoscia è il sì all'insistenza nel soddisfare la pretesa somma, la quale soltanto coglie nel segno l'essenza dell'uomo. Unico fra tutti gli enti, l'uomo, chiamato dalla voce dell'essere, esperisce la meraviglia di tutte le meraviglie: *che l'ente è*».<sup>24</sup> Dunque l'angoscia si collocherebbe al fondo di questa esigenza di ascoltare la chiamata dell'essere, e si configurerebbe come una sorta di condizione necessaria all'appello che l'esserci ci rivolge. Un appello che la voce dell'essere fa risuonare nella nostra coscienza: «*Nella coscienza, l'Esserci chiama sé stesso*».<sup>25</sup> Ma con quali parole l'Esserci ci chiama? «*La coscienza parla unicamente e costantemente nel modo del silenzio*», risponde Heidegger.<sup>26</sup>

L'angoscia colloca l'essere umano di fronte a un'esigenza per lui fondamentale: esigenza di ascoltare, che presume ed esige una parola, una parola che sia in grado di acquietare quel bisogno, quella mancanza, che ogni ascolto produce.

Quale è, secondo Heidegger, la parola che corrisponde a quell'angoscia, che fa sì che l'esserci possa essere capace di porsi in ascolto della chiamata della coscienza?

<sup>22</sup> Sul tema della responsabilità e della colpevolezza in Heidegger cfr. D. THOMÄ, *Heidegger e la responsabilità del pensiero*, in "Micromega", 4/1999, pp. 208-225.

<sup>23</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 38.

<sup>24</sup> M. HEIDEGGER, *Nachwort zu "Was ist Metaphisik?"*, in ID. *Wegmarken* (1976), trad. it. di F. Volpi, *Poscritto a 'Che cos'è metafisica'*, in ID., *Segnavia*, Milano, Adelphi, 1987, p. 261.

<sup>25</sup> M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit* (1927), trad. it. di P. Chiodi, *Essere e tempo*, Milano, Longanesi, 1976, § 57, p. 333.

<sup>26</sup> Ivi, § 56, p. 332.

Di questa parola, letteralmente, non è nulla. Non è nulla in quanto silenzio, ma è un silenzio che secondo Heidegger non è semplice mutismo o impotenza della parola, di fronte alla quale siamo abbandonati alla nostra deiezione, senza che nulla accada.<sup>27</sup>

Invece, per riprendere le parole di Celan, «qualcosa accade».<sup>28</sup>

Un rivolgimento fondamentale, ovvero un rivolgimento che avviene a partire dal fondo.

L'angoscia fa sì che l'esserci possa avvertire il proprio smarrimento di fronte al silenzio in cui la chiamata della coscienza si manifesta; ma questo smarrimento è un ritrovarsi, che si esplicita secondo Heidegger come originaria colpevolezza dell'Esserci. A tal proposito Heidegger afferma:

«L'idea formale esistenziale di "colpevole" va quindi definita così: esser fondamento di un essere che è determinato da un "non", cioè *essere fondamento di una nullità*».<sup>29</sup>

Questa chiarificazione, che Heidegger dà della colpevolezza come condizione originaria, esistenziale dell'esserci, comporta una conseguenza fondamentale, in quanto essa implica che la colpa non abbia nessuna implicazione etica, non abbia nulla di eticamente rilevante: non si pone, da un punto di vista morale, il problema di quale colpa si tratti, anzi; «l'esserci in quanto nell'angoscia è messo di fronte alla sua colpevolezza originaria, è al di qua di tutte le sue possibili colpe sul piano esistentivo; al di qua, in un irresponsabilità che trae le ragioni della sua sufficienza da un'unica responsabilità fondamentale, quella di rispondere all'appello silenzioso che l'esserci gli volge nella sua coscienza angosciata e spaventata».<sup>30</sup>

#### 4. *L'etica, l'ineffabile e l'impensato: qualcosa si mostra*

In questo punto, alcuni sentieri sembrano intrecciarsi. Qui ci viene in aiuto la lettura che Wittgenstein fece delle pagine di *Essere e tempo*, e la sua lucida consapevolezza dell'emergere di un'esigenza che

<sup>27</sup> Cfr. P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 39.

<sup>28</sup> P. CELAN, *Poesie*, III, cit., p.187.

<sup>29</sup> M. HEIDEGGER, *Essere e tempo*, cit., § 58, p. 343.

<sup>30</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 40.

egli sentì sempre più come propria nel percorso filosofico, e soprattutto umano:<sup>31</sup>

“Posso bene immaginarmi cosa intenda Heidegger per essere e angoscia. L’uomo ha l’impulso ad avventarsi contro i limiti del linguaggio. [...] Anche Kierkegaard ha visto tale avventarsi e l’ha perfino descritto in termini del tutto analoghi. Questo avventarsi contro i limiti del linguaggio è l’etica”<sup>32</sup>.

Wittgenstein scorgeva nell’ontologia di Heidegger, nel rapporto tra essere e angoscia un «documento di una tendenza dell’animo umano»<sup>33</sup> consistente nell’«avventarsi contro i limiti del linguaggio»,<sup>34</sup> ovvero verso il confine dell’indicibile, e anche oltre, per dire comunque qualcosa su quello che Wittgenstein stesso, originariamente designò col termine «mistico», e che successivamente indicò con il termine «etica», ovvero «la risoluzione dell’enigma della vita»<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> In merito a tale tema ci permettiamo di rinviare al nostro *Dalla logica all’etica. Wittgenstein e il dovere verso se stessi*, Venafrò, Vitmar, 2003, in cui si è cercato di fornire una lettura del rapporto tra logica ed etica, nella riflessione di Wittgenstein, non più come due aspetti diversi, ma bensì come due facce dello stesso lavoro filosofico.

<sup>32</sup> L. WITTGENSTEIN, *Zu Heidegger*, in *Wittgenstein und die Wiener Kreis* (1967), trad. it. di S. De Waal, *Ludwig Wittgenstein e il circolo di Vienna. Colloqui annotati da F. Waismann*, Firenze, La Nuova Italia, p. 68.

<sup>33</sup> L. WITTGENSTEIN, *A Lecture on Ethics*, in “The Philosophical Review”, 74, (1965), trad. it. di M. Ranchetti, *Conferenza sull’etica*, in *id.*, *Lezioni e conversazioni sull’etica, l’estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, Milano, Adelphi, 1967, p. 18.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus* (1922), trad. it. A. G. Conte, *Tractatus logico-philosophicus*, Torino, Einaudi, 1967, prop. 6.522, p. 81, prop. 6.4312, p. 80, e 6.521, p. 81. Una lettura della corrispondenza indiretta tra Heidegger e Wittgenstein è quella di F. VOLPI, *L’etica dell’inesprimibile fra Wittgenstein e Heidegger*, in “Micromega”, 2/1998, pp. 180-195.

Si potrebbe osservare come vi sia una certa consonanza fra la risolutezza con cui il primo Wittgenstein liquida ogni proposizione che pretenda di formulare concetti sull’etica («È chiaro che l’etica non può formularsi», *Tractatus logico-philosophicus*, cit., prop. 6.421), e la maniera oltremodo risoluta con cui Heidegger nella *Lettera sull’«umanismo»* rifiuta di confrontarsi con il tema dei valori, certo in nome di un’etica originaria che egli ritiene l’unica adeguata a quella originaria colpevolezza propria dell’esserci – l’unica fondamentale responsabilità etica che tuttavia es-pone l’esserci alla sua più totale irresponsabilità, ossia incapacità di rispondere, di fronte alle sue proprie colpe esistentive.

«Avventarsi contro i limiti del linguaggio» significava «andare al di là del mondo, ossia al di là del linguaggio significante»<sup>36</sup>, ovvero avventurarsi in una direzione oscura, e tuttavia inesorabile: «V'è davvero dell'ineffabile. Esso *mostra sé*. È il mistico».<sup>37</sup> Un che di non detto, d'ineffabile e indicibile anima e agita il cuore del linguaggio. Wittgenstein che dedicò tutta la vita ad una continua, intima e incessante ricerca sul linguaggio, lo individuò subito. Per Heidegger, invece, quello che non può dirsi, e che wittgensteinianamente si mostra, e quindi dimora nel regno dell'indicibile, è qualcosa che ancora non pensiamo, e che appunto per questo motivo è degno di considerazione. A tal proposito Heidegger afferma: «Il più considerevole si mostra nel fatto che noi ancora non pensiamo».<sup>38</sup> Il più considerevole, ovvero ciò che dà da pensare e che, heideggerianamente è degno di essere pensato, si palesa come impensato, ovvero come ciò che è tale in quanto manca di parola. Per Heidegger si tratta di portare il linguaggio all'altezza di un dire appropriato all'essere, che dà da pensare.<sup>39</sup> Per Wittgenstein, il Wittgenstein del *Tractatus* si tratta di non confondere l'ambito del «mistico», ossia dell'indicibile, con ciò che invece può e deve restare oggetto del linguaggio: ciò che può dirsi, la totalità dei fatti. Ciò che più di ogni altra cosa deve esser detto, quindi; eppure, ciò che più di ogni altra cosa, e prima ancora di ogni altra, è inesprimibile. In questa estrema contraddizione, si intravede una via d'uscita: "*Es zeigt sich*". Qualcosa si mostra: il mistico, il più considerevole, il degno d'esser pensato.<sup>40</sup> Forse l'etica.

<sup>36</sup> L. WITTGENSTEIN, *Conferenza sull'etica*, in ID., *Lezioni e conversazioni sull'etica, l'estetica, la psicologia e la credenza religiosa*, cit., p. 18. Su tale punto cfr. A. DI CHIRO, *Dalla logica all'etica. Wittgenstein e il dovere verso se stessi*, cit., pp. 45-51.

<sup>37</sup> L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, cit., prop. 6.522, p. 81.

<sup>38</sup> M. HEIDEGGER, *Was heisst denken*, in *Vorträge und Aufsätze* (1957), trad. it. U. Ugazio e G. Vattimo, *Che cosa significa pensare*, in ID., *Saggi e discorsi*, Milano, Mursia, 1976, p. 86.

<sup>39</sup> Cfr. M. Heidegger, *Lettera sull'«umanismo»*, cit., p. 102: "Portare di volta in volta al linguaggio questo avvento dell'essere [...] è l'unica cosa del pensiero".

<sup>40</sup> Questo di cui non può dirsi, di cui poco sappiamo, e che si mostra, di qualsiasi cosa si tratti, dà scandalo di sé, si dona alla nostra parola, colpendoci nella sensazione che produce, nella sensazione che da di sé, prima ancora che un qualsiasi significato possa contenerlo. E che per questo motivo si rimanda ai versi di Hölderlin: «*Ein Zeichen sind wir, deutunglos*» («Noi siamo un segno non significante»), in F. HÖLDERLIN, *Mnemosyne*, in ID., *Le liriche*, trad. it. di E. Mandruzzato, Milano, Adelphi, 1977, p. 694.

## 5. Quello che si mostra. Quello che non si dice. Quello che manca

L'esigenza di interrogare il fondamento indicibile ed ineffabile presente nel pensiero di Heidegger, tramite la poesia di Paul Celan, è radicalmente connessa con la questione dell'etica. E tale questione, a sua volta, pone il pensiero nella necessità di esperire la propria mancanza di parola.

Di fronte a tale mancanza, il pensiero di Heidegger, che a quel punto egli caratterizza come *Kehre*, come la *svolta* che egli imprime al suo pensiero a partire dalla *Lettera sull'«umanismo»*, si rivolge ai poeti, che si arrischiano più in profondità nel linguaggio: essi sono «coloro che nella mancanza di salvezza si rendono conto del nostro essere senza protezione». <sup>41</sup>

Poeta è quindi, heideggerianamente, colui che esperisce in maniera radicale e in prima persona la mancanza di salvezza che è propria dell'uomo. È significativo che Heidegger stesso, a tal proposito, incontrando Celan per l'ultima volta, nella primavera del 1970, poco prima del suicidio del poeta, ebbe a dire: «*Celan ist krank – heillos*», ovvero «Celan è malato – disperato». <sup>42</sup>

Per «Heidegger, evidentemente, la mancanza di salvezza che egli aveva intuito come ciò che prima di ogni altri i poeti assumono su di sé, in Celan si fece, verso la fine della sua vita, carne, si incarnò, mostruosamente, verrebbe da dire, tanto da rendersi scandalosamente appariscente agli occhi del pensatore di Messkirch». <sup>43</sup> L'esatto contrario di quanto avvenne al pensiero di Heidegger, che da tempo ormai si era orientato verso il pensiero orientale, e verso una riflessione che si allontanava sempre più dalle problematiche e polemiche mondane, <sup>44</sup> promuovendo così quella forma di saggezza meditativa che incessantemente ripete la medesima interrogazione dell'essere, per predisporre con sereno e imperturbabile distacco all'attesa di quel dio che ormai solo «ci può salvare». <sup>45</sup>

<sup>41</sup> M. HEIDEGGER, *Wozu Dichter?* in ID., *Holzwege* (1977), trad. it. di P. Chiodi, *Perché i poeti*, in ID., *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1968, p. 296.

<sup>42</sup> R. SAFRANSKI, *Heidegger e il suo tempo. Una biografia filosofica*, cit., p. 510.

<sup>43</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 46.

<sup>44</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>45</sup> M. HEIDEGGER, *Nur noch ein Gott kann uns retten!* (1976), trad. it. di A. Marini, *Ormai solo un dio ci può salvare*, Parma, Guanda, 1987. Sul tema dell'attesa e dell'avvento di un "dio" che salva, ci limitiamo a rimandare al nostro *La dissoluzione del pensiero. Sulla cibernetica in Martin Heidegger*, in *Filosofia sociale*, scritti raccolti da M. Pasquali e L. Scillitani, Milano, Mimesis, 2007, pp. 51-82, in particolare pp. 79-82.

Heidegger scrisse, in una poesia che tuttavia non inviò mai a Celan:

“[...]  
tu mi hai trovato,  
con pensiero anteriore rivolto alla destinazione.

Baita: per i bambini gioire di giovinezza  
[...]  
Baita: silenzio e mondo, fondati da te”.<sup>46</sup>

Queste parole così concilianti non potevano certo bastare a un poeta ormai “senza salvezza”, quale era Celan. E soprattutto parole come queste, in cui Heidegger si vantava di esercitare un pensiero “anteriore” e “rivolto alla destinazione”, anche nella baita, di fronte all’ospite, dichiarando così la sua mancanza di attenzione nei confronti delle richieste che Celan gli rivolgeva.

A cominciare dalla mancanza di una parola. Infatti mentre Celan avvertiva sempre più radicalmente l’esigenza di trovare una parola, Heidegger, invece, sin da *Essere e tempo*, spiegava in maniera oscura e oracolare la propria mancanza di parola, celandola sotto parole che la resero invisibile anche ai suoi stessi occhi, tradendola così in veste di ritornello, quasi un «rosario» filosofico,<sup>47</sup> arrendendosi sulla soglia del dicibile che solo allude e indica a quel fuori che resta, così, prerogativa esclusiva, appunto, dei poeti.

Quell’ineffabile, quell’indicibile che si mostra, in Heidegger restò solo come terreno al quale rinviare, senza mai arrischiarsi davvero, in una economia che si colloca, regolandola, fra la totalità del dicibile e quel che rimane, e che heideggerianamente spetta ai i poeti;<sup>48</sup> in Celan, invece, esso si manifestò in tutta la sua dura necessità, come quel fuori che logora continuamente il linguaggio, e che incessantemente, allo stesso tempo, lo anima.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> La poesia di Heidegger è citata da C. MIGLIO, *Cronaca di un incontro mancato*, in “Micromega”, 4/1997, pp. 222-223.

<sup>47</sup> L’espressione è di R. Safranski, *Heidegger e il suo tempo*, cit., p. 375.

<sup>48</sup> Cfr. F. HÖLDERLIN, *Rammemorazione*, in ID., *Le liriche*, cit., pp. 561-563: “Ma il poeta fonda ciò che resta”. Su questa liriche di Hölderlin si incentra l’analisi di HEIDEGGER in *Erläuterungen zu Hölderlins Dichtung*, (1981), trad. it. di L. Amoroso, *La poesia di Hölderlin*, Milano, Adelphi, 1988, pp. 94-180.

<sup>49</sup> C. P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., pp. 48-49.

Abbiamo visto come la parola poetica di Celan operi una scelta di campo molto più radicale e risoluta, rispetto a quella che Heidegger ripetutamente, nel proprio percorso filosofico, rifiutò di operare, lasciando che una «inettitudine etica»<sup>50</sup> si introducesse nel fondo del suo pensiero, alleandosi indirettamente e silenziosamente con l'effettività della sua compromissione biografica col nazismo.

Il silenzio di Heidegger sul fenomeno storico del nazismo e sugli aspetti del suo pensiero che più si arrischiano in quella zona d'indiscernibilità, in cui può accadere quanto a lui stesso è effettivamente accaduto, di scambiare «il Tedesco per un Greco [...], il fascista per un creatore di libertà»<sup>51</sup>, consegna e affida alla responsabilità del lettore il compito di riflettere sul silenzio dello stesso Heidegger e sugli esiti radicali del suo pensiero: quelli dell'impotenza e della dissoluzione della filosofia, della sua incapacità nel produrre una «immediata modificazione dello stato attuale del mondo»,<sup>52</sup> e della disponibilità ad attendere una salvezza e un Dio che sono continuamente da venire, e verso cui Heidegger ci indirizza.<sup>53</sup>

Nella *Lettera sull'«umanismo»*, Heidegger, per indicare il senso che intende dare alla parola *ethos*, e quindi delineare l'atteggiamento appropriato alla questione dell'essere, fa riferimento ad un detto di Eraclito, così tradotto da Heidegger: «Il soggiorno (solito) è per l'uomo l'ambito aperto alla presenza del dio (dell'in-solito)».<sup>54</sup> Questa traduzione ci conduce direttamente di fronte all'idea dell'abitare propria di Heidegger: la dimora, il soggiorno, è la casa, il luogo in cui gli dei sono presenti. Il luogo della quotidianità, è per Heidegger il luogo dove può meglio dispie-

<sup>50</sup> F. SAVATER, *Etica como amor proprio* (1995), trad. it., *Etica come amor proprio*, Bari, Laterza, 1998. p. 229. Molto interessanti sono le pagine che F. Savater dedica alla limitatezza etica del pensiero di Heidegger, individuando nel suo antiumanesimo e nelle conseguenze estreme cui Heidegger lo condusse, un margine che interroga radicalmente la filosofia: «il problema dell'inettitudine etica di Heidegger sta tutto nella concezione della volontà e del protagonista della volontà che è il soggetto libero» (*ibidem*).

<sup>51</sup> G. DELEUZE, F. GUATTARI, *Qu'est-ce que la philosophie?* (1991) trad. it. di A. De Lorenzis, *Che cos'è la filosofia?*, Torino, Einaudi, 1996, p. 102.

<sup>52</sup> M. HEIDEGGER, *Ormai solo un dio ci può salvare*, cit., p. 136.

<sup>53</sup> Sul tema della disponibilità all'attesa, di una salvezza che è da venire nel pensiero di Heidegger ci permettiamo di rinviare al nostro *La dissoluzione del pensiero. Sulla cibernetica in Martin Heidegger*, in *Filosofia sociale*, cit., pp. 51-82, in particolare pp. 79-82.

<sup>54</sup> M. HEIDEGGER, *Lettera sull'«umanismo»*, in *id.*, *Segnavia*, cit., p. 307.

garsi l'*ethos* originario dell'uomo: *ethos* originario che consiste, afferma Heidegger, nel pensiero in quanto esso «lavora a costruire la casa dell'essere»<sup>55</sup>, la dimora che l'uomo è chiamato ad abitare (essendosi predisposto ad udire l'appello della verità dell'essere).

In queste parole con cui Heidegger illustra la stretta relazione fra *ethos* e dimora, si intravede l'ombra della *Hütte*, della baita dove il pensatore, sereno nell'alternarsi delle ore e delle stagioni, attende con disposizione ospitale i cenni dell'Essere: «Baita, silenzio e mondo fondati da te», recita un verso di Heidegger.<sup>56</sup>

Qui risuonano in maniera stridente le differenze tra Heidegger e Celan.

La seconda strofa della poesia *Todtnauberg*, con la quale Celan volle commemorare in modo polemico l'incontro con Heidegger, culminato nel decisivo silenzio del pensatore, contiene tre parole, opportunamente isolate ed evidenziate: «in der/Hütte»<sup>57</sup>, nella baita. L'heideggeriano essere-nella-baita, l'*ethos*-baita del pensatore tedesco è agli antipodi di un'*ethos*, di un'abitare così insolito, quale quello di Celan, dominato dal dinamismo di un'opera che si articolò non come architettura – heideggerianamente intesa come dimora dell'essere, e dei comandi dell'essere – ma come «cartografia».<sup>58</sup> Lì, nella dimensione della baita, si avvertì tutto il fardello di una differenza radicale, fra l'*ethos* di chi, padrone nell'angusto, e tuttavia piacevole, spazio della propria dimora, non era in grado di affrancare il proprio pensiero dall'autoritarismo che lo aveva reso inerme di fronte ai più orrendi misfatti della storia recente; e «l'*ethos* di chi, dall'altro canto, esule e straniero in qualsiasi terra, e tanto più nella provincia heideggeriana, non aveva che il proprio stesso nomadismo, la dinamicità del proprio immaginario, per muovere incontro all'Altro, in cerca della parola che manca - la parola che apre all'incontro, e che Heidegger non fu in grado di pronunciare».<sup>59</sup>

<sup>55</sup> *Ivi*, p. 309.

<sup>56</sup> Si tratta di un verso tratto da una poesia scritta da Heidegger per Celan, in seguito all'incontro avvenuto a Todtnauberg, nella baita del pensatore. Cfr. C. MIGLIO, *Cronaca di un incontro mancato*, in "Micromega", 4/1997, cit., pp. 222-223.

<sup>57</sup> P. CELAN, *Poesie*, cit., II, p. 255.

<sup>58</sup> Cfr. P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 172.

<sup>59</sup> *Ivi*, p. 173.

## 6. Dimora e esilio, mistero e patria: «abitare poeticamente»...«nella lontananza»

È nota l'*Erörterung*,<sup>60</sup> la discussione di Heidegger sulla poesia moderna, in particolare quella di Hölderlin, Rilke, Trakl e George.

Nel saggio *Perché i poeti?* Heidegger asserisce che: «Esser poeta nel tempo della povertà significa: cantando ispirarsi alla traccia degli Dei fuggiti. Ecco perché nel tempo della notte del mondo il poeta canta il Sacro».<sup>61</sup> Heidegger, confrontandosi con la poesia, si mantiene sempre al di là di quel limite e di quel margine oltre il quale l'impensato si manifesta come pensabile, come l' "altrimenti che pensiero": in quanto filosofo si rivolge alla poesia, in questo caso alla poesia di Hölderlin, con lo scopo di ricavarne un sapere teoretico, alla luce di quanto aveva affermato anche in un altro saggio: «La teoria, nel senso antico, cioè primitivo ma niente affatto invecchiato, è il guardare custodendola, la verità»,<sup>62</sup> come «disvelatezza di ciò che è presente».<sup>63</sup> Tale atteggiamento rimane lontano dalla poesia di Celan, in cui non si dà, verità, ma si sprofonda in abissi la cui minacciosità resta del tutto inaccessibile e inabitabile al pensiero heideggeriano.

Nel caso del dialogo con la poesia di Hölderlin, si tratta, per Heidegger, di sostenere, mediante un colloquio pensante con i versi, la teoria che caratterizza questa epoca come quella della fuga degli dei. Il poeta, inquadrato in quest'ottica, non può che essere colui che avverte questa "verità" come un precursore, l'avverte più abissalmente di altri, e continuando a cantare, pur nella notte oscura, mantiene vivo lo spazio in cui può manifestarsi il Sacro. Si tratterebbe allora di una Notte trascendentale, di cui il poeta si fa cantore, in vista del Giorno, del ritorno della Luce. «Poeti – sostiene Heidegger nello stesso saggio - sono coloro che nella miseria rimemorano la salvezza»,<sup>64</sup> seguendo nella notte le tracce degli dei fuggiti. Annota Graziani:

<sup>60</sup> Sull'*Erörtern* come indicazione di un luogo, cfr. M. HEIDEGGER, *Die Sprache im Gedicht. / Eine Erörterung von Georg Trakls Gedicht*, in *Unterwegs zur Sprache* (1959), trad. it. di A. Caracciolo e M. Caracciolo Perotti, *Il linguaggio nella poesia. Il luogo del poema di Gorge Trakl*, in ID., *In cammino verso il linguaggio*, Milano, Mursia, 1990, pp. 45-46.

<sup>61</sup> M. HEIDEGGER, *Perché i poeti?*, in ID., *Sentieri interrotti*, cit., p. 250.

<sup>62</sup> M. HEIDEGGER, *Wissenschaft und Betrachtung*, in *Vorträge und Aufsätze* (1957), trad. it. di G. Vattimo, *Scienza e meditazione*, in ID., *Saggi e discorsi*, Milano Mursia, 1991, p. 33

<sup>63</sup> *Ibidem*.

<sup>64</sup> M. HEIDEGGER, *Perché i poeti?*, in ID., *Sentieri interrotti*, cit., p. 295.

“In effetti si può ritenere opinione concorde nella filosofia e nella sociologia che si occupa di interrogare dal punto di vista storico il senso profondo della contemporaneità, che questo sia il tempo in cui i grandi racconti, le verità forti, che sorrette da una lunga tradizione, avevano sorretto il vivere comune dell’uomo, sono state ormai abbandonate. Su tale punto si esprime in maniera molto chiara e convincente Lyotard: «possiamo considerare postmoderna l’incredulità nei confronti delle metanarrazioni»; in tal senso, la condizione estremamente marginale dei poeti nella nostra società sembra essere un’ulteriore contro-prova a sostegno della visione heideggeriana della poesia come quel peculiare tipo di linguaggio che solo è capace di ricordare la provenienza dell’uomo”.<sup>65</sup>

Celan in una delle sue ultime poesie scrive: «Io so da dove, / io dimentico, da dove».<sup>66</sup>

Può l’interpretazione heideggeriana della poesia essere estesa all’opera poetica di Celan?

Heidegger afferma, a proposito della poesia di Trakl: «Il linguaggio parla. Noi ricerchiamo ora il parlare del linguaggio nelle poesie».<sup>67</sup> All’incirca ad un anno di distanza, Celan, nel discorso *Il Meridiano*, così sembra rispondere ad Heidegger: «Il poema sarebbe quindi [...] linguaggio divenuto figura di una singolarità».<sup>68</sup> E poco prima: «dunque non linguaggio *tout court*».<sup>69</sup>

Forse qui, in questo dialogo così serrato, costantemente interrotto, e a distanza, fra Heidegger e Celan, si coglie il tratto che unisce e separa filosofia e poesia. «Qui, dove la parola è portata fino al punto di divenire silenziosa, di divenire baluzie, qui dove l’io deve essere innanzitutto “fatto” per poter essere detto, qui si può forse tracciare il confine che separa un cogito, il cogito cartesiano certo, ma anche quello “incrinato” di Heidegger, dal suo *sum*, dall’altro del pensiero, che il pensiero vorrebbe sempre e comunque riportare infine a sé stesso».<sup>70</sup>

<sup>65</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., pp. 128-129.

<sup>66</sup> P. CELAN, *Poesie*, cit., III, p. 9.

<sup>67</sup> M. HEIDEGGER, *Die sprache*, in *Unterwegs zur Sprache* (1959), trad. it. di A. Caracciolo e M. Caracciolo Perotti, *Il linguaggio*, in ID., *In cammino verso il linguaggio*, cit., p. 33.

<sup>68</sup> P. CELAN, *Poesie*, cit., III, pp. 197-198.

<sup>69</sup> Ivi, p. 197.

<sup>70</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., p. 130.

Parlando, nella conferenza “L’abbandono”, di mistero (*Geheimnis*), come del senso del mondo della tecnica, che «si mostra e allo stesso tempo si ritrae»<sup>71</sup>, e facendone discendere un vero e proprio atteggiamento etico che l’uomo dovrebbe assumere, in corrispondenza di questo darsi e ritrarsi del senso, ovvero l’apertura al mistero, Heidegger concepisce questa apertura come «la possibilità di un nuovo modo di radicarsi nel proprio terreno».<sup>72</sup>

Qui il pensiero della propria terra, dell’*Heimat* e dell’abitare si congiunge al tentativo di individuare un atteggiamento etico che possa corrispondere all’arcano del senso della terra.

Il mistero, *das Geheimnis*, già nella parola stessa serba e custodisce il *quid* (*Heim*) che mantiene la dimora, la patria nella sua condizione di radicamento stabile, di fondamento, di provenienza.<sup>73</sup> E per Heidegger solo aprendoci al segreto custodito in questa *Heimat*, solo riconoscendoci nel mistero di questa provenienza, è possibile corrispondere in modo conveniente al senso riposto nel mondo della tecnica. In tal modo, e di conseguenza, l’opera dell’uomo, e, con essa, l’opera d’arte, vengono pensate da Heidegger nel loro rapporto con questa provenienza, nel loro misurarsi con questa provenienza dalla terra d’origine: «L’opera porta e mantiene la Terra nell’aperto di un mondo. L’opera lascia che la Terra sia una Terra».<sup>74</sup> È solo tramite un fecondo e sincero rapporto con la propria origine, che l’uomo, e in modo particolare l’artista, e il poeta in particolar modo, potrà salvaguardare la propria essenza. Il pensiero di Heidegger si esprime con le parole del poeta J.P. Hebel, citate dallo stesso Heidegger: «Siamo disposti o no ad ammetterlo, noi siamo piante che debbono crescere radicate nella terra, se vogliono fiorire e dare i loro frutti».<sup>75</sup>

<sup>71</sup> M. HEIDEGGER, *Gelassenheit* (1959), trad. it. di A. Fabris, *L’abbandono*, tr. it. Genova, Il Melangolo, 1989, p. 39.

<sup>72</sup> *Ibidem*.

<sup>73</sup> Su questa trasformazione, in Heidegger, della «patria in luogo sacralizzato» cfr. V. FARIAS, *Heidegger e il nazismo*, cit., pp. 298-300, e sulla «patria» intesa non in «senso patriottico o nazionalista», ma in relazione alla «storia dell’essere», cfr. M. HEIDEGGER, *Lettera sull’«umanesimo»*, in ID., *Segnavia*, cit., pp. 290-291.

<sup>74</sup> M. HEIDEGGER, *Der Ursprung der Kunstwerkes*, in *Holzwege* (1977), trad. it. di P. Chiodi, *L’origine dell’opera d’arte*, in ID., *Sentieri interrotti*, cit., p. 31. La Terra assume qui il senso che nel saggio *L’abbandono* abbiamo visto attribuire al mistero: la custodia del segreto fondativo dell’abitare.

<sup>75</sup> J.P. HEBEL, *Werke*, ed. Altwegg, III, p. 314, cit. in M. HEIDEGGER, *L’abbandono*, cit., p. 32.

Parole, queste di Heidegger, che preoccupano e inquietano se messe in relazione a quella che fu l'esperienza biografica di Celan e alla sua poesia: vittima del nazionalsocialismo tedesco, e vittima, ancor prima, di altre figure, di altre esecuzioni dello stesso pensiero totalitario dell'*Heimat*.<sup>76</sup>

Quanto detto non implica una semplice contrapposizione tra l'abitare poeticamente di Celan, e l'abitare heideggeriano, che sarebbe, secondo questa prospettiva, caratterizzato dall'infamia della complicità con gli assassini.<sup>77</sup> Piuttosto, ciò che qui si vuole sottolineare è la differenza che «Celan imprime alla sua operazione poetica, rendendola capace di quell'abitare poeticamente, di quella modalità inaugurale del costruire, di cui Heidegger resta al di qua, privandone il proprio pensiero come un margine ulteriore, rispetto al quale esso segna il suo limite insuperabile».<sup>78</sup>

Nel saggio di Heidegger «*Poeticamente abita l'uomo...*», appare con evidenza la distanza tra il sentiero del pensatore e quello del poeta Heidegger scrive: «[...] le immagini poetiche sono delle immaginazioni in un senso eminente: non pure e semplici fantasie e illusioni, ma immaginazioni come incorporazioni visibile dell'estraneo nell'aspetto di ciò che è familiare».<sup>79</sup>

Qui la concezione heideggeriana della poesia si trova di fronte ad

<sup>76</sup> Paul Celan, nato a Czernowitz in Bucovina, regione oggi divisa tra Ucraina e Romania, nel 1941, quando le truppe rumene d'accordo con i tedeschi occupano Czernowitz, viene condannato ai lavori forzati in quanto ebreo. Il 27 luglio del 1942 Celan cerca di convincere i genitori a riparare con lui in un buon nascondiglio, ma essi non lo seguono. Non li rivedrà mai più: moriranno entrambi pochi mesi dopo in un campo di concentramento, come la maggior parte degli ebrei di Czernowitz. Celan insieme ad altri ebrei, viene inviato ai lavori forzati in Moldavia, dove resterà fino al 1944.

<sup>77</sup> Il problema è formulato in modo esemplare da P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., pp. 173-174, che lo sintetizza riportando la frase di P. Virilio: «Abitare da poeti o da assassini?» e che così lo espone: «È lo stesso problema che, più volte, Heidegger pone, nel corso del suo cammino di pensiero; proprio questo ci assicura la centralità del problema, e tuttavia ci spinge a rilevare la differenza pratica, effettiva, fra la disposizione etica che Heidegger pensò ed assunse, e quella celaniana, segnata dalla sua condizione di vittima forse più consapevole dei danni sofferti, e dunque per questo inesorabilmente condannata a tentare, con tutte le pene del caso, di immaginare una via d'uscita, una liberazione».

<sup>78</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 174.

<sup>79</sup> M. HEIDEGGER, «...poeticamente abita l'uomo...», in *Id. Saggi e discorsi*, cit., p. 135.

“un vicolo cieco, di fronte al proprio buco nero, alla cui legge di gravità non gli è dato sfuggire: il pensatore di Messkirch non può fare a meno di concepire l’immaginario del poeta, a partire dalla presenza, confinandolo così nell’ambito del presentarsi di ciò che è presente, in una concezione tutta logocentrica ed egologica della poesia.<sup>80</sup>

Pur sotto l’aspetto di un pensiero che teme che l’estendersi minaccioso del dominio della tecnica possa lambire anche la dimensione poetica dell’abitare umano,<sup>81</sup> nella riflessione sull’essenza poetica dell’abitare, risulta chiaramente all’opera la stessa violenza impositiva, che pure si manifesta nel mondo e nel dominio della tecnica. Se infatti Heidegger stesso descrive la tecnica come: «la riunione di quel richiedere che richiede, che pro-voca, l’uomo a disvelare il reale [...] come fondo»,<sup>82</sup> ovvero come ciò che è presente nel modo dell’impiegabilità, allora anche il

“Logos, in quanto il dire che riunisce ciò che è presente nella sua presenza, e l’immaginazione intesa come incorporazione dell’estraneo nell’ambito di ciò che è familiare, ossia di ciò che è presente, finiscono per essere tutti ricondotti a quell’unità, a quella generalità riunitiva, che il pensiero finisce per avere il compito di esplicitare e di indicare come una meta da raggiungere: dittatura di un’archeologia del sapere e un’architettura dell’abitare, cui Celan oppone, più che per scelta teoretica per l’assunzione su di sé della propria condizione biografica, la libertà di un immaginario cartografico e l’anarchia di un abitare nomade, da esuli”.<sup>83</sup>

Se è vero, seguendo Heidegger, che «nascosto e sempre in atto di nascondersi è però appunto ciò che libera, il segreto»<sup>84</sup>, è qui doveroso

<sup>80</sup> P. GRAZIANI, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., p. 175.

<sup>81</sup> Su tale punto cfr. M. HEIDEGGER, *Bauen, Wohnen, Denken*, in *Vorträge und Aufsätze* (1957), trad. it. a cura di G. Vattimo, *Costruire, abitare, pensare*, in ID., *Saggi e discorsi*, Milano, Mursia, 1991, pp. 96-108, e «*dichterisch wohnt der mensch...*» in *Vorträge und Aufsätze* (1957), trad. it. a cura di G. Vattimo, «*poeticamente abita l’uomo*» in ID., *Saggi e discorsi*, cit., pp. pp. 125-138.

<sup>82</sup> M. HEIDEGGER, *Die Frage nach der Technik*, in *Vorträge und Aufsätze* (1957), trad. it. di G. Vattimo, *La questione delle tecnica*, in ID., *Saggi e discorsi*, cit., p. 15.

<sup>83</sup> P. Graziani, *Paul Celan. La poesia come parola d’infanzia*, cit., p. 175-176.

<sup>84</sup> M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in ID., *Saggi e discorsi*, cit., p. 19.

chiedersi: questa concezione del segreto come velo protettivo dell'essere essenziale, non è forse influenzata e limitata al suo interno dall'impossibilità di aprire integralmente il pensiero al mistero? Anche il mistero, il segreto è pensato pur sempre a partire dalla sua presenza, sia pure in una certa modalità del presentarsi dell'essere, come essere velato, nascosto. Non c'è posto qui, nell'ottica con cui Heidegger guarda alla poesia, per un *Tu*<sup>85</sup> pensato alla maniera di Celan, come «tutt'altro», nel cui interesse, e certo non si tratta di un mero calcolo interessato, il poema spera di riuscire a parlare.<sup>86</sup>

Il poema si progetta piuttosto come il tentativo di conquistarsi, di volta in volta, nella lingua, quel «pezzo di terra abitabile»<sup>87</sup>, una rilkiana «striscia di terra feconda», a partire dal quale muovere verso l'altro, un altro ignoto, che il poema rinuncia a determinare, senza illudersi di poterne condizionare la libertà.

*“In die ferne”, “Nella lontananza”, Celan scrive:*

*“Mutismo, di nuovo, ampio, una casa –  
Vieni, tu devi abitare.*

*Ore, maledettamente disposte a scale: raggiungibile  
Il rifugio.*

*Più tagliente che mai l'aria restante: tu devi respirare,  
respirare ed essere tu”.*<sup>88</sup>

In questa poesia la dimora è descritta come dimensione oppressiva. Tuttavia questo non esclude, anzi implica che il poeta che ha perso

<sup>85</sup> Su tale punto cfr. R. SAFRANSKI, *Heidegger e il suo tempo*, cit., p. 322: «Heidegger, l'inventore della *differenza ontologica*, non ha mai pensato di sviluppare una *ontologia della differenza*. Differenza ontologica significa distinguere l'essere dall'ente. Un'ontologia della differenza significherebbe accettare la sfida filosofica della diversità degli uomini, le difficoltà e le opportunità che ne risultano per la convivenza».

<sup>86</sup> Cfr. P. CELAN, *Poesie*, III, cit., p. 196: «Ma io penso [...] che da sempre appartenga alle speranze del poema, di riuscire pure a parlare, in questo modo, nell'interesse di estranei – no, questa parola io non posso più adoperarla, ora – di parlare, piuttosto nell'interesse di un altro – chi lo sa, forse nell'interesse di tutt'altro».

<sup>87</sup> P. CELAN, *Poesie*, II, cit., p. 227.

<sup>88</sup> *Ivi*, I, p. 178.

la parola nel mutismo, sia invitato ed esortato a raggiungere una casa, sia pure lontana, accessibile solo dopo un lungo percorso. Quando però il rifugio sarà raggiunto, esso si presenterà solo come una piccola porzione d'aria «più tagliente che mai»: eppure, in quello spazio angusto sarà possibile «respirare». L'abitare «di Celan non può prescindere dalla libertà del respirare, e questa libertà consiste nella possibilità, per il Tu che la sua poesia interpella e progetta come proprio destinatario, di essere tu, di conservarsi nella sua alterità incondizionata, nella propria lontananza irriducibile». <sup>89</sup> A tal proposito, in una poesia che si intitola appunto "Elogio della lontananza", Celan scrive: «Apostata solo, io sono fedele. / Io sono tu, quando io sono io». <sup>90</sup> È solo nell'atto pubblico del rinnegamento, del ripudio, che io, essendo io fino in fondo, «fedele», posso dar luogo, nella mia libertà all'apertura della libertà altrui.

### 7. Rilievi conclusivi: la parola che manca, la parola che viene

Qui, i sentieri si interrompono in maniera definitiva e inesorabile.

«Se l'*Erörterung* heideggeriana risulta 'troppo' sapienziale-conciliativa nei confronti di Rilke e Trakl [...], ancora più evidente appare la sua lontananza rispetto a Char e a Celan (gli altri suoi grandi, 'mancati' incontri). Sempre Heidegger legge questo nuovo linguaggio come ciò che prepara un nuovo 'soggiorno', come ciò che può farsi 'veg-gente' di un in-audito non-detto rispetto al linguaggio della tecnica. Sempre il tacere, il silenzio vale per lui come *Ahnen*, come presagire e far segno. Ma il tacere di questa poesia (proprio il suo ritmo fatto di pause e distacchi) segna invece il naufragio di tale pretesa". <sup>91</sup>

Per Heidegger il silenzio è il luogo dove il tramonto diventa trasfigurazione di quello che non si dice, del non detto: «La dottrina di un pensatore è ciò che nel suo dire resta non detto». <sup>92</sup>

<sup>89</sup> P. Graziani, *Paul Celan. La poesia come parola d'infanzia*, cit., p. 178.

<sup>90</sup> P. CELAN, *Poesie*, II, cit., p. 33.

<sup>91</sup> M. CACCIARI, *Salvezza che cade. Saggio sulla questione della Tecnica in Heidegger*, in M. CACCIARI, M. DONÀ, *Arte tragedia tecnica*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2000, p. 64.

<sup>92</sup> M. HEIDEGGER, *Platons Lehre von der Wahrheit*, in *Wegmarken* (1976), trad. it. di F. Volpi, *La dottrina platonica della verità*, in ID., *Segnavia*, cit., p. 159.

Per Celan il silenzio è il luogo «dove la possibile armonia tra i due sensi della *Dämmerung* si sfascia irrimediabilmente [...]. Celan: il profetare che ammutolisce, e non (come Heidegger vorrebbe) il silenzio finalmente presagente».<sup>93</sup>

Evidente risulta la distanza che intercorre tra Heidegger e Celan.

Quando Celan intraprese la gita a Todtnauberg lasciò appuntate sul libro degli ospiti le seguenti parole: «Nel libro della baita, con lo sguardo alla stella di fonte, con la speranza, nel cuore, in una parola ventura».<sup>94</sup> La «parola che viene» è la «parola ventura» di cui Celan parlò nella poesia *Todtnauberg*. Questa espressione («parola ventura») risponde anche

“all’avventismo metafisico di Heidegger, al «Dio che viene» di Heidegger e al «cammino verso il linguaggio», che è in grado di portare una «svolta». In ogni caso la «parola ventura» non è solo una parola di assoluzione politica di Heidegger. Nella prima stesura della poesia, che Celan spedisce a Heidegger nel 1968, si parla di «una parola che viene senza indugi». Nella raccolta di poesie intitolata *Luce coatta* del 1970, Celan cancella la speranza espressa fra parentesi di una parola «che viene senza indugi»”.<sup>95</sup>

La «parola ventura» rimarrà tale: una parola che verrà, che è da venire. E il cui venire è un luogo meramente asintotico. Una parola che invano Celan attese dal pensatore tedesco.

<sup>93</sup> M. CACCIARI, *Salvezza che cade. Saggio sulla questione della Tecnica in Heidegger*, cit., p. 64.

<sup>94</sup> La frase di Celan è citata da R. SAFRANSKI, *Heidegger e il suo tempo*, cit., p. 509.

<sup>95</sup> *Ivi*, pp. 509-510.

LUANA FIERRO

## **Appunti in tema di responsabilità per danni da prodotto alimentare difettoso**

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. La direttiva 85/374/CEE e la sua novella del 99/34/CE. Il Codice del consumo - 3. I prodotti alimentari difettosi - 4. Sicurezza dei prodotti alimentari, responsabilità e prevenzione. - 5. Riflessioni conclusive.

### **1. Premessa**

Indubbiamente, fra i prodotti che, quando difettosi (o, per usare un linguaggio più appropriato alla tipologia di prodotto, adulterati), sono suscettibili di causare gravissime personali lesioni o addirittura la morte degli individui che li utilizzano, oltre alle automobili ed ai dispositivi medici (tanto per richiamare alcuni esempi), vi sono i prodotti alimentari, in particolare quelli di origine agricola e quelli di prima trasformazione.

Eppure, malgrado tale rilevanza, la disciplina dei danni causati al consumatore (ed ai suoi beni) da questi ultimi prodotti è stata a lungo lasciata dal legislatore comunitario alla disciplina dei singoli Stati membri, i quali ne hanno quasi sempre fornito tutela attraverso gli schemi generali della responsabilità (contrattuale o civile, a seconda dei vari paesi)<sup>1</sup>.

E ciò anche quando il legislatore comunitario si è reso conto di dover intervenire per la diffusione, all'interno dello spazio comunitario, di strumenti di tutela uniforme destinati al consumatore.

### **2. La direttiva 85/374/CEE e la sua novella del 99/34/CE. Il Codice del consumo**

In tale senso è emblematico il caso della direttiva 374 del 1985 (recepita nel nostro ordinamento con il D.P.R. 3 marzo 1988 n. 224), con la

<sup>1</sup> In tale senso v. le considerazioni di R. Alessi e G. Pisciotta, *La produzione agricola*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo e S. Mazzamuto, Milano, 2007.

quale, come è noto, sono state poste le basi per una disciplina speciale uniforme destinata alla tutela del consumatore per i danni subiti alla persona o ai beni, a causa di prodotti qualificati come difettosi.

Sulla genesi della normativa e sulle problematiche che con essa si sono volute risolvere la dottrina si è a lungo soffermata. Senza volere riprendere tali considerazioni, possiamo rilevare come l'affermarsi del fenomeno della produzione di massa<sup>2</sup> e l'effettiva apertura dello spazio comunitario alla libera circolazione dei prodotti, hanno comportato il notevole problema dell'identificazione del soggetto responsabile dei danni causati dal prodotto difettoso e, di conseguenza, della disciplina nazionale applicabile. Ed in siffatta situazione è stata proprio la valutazione dell'ampiezza delle discordanze fra le varie discipline nazionali ad indurre il legislatore comunitario alla previsione di una normativa idonea a fornire, ai consumatori danneggiati, identici mezzi di tutela, a prescindere dal paese membro in cui vivono o hanno acquistato il bene<sup>3</sup>.

Chiaramente l'analisi e la valutazione delle questioni su cui giurisprudenza e dottrina hanno ampiamente disquisito, affondano le proprie radici lontano nel tempo. Sul punto possiamo sottolineare come, già nel 1972 i Ministri europei, dopo aver constatato l'insufficienza delle disposizioni contenute nei Trattati, avevano messo in evidenza la necessità di dover garantire un elevato livello di protezione del consumatore dai danni da prodotto difettoso, nell'intento di attuare un regime che perseguisse incondizionatamente la promozione della salute degli individui e della loro sicurezza fisica, arrivando ad elencare, in un celebre documento programmatico al quale si è poi rifatta tutta la futura politica comunitaria sulla tutela del consumatore, le cinque direttrici fondamentali attraverso le quali sviluppare tale politica: la protezione della salute e della sicurezza, la protezione degli interessi economici, il diritto all'istruzione ed all'informazione, il diritto al risarcimento dei danni, la rappresentanza e la partecipazione dei consumatori alla elaborazione

<sup>2</sup> Sul fenomeno v. M. Morroni, *Production Process and Technical Change* New York, Cambridge University Press, 1992.

<sup>3</sup> Inizialmente, infatti, la problematica veniva inquadrata all'interno degli schemi della tutela della concorrenza, ossia del rispetto di determinati standards produttivi, che inevitabilmente genera costi per il produttore, i quali non possono che riversarsi nella competitività del prodotto rispetto a quelli di altri paesi comunitari.

degli strumenti di tutela<sup>4</sup>.

Per altro verso è necessario evidenziare che, malgrado gli innumerevoli e pur meritevoli sforzi posti in essere dalla dottrina e dalla giurisprudenza dei singoli stati membri, rivolti all'adattamento degli strumenti del diritto civile esistenti nei diversi ordinamenti nazionali in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, nessuno dei diversi sistemi giuridici è parso possedere adeguati strumenti di tutela per far fronte agli innumerevoli problemi che il nuovo sistema produttivo lasciava emergere.

È risultata pertanto evidente, al fine di proteggere il consumatore, la necessità di elaborare un sistema di responsabilità che fosse uniforme e completo, che consentisse di addossare al produttore le conseguenze della sua attività produttiva, ed inoltre facesse gravare "sul soggetto impresa" i danni, così evitando di farli ricadere in capo ad un singolo individuo, inteso quale mera persona fisica, non solo perché costui non è in grado di determinare autonomamente la difettosità o meno di un prodotto, generalmente scaturente da elementi di diversa tipologia, ma anche perché la singola persona difficilmente avrebbe la capacità economica di risarcire tutti i danni che potrebbero scaturire da un prodotto difettoso<sup>5</sup>.

Si è così arrivati all'elaborazione ed all'emanazione della direttiva 85/374/CEE<sup>6</sup>, accolta come una vera novità nel settore delle responsabilità speciali, mediante la quale sono stati indubbiamente "rivoluzionati" tutti i precedenti modelli di responsabilità del produttore presenti all'interno degli stati comunitari, così determinando l'evoluzione di quelli più acerbi e la cristallizzazione degli altri. È pacificamente accertato che il provvedimento rappresenta, all'interno dell'ordinamento giuridico comunitario, il primo vero passo nella direzione della tutela del consumatore, grazie al quale si dà il via a quel processo che avrebbe reso la protezione del consumatore un tema centrale della politica europea, il faro di un sistema produttivo spesso incentrato sulla massimizzazione della produzione, ed

<sup>4</sup> G. Fontanella, *Diritto comunitario*, Milano, 2007, pp. 156-157.

<sup>5</sup> P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Commentario al codice del consumo*, Milano, 2006, pp. 943-948

<sup>6</sup> Direttiva 85/374/CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, in *Gazzetta ufficiale* n. L 210 del 07/08/1985 pp. 0029 - 0033.

indifferente alle esigenze di tutela dei cittadini-consumatori.

Deve peraltro ammettersi che tale provvedimento, approvato il 25 luglio del 1985, dal Consiglio dell'Unione Europea, pur avendo, nell'intenzione dei promotori, l'obiettivo dichiarato di ridurre le divergenze tra le legislazioni nazionali in tema di responsabilità<sup>7</sup>, in alcuni paesi ha avuto un effetto contrario rispetto a quello auspicato, assistendosi negli ordinamenti in precedenza più severi nei confronti del produttore, ad un inevitabile abbassamento della soglia di protezione precedentemente prevista<sup>8</sup>.

Entrando nel merito della disciplina introdotta, possiamo rilevare come la direttiva, ancora oggi uno dei perni fondamentali intorno ai quali ruota la speciale disciplina sulla responsabilità del produttore, dopo aver sancito (art. 1) che "il produttore è responsabile del danno causato da un difetto del suo prodotto", cercando di instaurare un sistema che garantisca al consumatore una tutela completa e rafforzata, in soli sedici articoli estrinseca quelle che sono le posizioni del legislatore comunitario. Sicuramente esula dall'ambito delle presenti considerazioni l'analisi completa del testo della direttiva in oggetto, anche perché buona parte di esso è stato oggetto di modifiche ed adattamenti succedutisi nel tempo, ma opportuno appare concentrarsi su quelle che possiamo considerare le disposizioni maggiormente significative, soprattutto alla luce della tematica oggetto della presente analisi.

Rilevanti sono, a nostro parere, le misure contenute nell'art. 2, relativo alla definizione del concetto di prodotto, nonché quelle previste nel successivo art. 4, il quale ruota intorno alla definizione del concetto di prodotto difettoso, con un meccanismo che trasforma l'apparente responsabilità oggettiva del produttore in responsabilità colposa per il mancato rispetto di determinati parametri di sicurezza nell'attività di produzione. Tralasciando, nonostante la sua importanza, quest'ultimo aspetto, che sicuramente caratterizza la speciale disciplina della responsabilità di origine comunitaria rispetto ai preesistenti schemi codicistici della responsabilità civile (in particolare il nostro, in cui i tentativi della dottrina e della giurisprudenza erano rivolti ad adattare, sna-

<sup>7</sup> D. Fairgrieve, *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2005, pp. 155- 166; 192-201; 202-220; O. Radley-Gardner, H. G. Beale, R. Zimmermann, R. Schulze, *Fundamental Texts on European Private Law*, Hart publishing c/o International Specialized Book Services, Portland (Oregon) 2003, pp. 187- 196.

<sup>8</sup> G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, Roma, 2006, pp. 232-258.

turandone il contenuto, le norme codicistiche sulla responsabilità per fatto illecito, per attività pericolosa, oltre che per danni da cose in custodia), concentriamo il nostro interesse sull'art. 2 il quale nella originaria versione escludeva dall'ambito della normativa "i prodotti agricoli del suolo e quelli dell'allevamento, della pesca e della caccia, che non abbiano subito trasformazioni"<sup>9</sup>, arrivando così al paradosso con cui abbiamo iniziato le presenti considerazioni.

Tale paradosso è venuto meno solamente con la novella contenuta nella direttiva n. 99/34 del 10 maggio, grazie alla quale si è poi assistito all'allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina speciale anche ai prodotti agricoli, oltre che all'unificazione della normativa sulla responsabilità nei casi di prodotti alimentari. È evidente che mentre in precedenza si rilevava una forte differenziazione fra i prodotti agro-alimentari (categoria pressoché egemone, soprattutto alla luce del fatto che in essa confluivano anche quelli di prima trasformazione) ed i prodotti alimentari di origine non agricola<sup>10</sup>, da quel momento vige un'unica definizione, tuttora accolta del concetto di prodotto, per la quale: "Ai fini della presente direttiva, per "prodotto" s'intende ogni bene mobile, anche se forma parte di un altro bene mobile o immobile." Anzi, al fine di garantire al consumatore una tutela quanto più ampia possibile, il legislatore afferma nell'ultima parte del medesimo articolo, che" per "prodotto" s'intende anche l'elettricità".

Dunque in base alla modifica della definizione di prodotto contenuta in quest'ultima direttiva, anche i produttori di prodotti agricoli sono ora responsabili ai sensi della disciplina speciale per i danni causati alla salute dei consumatori dai loro prodotti difettosi, al pari dei produttori di un qualsiasi altro bene<sup>11</sup>. In sintesi, anche l'agricoltore è, al pari dei fabbrican-

<sup>9</sup> In tale senso il comma 3, il quale così proseguiva "si considera trasformazione la sottoposizione del prodotto a un trattamento che ne modifichi le caratteristiche, oppure vi aggiunga sostanze. Sono parificati alla trasformazione, quando abbiano carattere industriale, il confezionamento e ogni altro trattamento se rendano difficile il controllo del prodotto da parte del consumatore o creino un affidamento circa la sua sicurezza". Per un commento a tale esclusione e riferimenti bibliografici v. Traisci, *Appunti in tema di responsabilità del produttore nella nuova disciplina tedesca con particolare riferimento al produttore agricolo*, in *Diritto dell'Agricoltura*, 1994, pp. 88 ss.

<sup>10</sup> Direttiva 99/34/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 maggio 1999, che modifica la direttiva 85/374/CE del Consiglio; Gazzetta ufficiale n. 283 di 06/11/1999, recepita nel nostro ordinamento con il D.L.vo 2 febbraio 2001 n. 25.

<sup>11</sup> Definizione recepita in Italia con il D.P.R. 224/88.

ti di tutti gli altri beni di consumo, integralmente responsabile per tutti gli eventuali danni arrecati ai consumatori da suoi prodotti eventualmente difettosi.

In ambito comunitario, possiamo rilevare come la modifica del 1999 costituisca ancora oggi un punto fondamentale del sistema, perché è solo grazie ad essa che è stato possibile ampliare e razionalizzare in modo considerevole la tutela del consumatore, con l'offerta di un sistema di protezione previsto anche nei confronti di quei danni che l'individuo potrebbe subire a causa del consumo di tutti i prodotti alimentari, anche di quelli che non hanno subito un metodo di produzione e/o di trasformazione, idonei, al pari degli altri, a rivelarsi pericolosi o anche dannosi. Essa ha dunque esteso la tutela del consumatore anche nei confronti di quei prodotti agricoli come le uova e gli ortaggi, che, in ragione dell'uso al quale sono destinati, costituiscono una categoria particolarmente delicata per l'integrità fisica degli individui<sup>12</sup>.

Per completare il nostro sguardo sull'evoluzione storica della disciplina non possiamo esimerci dall'accennare che essa è stata di recente inserita nel corpo del Codice del Consumo, senza sostanziali modifiche, eccezion fatta per alcuni aggiustamenti letterali e per l'eliminazione dell'art. 3 (dedicato alla definizione di produttore, definizione oggi ricavabile dagli art. 3 d) e 103 b) dello stesso Codice), andando a costituire il Titolo II. Il D.P.R. 224 (così come novellato) è stato dunque abrogato per la trasfusione delle sue disposizioni negli art. 114 e ss., così che il vecchio art. 2 (evidentemente dopo la modifica) trova oggi la sua pedissequa riproduzione nel D. Lgs. 206/2005, specificamente nell'art. 115, e non risulta pertanto necessario, al fine delle nostre considerazioni, procedere alla sostituzione formale del loro contenuto. Ci è consentito ancora far riferimento all'oggetto dell'originale normativa (direttiva e norma di recepimento, così come modificate dalla novella), pur nella consapevolezza della sua formale abrogazione<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> In tale senso v. le considerazioni di M. Sabbatini, *Le responsabilità del produttore agricolo e i prodotti Ogm*, in *Alimenti, danno e responsabilità*, a cura di L. Paoloni, Milano, Franco Angeli, 2008, pp.73-75.

<sup>13</sup> Già numerosi sono i commentari al recente Codice di consumo. Citandone uno per tutti possiamo richiamare, oltre al già citato Stanzone Sciancalepore, *Commentario al codice del consumo*, Vettori (a cura di), *Codice di consumo*, Padova 2007, e per quanto riguarda la materia delle presenti riflessioni il commento di Bussoni con ampi riferimenti bibliografici. V. inoltre sulla disciplina della sicurezza dei prodotti Parmigiano, *Sicurezza dei prodotti e responsabilità del produttore*, in Alpa Capilli, *Lezioni di diritto privato europeo*, Padova, 2007, pp. 927 ss.

### 3. I prodotti alimentari difettosi

Oltre alla disciplina generale sopra delineata, destinata a tutti i prodotti difettosi, ed oltre alle molteplici normative nazionali vigenti nei vari Stati membri dell'Unione Europea, all'interno dei singoli ordinamenti comunitari i prodotti alimentari difettosi sono stati oggetto di normative speciali di origine comunitaria, volte a fissare e rafforzare molti dei principi generali relativi alla sicurezza alimentare ed alla tutela dei consumatori. È in questa babele normativa che il legislatore comunitario ha, di recente, inteso raggruppare tutti i capisaldi già espressi nei numerosi strumenti normativi (direttive e regolamenti), che sin dagli anni 90 si sono succeduti in tale settore, per farli confluire in un unico strumento generale<sup>14</sup>. Così, al fine di realizzare elevati standards di sicurezza alimentare, tutelare e promuovere la salute dei consumatori, sulle basi di un ampio documento pubblicato nel 2000 dalla Commissione e conosciuto come il *Libro Bianco sulla sicurezza alimentare*, Parlamento europeo e Consiglio hanno approvato, il 28 gennaio 2002, il regolamento (CE) n. 178/2002<sup>15</sup> (anche conosciuto con il nome di *General Food Law*)<sup>16</sup>, nel quale sono raccolti i principi cardine del diritto alimentare UE ed enunciati principi, definizioni ed obblighi riguardanti le fasi della produzione e della distribuzione dei generi alimentari e dei mangimi<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda i rapporti fra la disciplina prevista da quest'ultima normativa e quella generale sopra evidenziata, relativa ai danni da prodotto difettoso, occorre segnalare innanzitutto l'esplicito richiamo, con-

<sup>14</sup> Sul punto v. l'ampissima bibliografia in materia di sicurezza dei prodotti, con speciale riguardo al tema degli OGM. V. per tutti, Costato, *Compendio di diritto alimentare*, 4 ed. Padova, 2007, nonché i contributi di vari autori in S. Piccini F. Pilla (a cura di), *Aspetti del biopotere. Gli organismi geneticamente modificati. La procreazione assistita*, Napoli, 2005 e quelli in *Le biotecnologie tra regole nazionali e diritto comunitario*, in *Agricoltura Istituzioni Mercati*, 2006, pp. 333 ss.

<sup>15</sup> Regolamento (CE) n. 178/2002 del Parlamento europeo e del Consiglio del 28 gennaio 2002 che stabilisce i principi e i requisiti generali della legislazione alimentare, istituisce l'Autorità europea per la sicurezza alimentare e fissa procedure nel campo della sicurezza alimentare, in GU CE L. n. 31 del 1 febbraio 2002, p.1 ss.

<sup>16</sup> Sull'argomento v. K. Goodburn, *EU Food Law: A Practical Guide*, Cambridge, Woodhead Publishing Limited, 2001; P. A. Luning, F. Devlieghere, R. Verhé, *Safety in the Agri-food Chain*, the Netherlands, Wageningen Academic Publishers, 2006, pp. 30-32, 459, 559-618.

<sup>17</sup> F. Raspadori, *OGM. Lineamenti della disciplina europea*, Perugia, Morlacchi Editore, 2007, pp. 37-44.

tenuto nell'articolo 21 del summenzionato regolamento, alla disciplina generale instaurata con la direttiva del 1985, per affermare l'applicabilità in via prioritaria di quest'ultima rispetto alle disposizioni del capo II della "General Food Law"<sup>18</sup>. In questo modo ai fini del presente documento, considerando quanto sancito nell'atto del 1985, deve essere considerato produttore non solo chiunque partecipi al processo di produzione e qualsiasi persona che apponga sul prodotto il proprio nome, il proprio marchio o qualsiasi altro segno distintivo, ma anche colui che importi il prodotto difettoso nell'Unione Europea per destinarlo ad una qualsiasi forma di distribuzione nell'ambito della sua attività commerciale.

È inoltre previsto che, qualora il produttore non sia identificabile, la responsabilità ricada sul soggetto che ha fornito il prodotto, a meno che entro un termine ragionevole costui non indichi l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto<sup>19</sup>.

Da ciò l'interprete può chiaramente dedurre come la portata della previsione dell'articolo 3 (della direttiva 374/85/CEE) non solo consente di individuare in qualsiasi ipotesi un soggetto responsabile, ma nel contempo prevede una forma di responsabilità sussidiaria del fornitore ben diversa da quella di tipo solidale, la quale in base a quanto appena accennato, scatterebbe solamente qualora il produttore non sia individuabile e non, invece, qualora costui sia insolvente, tutto ciò per riuscire a spin-

<sup>18</sup> Art. 21: "Le disposizioni del presente capo si applicano salvo il disposto della direttiva 85/374/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1985, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi."

<sup>19</sup> Art. 3: "1. Il termine "produttore" designa il fabbricante di un prodotto finito, il produttore di una materia prima o il fabbricante di una parte componente, nonché ogni persona che, apponendo il proprio nome, marchi marchio o altro segno distintivo sul prodotto, si presenta come produttore dello stesso.

2. Senza pregiudizio della responsabilità del produttore, chiunque importi un prodotto nella Comunità europea ai fini della vendita, della locazione, del "leasing" o di qualsiasi altra forma di distribuzione nell'ambito della sua attività commerciale, è considerato produttore del medesimo ai sensi della presente direttiva ed è responsabile allo stesso titolo del produttore.

3. Quando non può essere individuato il produttore del prodotto si considera tale ogni fornitore a meno che quest'ultimo comunichi al danneggiato, entro un termine ragionevole, l'identità del produttore o della persona che gli ha fornito il prodotto. Le stesse disposizioni si applicano ad un prodotto importato, qualora questo non rechi il nome dell'importatore di cui al paragrafo 2, anche se è indicato il nome del produttore. "

gere il fornitore a rivelare l'identità del produttore pur di non vedersi addossare la responsabilità per danno da prodotto difettoso<sup>20</sup>.

Tornando alle disposizioni specifiche sugli alimenti, significativa è la previsione del primo paragrafo dell'articolo 14, il quale vieta di immettere sul mercato alimenti "a rischio". Ad esso affiancano una serie di paragrafi successivi che, in un'ottica di completamento, elencano i criteri generali necessari per determinare quando un alimento rientra in questa categoria<sup>21</sup>. In particolare secondo il paragrafo 2, un alimento potrà essere considerato a rischio se è dannoso per la salute ovvero se non è adatto al consumo umano, mentre il successivo paragrafo 3 rileva che per valutare se un prodotto alimentare è a rischio occorre prendere in considerazione le condizioni d'uso normale dell'alimento in ciascuna fase, non solo in quella della produzione e della trasformazione, ma anche in quella distributiva, oltre che tutte le informazioni messe a disposizione del consumatore "comprese le informazioni riportate sull'etichetta o altre informazioni generalmente accessibili sul modo di evitare specifici effetti nocivi per la salute"<sup>22</sup>.

Da quest'ultima formula possiamo ben comprendere come assumono importanza tutta una serie di elementi che consentono di ottenere un'informazione chiara, semplice e facilmente comprensibile, per la quale si rende sicuramente necessaria un'opportuna etichettatura nutrizionale con forma standardizzata per tutti gli operatori comunitari, che permetta di disporre di informazioni relative al contenuto del prodotto che siano quanto più complete ed esaustive possibile. È, infatti, solamente grazie alla

<sup>20</sup> L. Viola, *Il Danno Ingiusto, Responsabilità Precontrattuale e Responsabilità Speciali*, a cura di G. Marseglia, Avellino, Halley Editrice, 2007, pp. 317-354.

<sup>21</sup> G. Manzone, *La nuova sicurezza alimentare: dal sistema HACCP alla rintracciabilità di prodotto e di filiera. Aspetti cogenti e volontari*, Catania, M & M Associati – Consulenti Aziendali srl, 2003, pp. 61-64; pag. 79.

<sup>22</sup> Reg. N. 178/2002, paragrafo 4: "Per determinare se un alimento sia dannoso per la salute occorre prendere in considerazione quanto segue: a) non soltanto i probabili effetti immediati e/o a breve termine, e/o a lungo termine dell'alimento sulla salute di una persona che lo consuma, ma anche su quella dei discendenti; b) i probabili effetti tossici cumulativi di un alimento; c) la particolare sensibilità, sotto il profilo della salute, di una specifica categoria di consumatori, nel caso in cui l'alimento sia destinato ad essa." Per un commento v. G. Manzone, *La nuova sicurezza alimentare, op. cit.*, pag. 79; G. Manzone, G. Ventaloro, *Vademecum HACCP commercio alimenti*. Catania, M & M Associati – Consulenti Aziendali srl, 2004, pag. 189.

chiarezza e completezza di queste ultime che un consumatore è posto in grado di decidere in modo consapevole nell'acquisto e nell'uso di un prodotto. Deve tuttavia aggiungersi che, chiaramente, l'evidenziazione delle informazioni sopra richiamate non basta, l'etichetta del prodotto deve anche contenere informazioni sull'impiego del prodotto, sulla presenza di additivi, aromi e prodotti geneticamente modificati, oltre che di tutto ciò che possa garantire un'adeguata pubblicità sulle caratteristiche intrinseche del bene, dati questi imprescindibili e necessari per le scelte di ogni potenziale fruitore del bene.

Dopo queste considerazioni sul contenuto dell'art. 14 del regolamento del 2002, pare ora opportuna una sua lettura coordinata con quella dell'articolo 6 della direttiva 374/85, ora trasfuso nell'art. 117 del Codice di consumo, al fine di evidenziarne gli aspetti, le corrispondenze e le eventuali discrepanze, nonché i tratti maggiormente problematici nella applicazione del contenuto della direttiva ai prodotti alimentari, compresi quelli agricoli e quelli di prima trasformazione<sup>23</sup>.

Come agevolmente si deduce dalla lettura del dispositivo di quest'ultima norma, essa sancisce innanzitutto che un prodotto debba qualificarsi come difettoso qualora non offra la sicurezza che il consumatore possa legittimamente attendersi, tenuto conto di tutte le circostanze indicate dalla norma in oggetto, prima fra tutte "il modo in cui il prodotto è stato messo in circolazione, la sua presentazione, le sue caratteristiche palesi, le istruzioni e le avvertenze fornite".

Questa prescrizione, riferibile ai doveri d'informazione del produttore, comporta dunque la valutazione di un'ampia serie di elementi, tra i quali assumono un ruolo fondamentale il marketing, la descrizione del prodotto, le istruzioni, le controindicazioni, le precauzioni, le informazioni e le avvertenze dirette al consumatore, di modo che quanto maggiori quantitativamente e qualitativamente sono le informazioni fornite maggiormente sicuro viene ritenuto il prodotto. Qualora, al contrario, fossero fornite scarse informazioni, minore sarebbe la legittima aspettativa di sicurezza che si verrebbe a creare, ed in caso di danni il prodotto non potrebbe che essere considerato difettoso<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> In tale senso v. le considerazioni di Alberto Germanò, *La responsabilità del produttore agricolo*, in *Alimenti, danno e responsabilità*, a cura di L. Paoloni, *op. cit.*, pp. 34-38.

<sup>24</sup> Article 6: "1. A product is defective when it does not provide the safety which a person is entitled to expect, taking all circumstances into account, including:

Sul punto, dal confronto con il contenuto della corrispondente norma contenuta nella "General Food Law" (l'art. 14, paragrafo 3 b), emergerebbe chiaramente, almeno a nostro avviso, la sostanziale identità di contenuti, per la quale l'articolo 6 della direttiva non farebbe altro che porsi come un'anticipazione a carattere generale, ripresa, esplicitata e confermata dal legislatore del 2002.

Continuando sulla lettura dell'articolo 6, incontriamo un secondo parametro per la valutazione della difettosità del prodotto, in virtù del quale è necessario prendere in esame "l'uso al quale il prodotto può essere ragionevolmente destinato", dal momento che per definire la responsabilità del produttore è importante verificare che il consumatore non abbia fatto un uso improprio del prodotto, diverso ed abusivo rispetto a quello per il quale è stato elaborato. Una corrispondenza con tale norma può essere trovata (oltre che nel generico richiamo del paragrafo 2 b), in cui si ritiene a rischio un alimento se inadatto al consumo umano) nel paragrafo 5, per il quale, al fine di determinare se un alimento sia inadatto al consumo umano, occorre valutare se esso sia inaccettabile per tale consumo, "secondo l'uso previsto, in seguito a contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione".

Deve tuttavia rilevarsi come, nel caso specifico dei prodotti alimentari, soprattutto quelli agro-alimentari, più che l'uso di destinazione del prodotto (una volta valutata l'idoneità al consumo umano), la valutazione del rischio poggia sul terzo requisito posto dall'art. 6, e quindi sulla considerazione del "tempo in cui il prodotto è stato messo in circolazione"<sup>25</sup>, alla luce del quale, in linea generale, non sarebbe difettoso il prodotto che diventa pericoloso solo dopo una vita duratura o che dovesse diventare meno sicuro con il tempo.<sup>26</sup>

(a) the presentation of the product;

(b) the use to which it could reasonably be expected that the product would be put;

(c) the time when the product was put into circulation.

2. A product shall not be considered defective for the sole reason that a better product is subsequently put into circulation".

<sup>25</sup> I. Giesen and M.B. Loos, *Liability for defective products and services: the Netherlands*. <http://www.ejcl.org/64/art64-6.html> [ 20 maggio 2008 ].

<sup>26</sup> In tale senso si è anche pronunciata la S.C. in Cass. Civ., sez. III 08-10-2007, n. 20985. Questi i passi fondamentali della sentenza: "...il danneggiato deve provare il danno, il rapporto causale con l'uso del prodotto e che questo uso ha comportato risultati anomali rispetto alle

Ci sembra sul punto opportuno rilevare come, in riferimento al prodotto alimentare, se il consumatore utilizzasse il bene dopo la data di scadenza contrassegnata chiaramente nella confezione, il produttore non potrebbe essere considerato responsabile per i danni sofferti, in quanto verrebbero disattesi tanto il secondo requisito di valutazione del rischio, vale a dire quello basato sulla conformità dell'uso, quanto il terzo incentrato sulla corretta tempistica nell'utilizzazione<sup>27</sup>. Ed è proprio l'indicazione della scadenza a raggiungere la maggiore importanza nel settore dei prodotti alimentari, in cui il tipico esempio di danno può ricondursi alla consumazione del prodotto oltre il termine massimo di conservazione, caso nel quale sicuramente si avrebbe tanto un uso improprio del bene non più destinato all'umano consumo, quanto una mancata valutazione della dimensione temporale nella sicurezza del prodotto<sup>28</sup>. Se, ad esempio, il consumatore ingerisse uno yogurt scaduto ed, in conseguenza, accusasse problemi intestinali gli sarebbe preclusa ogni istanza di risarcimento danni in virtù della normativa in commento, valendo la decorrenza della scadenza prima del consumo quale circostanza di esonero del produttore dalla responsabilità.

Diverso sarebbe certamente il caso in cui venisse messo in circolazione un prodotto già scaduto in seguito a manipolazioni della data di scadenza impressa sulla confezione<sup>29</sup>; nel caso di consumazione e di conseguenti danni, al consumatore spetterebbe, contrariamente alla situazione precedentemente delineata, un risarcimento in virtù della normativa in commento (sussistendone, evidentemente, tutti gli altri requisiti necessari).

Tornando poi alle prescrizioni della direttiva del 1985, l'art. 6 lettera c) (art. 117 del Codice del consumo, paragrafo 2) stabilisce inoltre che

normali aspettative, tali da evidenziare la mancanza della sicurezza che ci si poteva legittimamente attendere, ai sensi dell'art. 5 del D.P.R. citato, mentre il produttore è tenuto a dimostrare che il difetto non esisteva quando il prodotto è stato messo in circolazione..."

<sup>27</sup> Diverso sarebbe il caso in cui prodotti alimentari scaduti venissero messi in commercio con etichetta alterata.

<sup>28</sup> Nello stato italiano la prima legge emanata in materia è la n. 283 del 30 aprile 1962, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 139 del 4 giugno 1962, contenente disposizioni sulla "Disciplina igienica della produzione e della vendita delle sostanze alimentari e delle bevande".

<sup>29</sup> Tra le infrazioni più gravi e ricorrenti, oltre alla vendita di alimenti in cattivo stato di conservazione, al mancato rispetto delle norme igieniche, ed alla presenza nei prodotti alimentari di additivi non ammessi o contaminanti chimici, sempre più spesso si riscontra la destinazione al mercato di alimenti scaduti o la cui data di scadenza è stata contraffatta.

non può considerarsi difettoso un prodotto semplicemente qualora uno migliore sia stato messo in circolazione in un momento successivo, mentre, il punto successivo sancisce che un prodotto è difettoso qualora non offre la sicurezza normalmente offerta dagli altri esemplari della medesima serie<sup>30</sup>. A tutto ciò si aggiunge il successivo art. 7 della direttiva (ora art. 118 Codice di Consumo) che delinea i casi in cui si esclude la responsabilità, prevedendo, fra le cause di esonero il cosiddetto rischio da sviluppo, che libera il produttore "se lo stato delle conoscenze scientifiche e tecniche, al momento in cui il produttore ha messo in circolazione il prodotto, non permetteva ancora di considerare il prodotto come difettoso"<sup>31</sup>, e ricade esclusivamente sul consumatore<sup>32</sup>. È evidente il legame fra questa norma e le ultime richiamate nell'ambito dell'art. 6, in virtù del quale l'articolo 7 sembrerebbe porsi come la loro naturale conseguenza, nel senso che il produttore debba essere ritenuto responsabile solamente quando il prodotto non sia da ritenersi sicuro già in base al livello delle conoscenze tecnico-scientifiche conosciute al momento dell'immissione del prodotto nel mercato<sup>33</sup>, a nulla rilevando che un prodotto più sicuro sia nel frattempo sopraggiunto sulla scena<sup>34</sup>. Invece la lettera c) dell'art. 6 rappresenterebbe, a nostro avviso, l'adattamento della regola al caso di prodotto generico: se lo standard di valutazione è quello della scienza al tempo dell'immissione sul mercato, il prodotto di una partita, lotto o di un genere definito è difettoso solamente se, ritenendosi sicura la serie, per le conoscenze scientifiche dell'epoca, lo stesso non risponda agli standards di sicurezza della stessa.

L'impatto pratico di tali norme sul settore merceologico dei prodotti alimentari è evidente. Basti pensare alla loro applicazione nei casi di prodotti alimentari contenenti OGM, aromi, additivi o particolari coloran-

<sup>30</sup> Per un commento alla norma v. A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di) *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 275-284.

<sup>31</sup> La portata esatta di questa eccezione resta incerta, sebbene la Corte di giustizia ne abbia fornito una qualche spiegazione con la sentenza della Corte (Quinta Sezione) del 29 maggio 1997. Commissione delle Comunità europee contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord. Causa C-300/95. *Raccolta della giurisprudenza 1997*, pp. I-0264.

<sup>32</sup> G. Alpa, *Introduzione al diritto dei consumatori*, cit., pag. 249.

<sup>33</sup> Non saranno condizionanti eventuali scoperte avvenute in un momento successivo, che potrebbero far risultare il prodotto non più sicuro. In tale senso v. il commento di F. Busoni, *op. cit.*, pp. 844 e ss.

<sup>34</sup> Relazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo - Bruxelles, 14.9.2006 - COM(2006) 496 definitivo.

ti dei quali non si conosceva la pericolosità nel periodo in cui questi venivano messi in commercio.<sup>35</sup> Anche qualora studi successivi, realizzati sulla base di statistiche relative al loro consumo, abbiano dimostrato che loro assunzione sia fra le possibili cause di tumori o di altre patologie, le vittime non sono in grado di invocare la responsabilità del produttore, proprio per l'applicazione delle regole sopra evidenziate.

#### **4. Sicurezza dei prodotti alimentari, responsabilità e prevenzione**

Proprio per rispondere alle esigenze sopra emerse, in relazione alle carenze dimostrate dalle misure di tutela, predisposte dalla direttiva CEE 374/85 ed alle eccessive esenzioni che la normativa prevedeva nella sua applicazione, ma soprattutto alla luce delle crescenti necessità di tutela del consumatore di fronte ad un sistema produttivo troppo spesso predisposto verso la persecuzione della produzione indiscriminata dei beni da destinare alla vendita per massimizzare i profitti, nell'intento di proteggere adeguatamente la salute umana, è emersa la necessità di una ulteriore normativa destinata ad una maggiore tutela preventiva del consumatore rispetto ai possibili danni derivanti da prodotti alimentari.

È in questo contesto che, sempre relativamente all'obbligo di immissione sul mercato di prodotti sicuri, spiccano i paragrafi 4 e 5 del già menzionato art. 14 del Regolamento i quali impongono, al fine di determinare se un alimento è dannoso per la salute o inadatto al consumo umano, l'effettuazione di un'analisi basata su criteri specifici, che prenda quindi in considerazione "a) non soltanto i probabili effetti immediati e/o a breve termine, e/o a lungo termine dell'alimento sulla salute di una persona che lo consuma, ma anche su quella dei discendenti; b) i probabili effetti tossici cumulativi di un alimento; c) la particolare sensibilità, sotto il profilo della salute, di una specifica categoria di consumatori, nel caso in cui l'alimento sia destinato ad essa" (art. 14, par. 4).

Il successivo paragrafo 5 poi, in ossequio (come accennato) a quanto sancito dall'articolo 6 della direttiva del 1985 (art. 117 Codice di Consumo), relativo, come sopra rilevato, all'uso al quale il bene può essere ragionevolmente destinato, prescrive che per "determinare se un alimento

<sup>35</sup> F. Raspadori, *OGM. Lineamenti della disciplina europea*, Perugia, Morlacchi Editore, 2007, pp. 21-28; 44-46.

è inadatto al consumo umano, occorre prendere in considerazione se l'alimento sia inaccettabile per il consumo umano secondo l'uso previsto, in seguito a contaminazione dovuta a materiale estraneo o ad altri motivi, o in seguito a putrefazione, deterioramento o decomposizione".

Deve poi aggiungersi che il legislatore ha previsto norme di raccordo con gli altri strumenti normativi in materia, laddove ai successivi paragrafi 7 e 9 determina che debbano essere considerati sicuri quegli alimenti conformi a specifiche normative CE aventi ad oggetto la sicurezza degli alimenti, disposizioni queste che però non valgono in via assoluta, alla luce del paragrafo 8 nel quale si sostiene che nonostante la conformità di un alimento a disposizioni specifiche, esso potrebbe essere considerato a rischio<sup>36</sup>. In questo contesto l'art. 17 afferma il principio della responsabilità primaria e condivisa di tutti gli operatori che partecipano alla filiera degli alimenti e dei mangimi, rispetto alla sicurezza di ogni prodotto e sostanza da ciascuno trattati, in quanto tutti hanno l'onere, in relazione agli oggetti ed agli atti sotto il loro controllo, di partecipare attivamente all'applicazione delle prescrizioni della legislazione alimentare. Sarà poi obbligo delle autorità competenti per i singoli Stati membri controllare e verificare che l'applicazione della legislazione alimentare avvenga con continuità in tutti i punti della catena alimentare, dalla fase della produzione sino a quella della distribuzione finale<sup>37</sup>.

Passando poi alla lettura dell'art. 19, relativamente alla fase di gestione del rischio, si può rilevare come nel definire i doveri a carico degli operatori della filiera alimentare, nelle ipotesi di esistenza di un rischio di sicurezza, la norma imponga l'obbligo di procedere immediatamente al ritiro commerciale del prodotto non conforme alle prescrizioni di sicurezza, al fine di bloccarne la distribuzione e l'offerta al consumatore. L'operatore è oltretutto obbligato ad informare le Autorità competenti dell'evento e delle misure riparatrici eventualmente adottate.

<sup>36</sup> In tale senso v. la pronuncia del Cons. Stato, sez. V 01-07-2005, n. 3677 – Pres. Santoro – Rel. Carlotti – Comune di Vercelli c. Varese ed altri. Massima 4: "La garanzia della sicurezza dei prodotti destinati all'alimentazione umana, ed, ancor prima, dei mangimi somministrati agli animali (che rappresentano il precedente anello della catena nutrizionale), è strumentale alla salvaguardia del bene della salute e, dunque, mira alla protezione di un valore assoluto, ovvero il diritto ad un'alimentazione sana, che esige una sensibile anticipazione delle tutele."

<sup>37</sup> In tale senso v. l'art. 17, c. 2 del regolamento (CE) n. 178/2002.

Infine se il ritiro dovesse riguardare un prodotto che ha già raggiunto i consumatori, oltre all'obbligo di fornire un'informazione efficace ed accurata sui motivi posti alla base della decisione, potrebbe risultare necessario il richiamo pubblico<sup>38</sup> dei prodotti già forniti ai consumatori<sup>39</sup>.

Sicuramente se gli operatori sono commercianti all'ingrosso, produttori o importatori, questi devono richiamare gli alimenti tramite un sistema di ritiro che raggiunga sia le imprese alimentari alle quali sono stati recapitati, che i clienti. Ma se gli addetti sono gestori di un'attività di generi alimentari quali un supermercato, un ristorante, o un'attività che vende prodotti da asporto, soprattutto negli ultimi due casi il sistema sarebbe fallimentare, non pratico e neppure immaginabile, in quanto gli alimenti vengono consumati immediatamente. Chiaramente in questi ultimi casi l'unico sistema idoneo a proteggere adeguatamente il consumatore è quello basato sugli schemi della prevenzione, la quale è costantemente prevista dal legislatore comunitario, che "solo in via direi quasi suppletiva, ricorre alla previsione del risarcimento dei danni anche attraverso la "nuova" responsabilità del produttore, ed, infine, alla sanzione."<sup>40</sup>

Quello sopra evidenziato è, in effetti, un sistema preventivo, un'estrinsecazione e un'applicazione del noto principio comunitario della precauzione, che nel caso dei prodotti agro-alimentari va dunque a costituire il secondo pilastro della disciplina comunitaria di tutela del consumatore. Nasce in questo modo un regime apparentemente completo e dettagliato, non alternativo ma complementare a quello basato sulla tutela risarcitoria sopra descritto.

## 5. Riflessioni conclusive

Grazie all'analisi condotta sino a questo momento, si comprende agevolmente come, nell'intento di condurre il comparto alimentare verso obiet-

<sup>38</sup> Il 16 agosto 2007 la Commissione europea ha provveduto ad assicurare la diffusione delle informazioni a tutti gli Stati membri, relativamente alla questione dell'estensione del ritiro, da parte della Mattel ai giocattoli pericolosi provenienti dalla Cina e presenti sul mercato europeo.

<sup>39</sup> L. Pilati, *Marketing agro-alimentare*. Trento, UNI Service, 2004, pp. 187-200; A. Germanò, E. Rook Basile (a cura di), *Il diritto alimentare tra comunicazione e sicurezza dei prodotti*, *op. cit.*, pp. 275-284.

<sup>40</sup> L. Costato, *Considerazioni conclusive*, in *Alimenti, danno e responsabilità*, a cura di L. Paoloni, *op. cit.*, pag.145.

tivi di qualità, alla luce dell'importanza che tale settore riveste per la salute e la sicurezza del consumatore, il legislatore comunitario del 2002 abbia posto in essere un intervento a dir poco fondamentale. Al fine di proteggere adeguatamente la salute dei consumatori, è con il regolamento CE n. 178/2002 che si dà il via ad una lunga serie di progressi, prevedendo numerosi contenuti a carattere generale, che da un lato si limitano a riassumere quanto già affermato all'interno delle precedenti disposizioni comunitarie, ma dall'altro prevedono l'intervento di ulteriori attività normative comunitarie e nazionali, che possano rendere operativi i principi ed i requisiti generali della legislazione alimentare.<sup>41</sup>

È nell'articolo 21 del regolamento che emerge una nuova tipologia di responsabilità, resa doverosa dalle crescenti necessità di protezione dei beni destinatari della tutela.

Trattasi della responsabilità per danni da prodotti alimentari difettosi, che sposta il sistema di tutela del consumatore dall'ambito produttivo a quello informativo, nell'intento di permettere a colui che acquista un bene di disporre di tutte quelle informazioni necessarie per l'assunzione di una scelta motivata e consapevole, ed inoltre prevede l'applicazione del principio di precauzione, alla luce del quale nel caso in cui fosse individuata la possibilità di rischi ed effetti dannosi per la salute umana,

<sup>41</sup> Il coordinamento delle attività concernenti la sicurezza alimentare viene attualmente svolto dall'Autorità europea per la Sicurezza alimentare (European Food Safety Authority), istituita dal Parlamento di Strasburgo tramite il Regolamento 178/2002/CE. L'EFSA, la cui sede permanente, il 21 giugno 2005, è stata insediata a Parma (avendo l'Unione Europea deciso di accettare l'invito del Governo italiano), è un'istituzione scientifica indipendente che opera nell'intento di garantire, in stretta collaborazione con le autorità nazionali, la sicurezza alimentare dei cittadini, la formulazione di documenti orientativi, pareri scientifici, dichiarazioni, relazioni e consulenze scientifiche, oltre che rappresentare un punto di riferimento per il settore della produzione agricola ed agroalimentare europea, obbligata, alla luce delle esigenze di tutela del consumatore, a competere su standards qualitativi d'eccellenza. Da quel momento sono trascorsi solamente tre anni, ma l'EFSA è finita in una zona d'ombra, dimenticata anche da quanti si occupano delle problematiche relative alla sicurezza alimentare, pur essendo un'autorità costantemente ed attivamente impegnata nella salvaguardia della sicurezza alimentare. Pur continuando ad operare, per contribuire alla realizzazione degli obiettivi di qualità e sicurezza degli alimenti nell'UE, ben poche sono le tracce relative all'attività attualmente svolta. Ma, nonostante il gelo caduto intorno a quest'organismo, al suo interno non solo si continua ad operare, ma si cerca, inoltre, di apportare miglioramenti tali da rendere più efficiente il suo operato, ne è un esempio la previsione, dall'aprile 2008, di un sistema di revisione interna approntato per controllare e migliorare continuamente la qualità della sua attività scientifica.

legati al consumo di determinati prodotti alimentari, scatterebbe immediato l'obbligo di adottare misure preventive di gestione del rischio, allo scopo di prevenire e/o ridurre gli effetti dannosi.

Tutto ciò lascia emergere un modello basato sull'ambivalenza di due sistemi: da un lato il principio di responsabilità descritto dalla direttiva 374/85/CEE, dall'altro il principio di precauzione, affermato in materia di alimenti dal regolamento CE 178/2002. Il primo implica un intervento "a posteriori", il quale concepisce un controllo di tipo successivo sui prodotti introdotti nel mercato, e tutela il consumatore solo nel momento in cui subisce un danno, bloccando l'indagine sulla responsabilità del produttore al momento della commercializzazione del prodotto.

Nel contempo il principio di precauzione consente una tutela ben diversa, che accompagna il prodotto fino al suo ingresso nel mercato, e quindi finché non entra nella disponibilità del consumatore, ma anche nella fase successiva, prevedendo l'attivazione di procedure di ritiro e richiamo del prodotto. In questo modo il sistema, nella sua ambivalenza, sembrerebbe essere completo e soddisfacente, oltre che idoneo ed esauritivo per perseguire la tutela piena ed incondizionata del consumatore, intervenendo proprio tramite la "General Food Law" per colmare le zone d'ombra lasciate dal sistema della responsabilità.

A questo punto se l'orizzonte comunitario può, in prospettiva, dirsi sereno, ad oggi il problema riguarda le lacune dei Paesi extra Unione Europea<sup>42</sup>, i quali certamente non hanno la nostra normativa, ma con i quali bisognerebbe elaborare delle linee e dei principi comuni, per poter avere uno scambio di prodotti alimentari che non possano compromettere in alcun modo la sicurezza dei consumatori. Sarebbe inoltre opportuno poter disporre di un sistema che blocchi l'ingresso, nella scena comunitaria, di tutti quei prodotti che non rispettano i requisiti di sicurezza prescritti dalle norme comunitarie, per garantire importazioni sicure e regolamentari, ed altresì far sentire, nelle sue scelte, libero e sicuro il consumatore.

<sup>42</sup> Crescente è oggi il fenomeno dell'importazione di prodotti alimentari difettosi provenienti dalla Cina, paese in cui sempre più spesso la censura, stringendo il controllo sui media, proibisce la diffusione di notizie negative sugli alimenti. L'oscuramento totale delle informazioni ci impedisce di conoscere la reale qualità e sicurezza dei prodotti importati da questo paese e non ci consente di compiere una scelta volontaria e consapevole.

GENNARO LUCA GIORDANO

## Il domicilio del fedele nel diritto canonico

SOMMARIO: 1. Domicilio e quasi-domicilio nella storia del diritto della Chiesa - 2. Le diverse figure contemplate dal vigente *Codex Iuris Canonici* - 3. Principali effetti giuridici delle relazioni domiciliari - 4. Conclusioni

### 1. Domicilio e quasi-domicilio nella storia del diritto della Chiesa

Sebbene nello *ius antiquum* non si riscontrasse una nozione di domicilio, il legame tra il fedele e la circoscrizione territoriale di appartenenza è stato presente nel diritto della Chiesa fin dai primi secoli della sua esistenza<sup>1</sup>. Ad esempio, i canoni 18 e 19 del Concilio di Sardica (343) proibivano ai vescovi la ordinazione di aspiranti al sacerdozio che non appartenessero alla propria diocesi<sup>2</sup>.

Il termine *domicilium* venne utilizzato per la prima volta in ambito canonistico nel *Decretum* di Graziano, durante il secolo XII<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Nonostante le note divergenze esistenti in dottrina circa la periodizzazione del diritto canonico, con l'espressione *ius antiquum* ci si riferisce generalmente alla normazione prodotta dai primi tempi della vita della Chiesa fino alla metà del secolo XII, cioè fino al *Decretum* di Graziano. Per una prospettiva storica del diritto canonico, cfr.: P. BELLINI, *Saggi di storia dell'esperienza canonistica*, Torino, 1991; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 2003; B. FERME, *Introduzione alla storia del diritto canonico, I, Il diritto antico fino al Decretum di Graziano*, Roma, 1998; J. GAUDEMET, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo, 1998; L. KÉRI, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca 400-1140). A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature*, Washington, 1999; L. MUSSELLI, *Storia del diritto canonico. Introduzione alla storia del diritto e delle istituzioni ecclesiali*, Torino, 1992; W. PLÖCHL, *Geschichte des Kirchenrechts*, München-Wien, 1960<sup>2</sup>. Si rimanda soprattutto a G. DALLA TORRE, G. BONI, *Conoscere il diritto canonico*, Roma, 2006, pp. 17-46.

<sup>2</sup> Tra le opere che si occupano in maniera specifica del Concilio di Sardica si segnalano: L. W. BARNARD, *Pope Julius, Marcellus of Ancyra and the Council of Sardica*, in *Recherches de Théologie Ancienne et Médiévale*, vol. XVIII, 1971, pp. 69-79; H. HESS, *The canons of the Council of Sardica, A.D. 343*, Oxford, 1958.

<sup>3</sup> Le notizie sulla vita di Graziano sono incerte e discordanti. La redazione del suo celebre *Decretum*, il cui nome originario era *Concordia discordantium canonum*, viene generalmente collocata tra il 1130 ed il 1150. Per una rassegna delle diverse ricostruzioni ope-

Successivamente, la nozione canonistica di domicilio è stata sviluppata dagli studiosi soprattutto in connessione con la materia matrimoniale<sup>4</sup>. Tuttavia, l'attenzione della dottrina canonistica verso l'istituto del domicilio è stata relativamente scarsa fino al Concilio di Trento<sup>5</sup>. In tale occasione, la Chiesa effettuò una risistemazione dell'istituto matrimoniale, del quale ribadì, innanzitutto, la natura sacramentale ed indissolubile. Inoltre, allo scopo di risolvere il problema pastorale dei matrimoni clandestini, che non garantivano il rispetto della normativa sugli impedimenti, nè l'opportuna pubblicità dello scambio dei consensi, venne promulgato il Decreto "Tametsi".

Quest'ultimo individuò in maniera inderogabile il sacerdote legittimato alla celebrazione, dichiarando nulli quei matrimoni che non fossero officiati con il ministero del proprio parroco (o di altro sacerdote delegato da lui o dall'Ordinario del luogo)<sup>6</sup>. Fu imposta, altresì, la presenza di due o tre testimoni. Il matrimonio di chi non avesse una dimora fissa poteva essere celebrato soltanto su autorizzazione dell'Ordinario del luogo, dopo

rate in merito dagli studiosi, si rimanda a A. WINROTH, *The making of Gratian's Decretum*, Cambridge, 2000.

I passi del *Decretum* in cui viene utilizzato il termine *domicilium* sono contenuti nella *Pars II*. Cfr.: *causa 13, quaestio 2, canon 6; causa 16, quaestio 3, canon 15*.

<sup>4</sup> Gli scritti dedicati in via esclusiva alle relazioni domiciliari nell'ordinamento canonico non sono molto numerosi. Cfr.: J. ALBERTI, *De domicilio ecclesiastico*, Roma, 1909; P. COLELLA, voce *Domicilio*. VI) *Domicilio canonico*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, Roma, 1989; J.M. COSTELLO, *Domicile and quasi-domicile*, Washington, 1930; S. D'ANGELO, *Del domicilio ecclesiastico e dei suoi effetti*, Giarre, 1916; M. DELGADO, *El domicilio canónico*, Pamplona, 2006; N. FARREN, *Domicile and quasi-domicile, an historical and practical study in canon law*, Dublin, 1920; P. FOURNET, *Le domicile matrimonial*, Paris, 1906; H. GASPARRI, *De domicilio et quasi-domicilio*, Roma, 1897; V. TEDESCHI, *Il quasi-domicilio nel diritto canonico*, Genova, 1931; W. THOMPSON, *Quasi-domicile, an historical study*, St. Meinrad, 1956; M. WALSER, *Die Bedeutung des Wohnsitzes in kanonischen Recht: eine Untersuchung zu cc. 100-107 CIC*, St. Ottilien, 1993.

L'argomento risulta spesso trattato nell'ambito di opere di carattere più generale. Cfr., tra gli altri: S. BERLINGÒ, *Diritto canonico*, Torino, 1995, pp. 172 ss.; R. BERTOLINO, *Il nuovo diritto ecclesiastico tra coscienza dell'uomo e istituzione*, Torino, 1989, pp. 154-155; S. BUENO, *Tratado general de Derecho Canónico*, Barcelona, 2004, pp. 337-338; L. GEROSA, *Diritto ecclesiale e pastorale*, Torino, 1991, pp. 46 ss.; P. LOMBARDIA, *Lezioni di diritto canonico*. vol. I. *Introduzione, diritto costituzionale, parte generale* (a cura di G. LO CASTRO), Milano, 1986, pp. 176 ss.; P. MONETA, *Introduzione al diritto canonico*, Torino, 2001, pp. 88 ss.

<sup>5</sup> Com'è noto, il Concilio di Trento si protrasse, con alcuni intervalli, dal 1545 al 1563.

<sup>6</sup> Un'analisi dei diversi fattori che determinarono l'affermazione, in ambito ecclesiale, della necessaria pubblicità del consenso matrimoniale è effettuata da F.R. AZNAR, *Derecho Matrimonial Canónico*, vol. III, *Cánones 1108-1165*, Salamanca, 2003, pp. 15 ss.

l'espletamento di una indagine sulla sua condizione giuridica. Per coloro i quali avessero cercato di eludere la normativa tridentina sulla celebrazione fu prevista la pena della inabilità a contrarre in futuro matrimonio<sup>7</sup>.

La generica espressione "*proprius parochus*", utilizzata dal Decreto "*Tametsi*" per individuare il sacerdote legittimato a ricevere il consenso matrimoniale, accese l'interesse degli studiosi verso la nozione di *domicilium*, quale istituto in grado di creare un legame giuridico tra i nubenti e l'ufficiale celebrante<sup>8</sup>. Nella dottrina canonistica, infatti, si affermò ben presto l'opinione secondo la quale il "*proprius parochus*" fosse quello del luogo in cui almeno uno degli sposi, attraverso una stabile residenza, avesse acquisito il domicilio. Tale interpretazione, che venne fatta propria dalla Congregazione del Concilio, era fondata sulla *ratio* del Decreto, tesa ad assicurare la celebrazione del matrimonio da parte di un sacerdote che conoscesse i nubenti e che potesse avere agevolmente contezza della esistenza di un eventuale impedimento<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Il testo del Decreto è riportato da E. DENZINGER, P. HÜNERMAN, *El magisterio de la Iglesia. Enchiridion Symbolorum, Definitionum et Declarationum de rebus fidei et morum*, Barcelona, 2006, pp. 552-553.

Il provvedimento *de quo* lasciava, tuttavia, impregiudicata la validità dei matrimoni clandestini celebrati prima della sua entrata in vigore: "*Tametsi dubitandum non est, clandestina matrimonia, libero contrahentium consensu facta, rata et vera esse matrimonia, quamdiu Ecclesia ea irrita non fecit*".

Nel disciplinare le sanzioni per l'inosservanza della disciplina matrimoniale ivi prevista, il Decreto "*Tametsi*" dichiarava testualmente: "*Ad contrahendum inhabiles (...) Qui aliter quam praesente parochi, vel alio sacerdote de ipsius parochi vel Ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti Decreto irritos facit et annullat*".

<sup>8</sup> Va ricordato, tuttavia, che Papa Pio IV (1560-1565) vietò la redazione di opere che non si limitassero ad una esposizione esegetico-illustrativa dei testi di legge. Correlativamente, sui Decreti disciplinari adottati nel corso del Concilio, venne posta una riserva di interpretazione del Pontefice e, per suo conto, della Congregazione del Concilio, una commissione cardinalizia istituita il 2 agosto 1564.

<sup>9</sup> Un riflesso dell'applicazione della normativa tridentina in materia matrimoniale è presente ne "I Promessi sposi" di Alessandro Manzoni. Si ricorderà come, all'inizio del romanzo, don Abbondio, in seguito alle minacce dei "bravi" al servizio di don Rodrigo, rifiuta di ricevere il consenso matrimoniale da parte di Renzo e Lucia. Costoro non possono chiedere l'assistenza di un altro sacerdote, poichè soltanto il loro parroco avrebbe potuto procedere ad una valida celebrazione. Dopo aver narrato le numerose peripezie vissute dai protagonisti, il racconto si conclude con la descrizione del matrimonio di Renzo e Lucia dinanzi al parroco legittimato a celebrarlo in base alla disciplina contenuta nel Decreto "*Tametsi*".

Questa impostazione finiva per determinare l'invalidità di tutti quei matrimoni celebrati dinanzi ad un ministro di culto che non fosse territorialmente competente. Tuttavia, con il trascorrere dei secoli, il progressivo accentuarsi della mobilità umana rese sempre più difficoltoso rispettare questa previsione della normativa tridentina. Pertanto, la Congregazione del Concilio ampliò sempre più la nozione di domicilio, includendovi la permanenza temporanea in un determinato luogo<sup>10</sup>. Su tali basi, la dottrina canonistica andò elaborando la figura del quasi-domicilio.

L'aspetto che destò maggiore interesse fra gli studiosi fu quello relativo al lasso di tempo necessario per acquistare il quasi-domicilio<sup>11</sup>. Tra le diverse opinioni, si affermò nel tempo quella del canonista spagnolo Thomas Sánchez, il quale evidenziò come, fermo restando il *factum commoracionis*, la distinzione tra domicilio e quasi-domicilio si fondasse essenzialmente sul diverso *animus commorandi*. Mentre, infatti, per l'acquisizione del primo era necessaria la intenzione di risiedere perpetuamente in un certo luogo, l'acquisto del secondo scaturiva, a suo giudizio, dalla volontà di dimorarvi per la maggior parte dell'anno<sup>12</sup>.

Nonostante gli sforzi degli interpreti di attenuare la rigidità della normativa tridentina in materia di competenza alla celebrazione, la facilità di spostamento garantita dai moderni mezzi di trasporto e l'accentuarsi dei fenomeni migratori determinarono, soprattutto a partire dal secolo XIX, un considerevole aumento delle pronunce di nullità matrimoniale<sup>13</sup>.

La presa d'atto dei mutamenti intervenuti nella società condusse, nel 1907, all'approvazione del Decreto "*Ne temere*"<sup>14</sup>. Tale atto normati-

<sup>10</sup> Cfr. J. GAUDEMET, *El matrimonio en Occidente*, Madrid, 1993, p. 345.

<sup>11</sup> Per un esame delle diverse posizioni dottrinarie espresse dopo il Concilio di Trento in ordine ai requisiti del *factum commoracionis* e dell'*animus commorandi*, si rimanda a M. DELGADO, *op. cit.*, pp. 40 ss.

<sup>12</sup> T. SÁNCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento (disputationum)*, vol. I, lib. III, Disp. 23, Venetiis, 1737, pp. 183 ss.

<sup>13</sup> L'ampia casistica giurisprudenziale concernente le dichiarazioni di nullità dei matrimoni clandestini è passata in rassegna da F. LÓPEZ-ILLANA, *La forma sostanziale del matrimonio canonico dal Concilio di Trento fino al Codice di diritto canonico Pio-benedettino: speciale riferimento ai decreti «Tametsi» e «Ne temere» nelle decisioni o sentenze del Tribunale della Rota Romana*, nel vol. *Metodi, fonti e soggetti del Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 1999, pp. 1035-1076.

<sup>14</sup> Tale Decreto venne promulgato il 2 agosto 1907. Tra le opere che, negli anni immediatamente successivi alla sua emanazione, commentavano il Decreto "*Ne temere*", si segnalano: A. BOUDINHON, *Le mariage et les fiançailles: nouvelle législation canonique. Commentaire du Décret «Ne temere» (2 août 1907)*, Paris, 1907; F. CAPPELLO, *Nuova legislazione canonica*

vo legittimò il parroco e l'Ordinario del luogo a celebrare validamente il matrimonio di qualunque fedele all'interno della propria circoscrizione territoriale<sup>15</sup>. La competenza del sacerdote, che nel Decreto "Tametsi" era stata individuata su base personale (domicilio), passò così ad essere determinata attraverso un criterio territoriale (luogo del matrimonio). Ai soli fini della liceità della celebrazione, il Decreto pretese che questa si tenesse dinanzi al parroco ove uno dei nubenti avesse il domicilio o, in mancanza, dimorasse da almeno un mese<sup>16</sup>.

Il codice pio-benedettino, facendo propria una plurisecolare elaborazione dottrina, disciplinò sia il domicilio che il quasi-domicilio come figure di carattere generale, i cui effetti non furono più limitati alla individuazione del sacerdote competente alla celebrazione del matrimonio<sup>17</sup>. La previsione, nel testo codicistico, del quasi-domicilio rispondeva alla necessità di garantire l'assistenza spirituale a quei fedeli che fossero soggetti a spostamenti frequenti, tali da non consentire loro l'acquisizione di un domicilio canonico.

All'uopo, si stabilì che per l'acquisto del domicilio e del quasi-domicilio occorresse il *factum commorationis* in un determinato territorio, protratto rispettivamente per un intero decennio o per sei mesi completi. In alternativa, entrambi avrebbero potuto essere conseguiti attraverso la residenza in un certo luogo, accompagnata dall'*animus commorandi* per sempre (quanto al domicilio) o per sei mesi completi (quanto al quasi-domicilio).

ca circa gli sponsali ed il matrimonio, Torino, 1910; J.B. FERRERES, *Los esponsales y el matrimonio, según la novísima disciplina: comentario canónico-moral sobre el Decreto «Ne temere»*, Madrid, 1911; B. OJETTI, *In ius antepianum et pianum ex Decreto «Ne temere»*, S.C.C. 2 augusti 1907 de forma celebrationis sponsalium et matrimonii commentarii, Roma, 1908.

<sup>15</sup> "Parochus et loci Ordinarius valide matrimonium adsistunt (...) intra limites dumtaxat sui territorii: in quo matrimoniis nedum suorum subditorum, sed etiam non subditorum valide adsistunt".

<sup>16</sup> "Licite autem adsistunt (...) constituto insuper de domicilio, vel saltem de menstrua commoratione alterutrius contrahentis in loco matrimonii".

<sup>17</sup> La prima codificazione del diritto canonico venne promulgata da Papa Benedetto XV il 27 maggio 1917.

Il testo dei lavori preparatori, dai quali si evincono i contrasti concernenti l'opportunità di inserire nel *Codex* l'istituto del quasi-domicilio, è riportato da M. DELGADO, *op. cit.*, pp. 173 ss.

## 2. Le diverse figure contemplate dal vigente Codex Iuris Canonici

Il nuovo *Codex Iuris Canonici* ha mantenuto la previsione di domicilio e quasi-domicilio come figure di carattere generale<sup>18</sup>. La relativa disciplina è stata inserita nel libro I del *Codex*, nell'ambito delle norme concernenti la condizione canonica delle persone fisiche<sup>19</sup>.

Il canone 100 distingue quattro situazioni in cui una persona fisica può venirsi a trovare rispetto al territorio: abitante (*incola*), nel luogo in cui ha il domicilio; dimorante (*advena*), nel luogo in cui ha il quasi-domicilio; forestiero (*peregrinus*), se si trova fuori del domicilio e del quasi-domicilio che ancora conserva; girovago (*vagus*), se non ha in alcun luogo il domicilio o il quasi-domicilio. L'utilizzo, da parte del canone 100, del termine generico "*persona*" induce a ritenere che le relazioni territoriali ivi contemplate siano riferibili anche ai non battezzati. Questa convinzione è rafforzata dalla lettura del canone 857 § 2, secondo il quale l'adulto deve essere battezzato nella sua chiesa parrocchiale, e del canone 102 § 3, che individua la chiesa parrocchiale con riferimento al luogo in cui una persona ha il domicilio o il quasi-domicilio. Se ne deduce che anche il non battezzato, avendo una sua chiesa parrocchiale, ha un proprio domicilio o quasi-domicilio<sup>20</sup>.

Ai sensi del canone 107, domicilio e quasi-domicilio possono essere parrocchiali o diocesani. In ottemperanza a quanto disposto nel canone 516, si può affermare che anche agli effetti del domicilio e del quasi-domicilio sussista una equiparazione della parrocchia alla quasi-parrocchia e della diocesi alla prelatura territoriale, all'abbazia territoriale, al vicariato apostolico, alla prefettura apostolica ed all'amministrazione apostolica stabilmente eretta. L'ipotesi ordinaria contemplata dal *Codex* è quella di un fedele che abbia un domicilio parrocchiale allocato nel territorio della parrocchia in cui risiede, e, allo stesso tempo, un domicilio diocesano, che è quello della diocesi che la ricomprende. Tuttavia, secondo quanto disposto dal canone 102 § 3, si può avere un domicilio o un quasi-

<sup>18</sup> L'attuale *Codex Iuris Canonici* venne promulgato da Papa Giovanni Paolo II il 25 gennaio 1983.

<sup>19</sup> Sulla condizione giuridica delle persone fisiche nell'ordinamento canonico, cfr. G. FELICIANI, *Il popolo di Dio*, Bologna, 2003<sup>3</sup>.

<sup>20</sup> Sulla soggettività giuridica del non battezzato nell'ordinamento canonico, cfr. G. DALLA TORRE, G. BONI, *op. cit.*, p. 48.

domicilio diocesano senza avere, nello stesso territorio, un domicilio o un quasi-domicilio parrocchiale. Ove una persona abbia soltanto un domicilio o un quasi-domicilio diocesano (ipotesi che può ricorrere allorché il fedele si sposti con una certa frequenza all'interno della stessa diocesi, senza giungere ad acquisire un domicilio o quasi-domicilio parrocchiali), il suo parroco viene individuato con riferimento al luogo dell'attuale dimora<sup>21</sup>.

Gli effetti giuridici derivanti dal domicilio o dal quasi-domicilio sono sostanzialmente coincidenti<sup>22</sup>. Si afferma generalmente che il quasi-domicilio, istituto di matrice tipicamente canonistica, abbia carattere suppletivo, in quanto la sua rilevanza giuridica è subordinata alla mancanza di un domicilio. In nessuna norma del *Codex* esso assume un rilievo isolato, ma è sempre considerato come un'alternativa al domicilio. Entrambi determinano la sottoposizione alla cura d'anime di un parroco o di un Ordinario proprio<sup>23</sup>. La similitudine delle conseguenze giuridiche connesse alle due figure non esclude che in alcune fattispecie il *Codex* prenda in considerazione soltanto il domicilio<sup>24</sup>.

Il canone 101 contempla un ulteriore istituto, quello del luogo di origine della persona. Il diritto della Chiesa non attribuisce rilevanza giuridica al posto in cui si è verificato l'evento naturale della nascita, ma determina il luogo di origine di una persona sulla base di una relazione con il territorio più stabile, costituita dal domicilio o dal quasi-domicilio dei genitori o, in mancanza, della sola madre. Soltanto nell'ipotesi in cui i genitori siano girovaghi, il luogo di origine viene individuato con riferimento alla nascita. Ove una persona sia figlia di genitori ignoti (*expositus*), il suo luogo di origine coincide con quello in cui fu trovato. A differenza del domicilio e del quasi-domicilio, il luogo di origine è immodificabile. In ogni caso, l'assenza nel *Codex* di ulteriori menzioni di tale figura ha fatto dubitare gli interpreti del suo perdurante valore giuridico<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Cfr. canone 107 § 2 c.i.c.

<sup>22</sup> L'affermazione trova conferma in P. COLELLA, *op. cit.*, p. 2, ove si legge: "Di regola domicilio e quasi domicilio sono equiparati, tranne che per il conferimento dell'ordinazione sacerdotale che spetta solo al vescovo del domicilio se diverso da quello del quasi domicilio".

<sup>23</sup> Cfr. canone 107 § 1 c.i.c. L'Ordinario ed il parroco del *vagus*, invece, sono quelli del luogo in cui questi risiede attualmente (cfr. can. 107 § 2 c.i.c.).

<sup>24</sup> Cfr. canoni 967, 1016, 1552, 1673, e 1694 c.i.c.

<sup>25</sup> Sulla questione, cfr. A. DE FUENMAYOR, *Comentarios a los cánones 100-107*, in À. MARZOÀ, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. I, Barañain, 2002<sup>3</sup>, p. 733.

Il canone 102 disciplina le modalità di acquisto del domicilio e del quasi-domicilio volontari. Il testo normativo richiede, innanzitutto, per entrambi un requisito fattuale, costituito dalla dimora in un determinato luogo. Inoltre, sia per il domicilio che per il quasi-domicilio, viene prevista la ricorrenza di due ulteriori condizioni, alternative fra di loro. La prima è rappresentata dall'effettivo protrarsi della dimora per cinque anni completi (nel caso del domicilio) o per tre mesi (nel caso del quasi-domicilio). La seconda consiste nell'intenzione di restare in un determinato luogo in perpetuo (nel caso del domicilio) o per almeno tre mesi (nel caso del quasi-domicilio). La normativa canonica non richiede l'effettuazione di particolari formalità pubblicitarie per l'acquisto o la perdita del domicilio o del quasi-domicilio. Soltanto nell'ipotesi di contestazione, il fedele avrà l'onere di provare la propria situazione giuridica nei confronti di un determinato territorio, avvalendosi dei mezzi probatori contemplati nel Libro VII del *Codex*.

Il canone 104 disciplina il domicilio ed il quasi-domicilio familiare, che viene scelto di comune accordo dai coniugi. Costoro, tuttavia, nell'ipotesi di separazione legittima o per altra giusta causa, possono avere anche un domicilio o un quasi-domicilio proprio. Tale disposizione va letta in connessione con quella contenuta nel canone 1151, che sancisce il diritto-dovere dei coniugi, ove non esentati da un legittimo motivo, di rispettare la convivenza coniugale. Si tratta di una norma che è stata notevolmente modificata rispetto a quella analoga contenuta nel canone 93 del codice pio-benedettino. La vecchia disciplina, infatti, impediva alla donna che non fosse legalmente separata secondo il diritto canonico di acquisire un domicilio proprio. Questo era fissato dalla legge, alla stregua di quanto prescritto per il demente e per il minore. Esigenze di tutela imponevano a questi soggetti di conservare rispettivamente il domicilio del marito, del curatore o della persona che esercitasse la potestà.

Il codice del 1983, analogamente a quanto realizzato con la nuova formulazione del canone 1135, ha recepito nella disciplina domiciliare quelle istanze di parità fra i coniugi provenienti dal Magistero del Concilio Vaticano II e dai principali documenti di carattere internazionale adottati nel secondo dopoguerra a tutela dei diritti umani<sup>26</sup>. In ogni caso, la rot-

<sup>26</sup> Sulla incidenza del Concilio Vaticano II nei confronti della nuova codificazione del diritto canonico, cfr.: J.B. BEYER, *Il Codice del Vaticano II. Dal Concilio al Codice*, Bologna, 1984;

tura della convivenza fra i coniugi è tuttora considerata con sfavore dal diritto canonico che in numerose fattispecie contempla l'intervento dell'autorità ecclesiastica per riconciliarli ed indurli a ristabilire una vita comune<sup>27</sup>.

L'acquisto del domicilio e del quasi-domicilio può, inoltre, conseguire alla ricorrenza di alcune fattispecie, disciplinate nei canoni 103, 105 e 352 § 4. Si parla, al riguardo, di domicilio e quasi-domicilio legale o necessario.

Il canone 103 si occupa dei membri degli istituti religiosi e delle società di vita apostolica, prevedendo che entrambi acquistino il domicilio nel luogo dove è situata la casa cui sono ascritti ed il quasi-domicilio nella casa in cui, a norma del canone 102 § 2, dimorano. Questa norma va letta in connessione con il canone 665 § 1, che obbliga i religiosi ad abitare nella propria casa religiosa, impedendo loro di assentarsi senza la licenza del Superiore e con il canone 740, che impone ai membri delle società di vita apostolica la residenza nella casa o nella comunità legittimamente costituita. Si considera generalmente irrilevante il lasso di tempo durante il quale si protrae detta permanenza. I soggetti considerati, in aggiunta a quelli prescritti dal canone 103, possono avere ulteriori domicili o quasi-domicili volontari. Si ritiene che queste norme non si applichino ai novizi, che, non avendo effettuato la professione religiosa, non appartengono ancora agli istituti religiosi, né ai membri degli istituti secolari, che non sono obbligati a condurre una vita comune.

Il canone 105 si occupa del domicilio e del quasi-domicilio dei minorenni e di coloro i quali, per una ragione diversa dalla minore età, sono stati affidati alla tutela o alla curatela di altra persona. La regola generale è che questi soggetti hanno lo stesso domicilio o quasi-domicilio della persona che esercita su di loro la potestà, la tutela o la curatela. Relativamente ai minorenni, la rigidità di tale normativa è temperata dalla possibilità riconosciuta a colui che sia uscito dall'infanzia (*infantia egressus*) di avere un proprio quasi-domicilio. Viene concesso, inoltre, al minore che sia legittimamente emancipato a norma del diritto civile di avere un proprio domicilio.

J. CANOSA (a cura di), *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000.

<sup>27</sup> Cfr. canoni 1152 § 3, 1153 § 2, 1155, 1676, 1695 e 1692, §§ 2 e 3 c.i.c.. Sul punto, si rimanda a C. DE DIEGO-LORA, *Medidas pastorales en las causas de separación conyugal*, in *Ius Canonicum*, vol. XXV, 1985, pp. 209 ss.

Va ricordato, infine, che il Decano ed il Subdecano cardinalizio acquisiscono *ex lege* il domicilio nella diocesi di Roma<sup>28</sup>.

L'ordinamento canonico, in risposta alle necessità pastorali di quelle persone che sono soggette a frequenti spostamenti, consente loro di avere allo stesso tempo più domicili o quasi-domicili. In tale eventualità, il fedele è soggetto alla cura contemporanea di più parroci o Ordinari, senza che si determini tra di essi alcuna prevalenza nell'esercizio dei *munera*.

La possibilità di avere simultaneamente più domicili o quasi-domicili può realizzarsi in diverse ipotesi, alcune previste espressamente dal legislatore ed altre come conseguenza delle norme che regolano in termini generali l'acquisto e la perdita di domicilio e quasi-domicilio.

Ad esempio, i soggetti contemplati nel canone 103, oltre ad avere un domicilio legale, possono acquisire domicili o quasi-domicili propri. Per i coniugi, tale possibilità viene implicitamente riconosciuta dal canone 104 *legitimae separationis ratione vel alia iusta de causa*. Una ulteriore ipotesi è quella del minore uscito dall'infanzia, che può acquistare un quasi-domicilio proprio, senza perdere il quasi-domicilio legale<sup>29</sup>. La possibilità, per le persone *sui iuris*, di avere simultaneamente più domicili o quasi-domicili si trasmette, evidentemente, a coloro che sono ad esse soggetti.

Secondo quanto disposto dal canone 106, domicilio e quasi-domicilio si estinguono entrambi con l'abbandono del luogo di residenza, accompagnato dalla intenzione di non farvi ritorno. Per espressa previsione, tale norma non si applica alle fattispecie di cui al canone 105. Pertanto, i minori ed i soggetti sotto tutela o curatela perdono il domicilio ed il quasi-domicilio soltanto in conseguenza della loro dimissione da parte della persona che esercita su di essi la potestà. Quanto ai membri degli istituti religiosi e delle società di vita apostolica, si ritiene generalmente che essi perdano il domicilio legale con il venir meno del legame con l'istituto di appartenenza e gli eventuali domicili e quasi-domicili volontari al verificarsi delle circostanze di cui al canone 106.

<sup>28</sup> Cfr. Canone 352 § 4 c.i.c. Il Decano, che viene definito dal *Codex* "*primus inter pares*", presiede il collegio cardinalizio ma non ha potestà di regime sugli altri Cardinali.

<sup>29</sup> Cfr. canone 105 § 1 c.i.c.

### 3. Principali effetti giuridici delle relazioni domiciliari

Il principale effetto scaturente dal domicilio e dal quasi-domicilio è contemplato dal canone 107 § 1, secondo il quale ciascun fedele è affidato alla cura di un parroco e di un Ordinario<sup>30</sup>. Il domicilio ed il quasi-domicilio, pertanto, determinano l'instaurazione di una relazione giuridica tra i fedeli e le articolazioni territoriali della Chiesa, costituite essenzialmente dalle diocesi e dalle parrocchie. Tuttavia, anche il *vagus*, pur essendo privo di domicilio e di quasi-domicilio, può fruire dell'assistenza spirituale del parroco o dell'Ordinario del luogo in cui risiede attualmente<sup>31</sup>.

Le distinzioni operate dal canone 100 sono, altresì, richiamate dai canoni 12 e 13, per determinare l'ambito di applicazione di quelle leggi particolari emanate per un determinato territorio. All'uopo, si prevede che una legge particolare-territoriale obblighi quei fedeli che, oltre ad avere nella circoscrizione il domicilio o il quasi-domicilio, vi risiedano di fatto. Salvo alcune eccezioni espressamente contemplate dal canone 13 § 2, i *peregrini* non sono obbligati dalle leggi del proprio territorio, fino a quando ne sono assenti, né da quelle in vigore nella circoscrizione in cui si trovano. Al contrario, i *vagi* sono tenuti, senza eccezioni, al rispetto delle leggi vigenti nel luogo in cui dimorano. Il trattamento peggiore che il canone 13 riserva ai *vagi* rispetto ai *peregrini* è evidentemente ascrivibile al fatto che i primi, a differenza dei secondi, non hanno in alcun luogo un domicilio o un quasi-domicilio.

Passando ad esaminare gli effetti giuridici delle relazioni domiciliari sulla celebrazione dei sacramenti, seguendo l'ordine del *Codex*, viene in rilievo, innanzitutto, la disciplina dettata in materia di Battesimo. All'uopo, il canone 857 fissa la regola generale per cui esso va ricevuto dall'adulto nella sua chiesa parrocchiale e dal bambino nella chiesa parrocchiale dei suoi genitori. Secondo quanto previsto dal canone 107 § 1, chiesa parrocchiale è quella dove il fedele ha il domicilio o il quasi-domicilio. Se ne potrebbe dedurre che il *peregrinus* non possa essere bat-

<sup>30</sup> Su tale argomento, cfr. J. OTADUY, *El vínculo parroquial del fiel. Los contenidos de la cura pastoral ordinaria*, in *Fidelium Iura*, n. 2, 1992, pp. 275-304; A. VIANA, *El Párroco, pastor propio de la parroquia*, in *Ius Canonicum*, vol. XXIX, 1989, pp. 467-481.

Sul governo della Chiesa locale, cfr. C. CARDIA, *Il governo della Chiesa*, Bologna, 2002, pp. 159-209.

<sup>31</sup> Cfr. canone 107 § 2 c.i.c.

tezzato fuori dalla circoscrizione di appartenenza e che il *vagus* non possa essere battezzato in alcun luogo. Tuttavia, la perentorietà della norma è mitigata dal disposto del canone 859, in base al quale, ove la distanza o altre circostanze lo consiglino, il Battesimo può essere conferito in un'altra chiesa, in un oratorio più vicino o anche in altro luogo decoroso<sup>32</sup>.

La normativa in tema di Confermazione, Eucarestia, Penitenza ed Unzione degli infermi consente al sacerdote di celebrare tali sacramenti anche a beneficio di chi non ha il domicilio od il quasi-domicilio nella circoscrizione territoriale di sua competenza. L'utilizzo, da parte del *Codex*, dei termini "fedele" o "battezzato" per indicare coloro i quali possono fruirne, induce a ritenere che ne siano esclusi i *vagi*, ai quali, come si è visto in precedenza, è preclusa la possibilità di essere battezzati. Tuttavia, ove costoro perdano il domicilio ed il quasi-domicilio dopo essere stati battezzati, potranno validamente ricevere la Confermazione, l'Eucarestia, la Penitenza e l'Unzione degli infermi.

Una differente disciplina è dettata in relazione alla Ordinazione diaconale di coloro che intendono essere ascritti al clero secolare, che viene conferita dal Vescovo della diocesi nella quale il promovendo ha il domicilio o della diocesi alla quale lo stesso ha deciso di dedicarsi<sup>33</sup>. Si tratta di una di quelle rare fattispecie in cui il *Codex* non equipara gli effetti giuridici del domicilio a quelli del quasi-domicilio. La necessità di questo requisito più gravoso appare riconducibile alla legittima esigenza della Chiesa di esercitare una approfondita verifica della condotta di vita del fedele che, con la ricezione di tale sacramento, è chiamato a svolgere il ministero sacro.

Gli istituti del domicilio e del quasi-domicilio esplicano la loro rilevanza giuridica anche in materia di competenza alla celebrazione del Matrimonio. In relazione a tale sacramento, il canone 1115 dispone che i matrimoni vadano celebrati nella parrocchia in cui uno dei contraenti ha il domicilio o il quasi-domicilio o abita per un mese. Questa previsione, che ha origine nel disposto del Decreto "*Ne temere*", va segnalata perché è l'unica presente nel *Codex* in cui la residenza prolungata per un certo

<sup>32</sup> Per una disamina delle circostanze che legittimano la celebrazione del Battesimo in un luogo diverso dalla chiesa parrocchiale, si rimanda a M. BLANCO, *Comentarios a los cánones 850-878*, in A. MARZO, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, tomo I, Barañáin, 2002<sup>3</sup>, pp. 469-471.

<sup>33</sup> Cfr. canone 1016 c.i.c.

lasso di tempo viene considerata come un'alternativa al quasi-domicilio<sup>34</sup>. In ogni caso, le norme concernenti l'individuazione del luogo della celebrazione matrimoniale possono essere derogate con il permesso del proprio Ordinario o del proprio parroco. Il matrimonio dei girovagi va officiato nella parrocchia in cui essi di fatto dimorano, dopo che l'Ordinario del luogo ha rilasciato la relativa autorizzazione<sup>35</sup>.

Le nozioni di domicilio e quasi-domicilio sono, altresì, richiamate in alcune disposizioni di carattere processuale, per la individuazione del foro competente nelle cause canoniche<sup>36</sup>. La regola generale fissata dal *Codex* è che occorra adire il tribunale del domicilio o del quasi-domicilio del convenuto<sup>37</sup>. Per i procedimenti in cui convenuto sia un girovago, si prevede che l'organo giudicante sia quello del luogo in cui egli dimora<sup>38</sup>. Nelle cause riguardanti eredità o legati pii, il foro competente viene individuato in base all'ultimo domicilio o quasi-domicilio del *de cuius*<sup>39</sup>. Il canone 1552, allo scopo di evitare errori sulla identità del testimone e di facilitarne la citazione, impone alla parte di indicarne il domicilio.

Il legame del fedele con una determinata circoscrizione ecclesiastica rileva, infine, nel procedimento per ottenere la dispensa da matrimonio rato e non consumato. Infatti, secondo quanto disposto dal canone 1699 § 1, la relativa procedura va attivata attraverso la presentazione di una istanza al Vescovo diocesano del domicilio o del quasi-domicilio dell'istante.

#### 4. Conclusioni

La breve analisi condotta sulla disciplina canonistica concernente

<sup>34</sup> Il semplice fatto di dimorare in un determinato luogo, prescindendo dalla durata, è, invece, alla base della normativa concernente la figura del *vagus*.

<sup>35</sup> Cfr. canoni 1115, 1071 § 1 c.i.c.

<sup>36</sup> Tra le opere di carattere generale dedicate al diritto processuale canonico si segnalano: M.J. ARROBA, *Diritto Processuale Canonico*, Roma, 1993; C. DE DIEGO, *Lecciones de Derecho Procesal Canónico*, Pamplona, 2003; J. GOTI, *Tratado de Derecho Procesal Canónico*, Madrid, 2001; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna, 2000; P.V. PINTO, *I processi nel Codice di Diritto Canonico. Commentario sistematico al libro VII*, Città del Vaticano, 1993; M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995; F.J. RAMOS, *I tribunali ecclesiastici: costituzione, organizzazione, norme processuali, cause matrimoniali*, Roma, 2000<sup>2</sup>.

<sup>37</sup> Cfr. canoni 1407 § 3, 1408 c.i.c.

<sup>38</sup> Cfr. canone 1409 c.i.c.

<sup>39</sup> Cfr. canone 1413 c.i.c.

te le diverse forme di relazione tra i fedeli ed il territorio ci induce ad effettuare alcune riflessioni conclusive.

In primo luogo, nonostante la distinzione operata dal canone 100 fra *incolae*, *advenae*, *peregrini* e *vagi*, la volontà del legislatore canonico appare orientata a non lasciare mai il fedele privo dell'assistenza pastorale da parte delle articolazioni territoriali della Chiesa. Quanto alla fruizione dei sacramenti, va rilevato come i membri del popolo di Dio, indipendentemente dal luogo in cui vengano a trovarsi, possano beneficiare della Confermazione, della Eucarestia, della Penitenza e della Unzione degli infermi. Tali sacramenti, infatti, vengono legittimamente officiati da ministri di culto cui è affidata la cura d'anime in un determinato ambito spaziale anche in favore dei *peregrini* o dei *vagi*, purchè battezzati. I girovaghi, inoltre, pur essendo privi di domicilio e di quasi-domicilio, possono, con il previo permesso dell'Ordinario del luogo, contrarre Matrimonio nella parrocchia in cui dimorano. Anche in tema di Battesimo, l'ordinamento canonico, attraverso la previsione di cui al canone 859, dimostra la sua propensione, ove le circostanze concrete lo consiglino, a non privare della celebrazione sacramentale quelle persone che si trovino fuori della circoscrizione in cui siano stabilmente allocate. Questa "flessibilità" che ci è parso di riscontrare nel diritto della Chiesa si arresta di fronte alla necessità di testare la condotta di vita di quei fedeli cui vengono affidate funzioni di particolare rilevanza nella vita ecclesiale. Il riferimento è diretto alla Ordinazione diaconale di coloro che intendono essere ascritti al clero secolare, che va officiata nella diocesi presso la quale il promovendo ha il domicilio o alla quale ha deciso di dedicarsi.

In secondo luogo, le norme esaminate denotano una innegabile attenzione del legislatore canonico verso alcuni mutamenti sociali intervenuti nella variegata realtà del popolo di Dio. Si allude, innanzitutto, all'accresciuta mobilità umana, che ha indotto, dapprima, a codificare l'istituto del quasi-domicilio e, poi, a ridurre il lasso di tempo necessario per acquisire sia il domicilio che il quasi-domicilio. Un ulteriore fattore che ha influenzato la disciplina delle relazioni domiciliari è costituito dalla progressiva affermazione, nel corso del secolo XX, del principio di eguaglianza fra i sessi, sia nei principali documenti di carattere internazionale posti a tutela dei diritti inviolabili dell'uomo<sup>40</sup> che nelle legislazioni del-

<sup>40</sup> Si considerino le disposizioni che vietano ogni forma di discriminazione fondata

la maggior parte degli Stati nazionali. Tale innovazione si è tradotta in una riformulazione del canone 104, che ha eliminato la figura del domicilio legale della donna sposata, contemplato dal codice pio-benedettino, ed ha previsto un domicilio volontario familiare, scelto di comune accordo dai coniugi.

sul sesso contenute nell'articolo 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo (1948), nell'articolo 14 della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali (1950), nell'articolo 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (1966). Per autorevoli riflessioni concernenti l'affermazione dei diritti umani a livello sovranazionale, cfr.: N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 2007 rist.; F.P. CASAVOLA, *I diritti umani*, Padova, 1997; A. CASSESE, *I diritti umani oggi*, Bari-Roma, 2005; P. DE STEFANI, *Il diritto internazionale dei diritti umani*, Padova, 1994; C. ZANGHÌ, *La protezione internazionale dei diritti dell'uomo*, Torino, 2006<sup>2</sup>.



DANILO IACOBACCI

## Sulla idoneità delle dichiarazioni rese dal testimone indiretto ad essere fonte di una pronuncia di condanna

SOMMARIO: Breve premessa. - 1. Sintesi di struttura e funzione della testimonianza quale mezzo di prova tipico. - 2. La testimonianza indiretta. - 3. L'impossibilità dell'esame del testimone diretto per morte, infermità od irreperibilità. - 4. La valutazione della deposizione indiretta nelle ipotesi di contrasto con la testimonianza diretta e nelle ipotesi di impossibilità di questa.

### *Breve premessa*

Una recente pronuncia della Cassazione<sup>1</sup> in tema di testimonianza indiretta ribadisce l'orientamento giurisprudenziale<sup>2</sup> secondo il quale l'art. 195 cod. proc. pen., nel prevedere che il giudice è tenuto a richiesta di parte a chiamare il teste di riferimento, non esclude che il giudicante, in caso di contrasto tra le dichiarazioni rese dal teste diretto e quelle rese del testimone *de relato*, possa valutare le due deposizioni ritenendo attendibile quella del teste indiretto anziché quella del teste di riferimento. Ciò sarebbe possibile dal momento che l'art. 195 c.p.p. non attribuisce alcuna gerarchia tra le due dichiarazioni, e d'altra parte, diversamente ritenendo, si creerebbe un contrasto con il principio del libero convincimento del giudice, cui compete in via esclusiva la scelta critica e motivata della versione dei fatti da privilegiare.

Il problema del contrasto tra dichiarazioni è questione delicata almeno quanto quella riguardante la situazione che si crea nelle ipotesi in cui il testimone indiretto indichi, quale persona dalla quale ha appreso le circostanze di cui parla, chi non può più essere escusso per impossibilità dovuta a morte, infermità od irreperibilità<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Cass., Sez. III, 30 novembre 2007, Vitiello, in *www.cortedicassazione.it*.

<sup>2</sup> Tra le altre, Cass., Sez. VI, 5 marzo 2004, Pulcini, in *CED Cass.*, n. 229967; e Cass., Sez. I, 21 dicembre 1999, Modeo, in *CED Cass.*, n. 215342.

<sup>3</sup> In ossequio al disposto normativo, v., tra le altre, Cass., Sez. III, 25 settembre 2000, Galliera, in *Cass. pen.*, 2002, p. 616.

Insomma, i nodi da sciogliere nell'ambito della disciplina della testimonianza indiretta riguardano le situazioni di "non riscontro" di quanto dichiarato dal teste *de relato*, laddove ciò sia dovuto o al contrasto di questo con la testimonianza diretta o all'impossibilità di quest'ultima in giudizio.

Ciò comporta una totale rimessione nelle mani del giudice dello scioglimento dei detti nodi; il giudicante, guidato dal proprio libero ed insindacabile convincimento, potrà così porre alla base della propria decisione la testimonianza di chi non ha assistito ai fatti di cui parla<sup>4</sup>.

### **1. Sintesi di struttura e funzione della testimonianza quale mezzo di prova tipico**

Quale prova rappresentativa per eccellenza la testimonianza è, in ambito processuale, «la narrazione che qualcuno fa di una propria esperienza di fronte al giudice ed alle parti»<sup>5</sup>. Forza precipua di tale mezzo di prova è lo stimolo che crea nella mente del giudice, il quale, seguendo le parole del dichiarante, riesce ad immaginare il fatto oggetto di giudizio od un fatto ad esso ricollegabile o, comunque, rilevante ai fini processuali<sup>6</sup>.

Il citato mezzo di prova è sicuramente quello che più di altri si mostra decisivo nel modello processuale penale vigente; il quale, caratterizzato da una forte componente dialettico-argomentativa, ha tra le maggiori manifestazioni dell'oralità, e dell'immediatezza del rapporto prova-giudice, la testimonianza stessa. Essa, infatti, altro non è che una manifestazione orale resa nel contraddittorio tra le parti innanzi al giudice della vicenda per la quale vi è processo.

Dal punto di vista soggettivo è ovvio che la testimonianza possa essere resa da persone diverse dalle parti processuali, con l'unica eccezione della parte civile laddove corrispondano le figure di persona offesa e danneggiato dal reato. In tale caso, infatti, la parte civile assunta a te-

<sup>4</sup> La sindacabilità è, infatti, limitata alle sole ipotesi di completa assenza di motivazione in ordine alle dichiarazioni del testimone diretto, cfr. Cass., Sez. I, 26 gennaio 1996, Occhipinti, in *CED Cass.*, n. 204077.

<sup>5</sup> CORDERO, *Ideologie del processo penale*, Milano, 1966, p. 227.

<sup>6</sup> In senso analogo già CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, p. 213.

stimone quale persona offesa può-deve testimoniare, senza che questo determini alcuna “caduta” del sistema.

Ciò avviene, invero, poiché la stessa persona, costituitasi parte civile in quanto danneggiato dal reato, testimonia in qualità di persona offesa-testimone “in prima persona” o, meglio, “sulla propria persona” dei fatti. La mancata incompatibilità tra il ruolo processuale di parte civile e la veste di testimone è, dunque, pacifica almeno quanto la necessaria maggiore attenzione da parte del giudice nella valutazione della deposizione di essa<sup>7</sup>.

L’istituto della testimonianza è stato senz’altro quello che ha maggiormente mostrato i segni del mutamento di modello dal “vecchio” al “nuovo” codice. Il passaggio si nota, in particolare, circa l’oggetto della dichiarazione testimoniale che, vigente il vecchio codice, non aveva limiti, potendo riguardare tutto ciò che si mostrava utile all’accertamento della verità.

<sup>7</sup> Conformemente a Corte cost., ord. 19 marzo 1992, n. 115, in *Cass. pen.*, 1992, p. 2294, secondo cui «la possibilità - consentita dall’attuale codice di procedura penale come già da quello previgente, ma esclusa nell’ordinaria sede civile - che la parte civile, e non anche l’imputato, renda testimonianza, non comporta violazione del principio di eguaglianza né del diritto di difesa. Il legislatore, ritenendo che la rinuncia al contributo probatorio della parte civile costituisca un sacrificio troppo grande nella ricerca della verità processuale, ha infatti considerato preminente l’interesse pubblico all’accertamento dei reati su quello delle parti alla risoluzione delle liti civili e, d’altra parte, alla luce di un ormai fermo orientamento giurisprudenziale, la deposizione della persona offesa dal reato, costituitasi parte civile, deve essere valutata dal giudice con prudente apprezzamento, non potendosi equiparare puramente e semplicemente a quella del testimone, immune dal sospetto di interesse all’esito della causa». Circa l’attento vaglio della deposizione della parte civile v. la recente Cass., Sez. III, 27 aprile 2006, V.I.D., in *CED Cass.*, n. 234647, che riprende Cass., Sez. I, 11 luglio 1997, Bello, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, p. 298; e Cass., Sez. VI, 20 gennaio 1994, Mazzaglia, in *Cass. pen.*, 1996, p. 275. Metodo seguito nella giurisprudenza di merito secondo la quale è pacifico che la testimonianza della parte lesa che sia portatrice di interessi in posizione di antagonismo, reale o virtuale, con quelli dell’imputato impone una più scrupolosa verifica di attendibilità ed un vaglio critico particolarmente rigoroso rispetto a quello effettuato per valutare le dichiarazioni di testi non coinvolti emotivamente, o che non abbiano interesse per l’esito del giudizio. Ne consegue che è sempre possibile per il giudice fondare il giudizio di responsabilità dell’imputato sulle sole dichiarazioni accusatorie della parte offesa, purché tuttavia ne appaia dimostrata, oltre che la rilevanza e la concludenza, anche la credibilità in relazione al complesso delle altre risultanze processuali, così Trib. Napoli, sez. I, 26 marzo 2005, in *Il merito*, 2005, f. 11, p. 95. *Idem* C. App. Campobasso, 18 novembre 2004, Pres. Passatelli-Est. Pensa, in *il Corriere del Merito*, 2005, f. 2, p. 189.

Il codice Rocco, invero, sul presupposto che in capo al il giudice vi-  
gesse l'obbligo di compiere tutti gli atti «necessari per l'accertamento del-  
la verità» (art. 299 c.p.p. abr.) non aveva difficoltà a riconoscere allo stes-  
so il potere di esaminare i testimoni sui fatti in ordine ai quali si stesse  
procedendo e ritenuti utili per lo stesso fine (art. 348 comma 1 c.p.p. abr.)<sup>8</sup>.

Diversamente l'art. 194 del vigente codice di rito, rinviando al-  
l'oggetto di prova, circoscrive la materia della testimonianza ai fatti di  
cui all'imputazione, alla determinazione della pena e delle misure di si-  
curezza e alle eventuali statuizioni civili, laddove sia stata portata nel pro-  
cesso penale la pretesa civilistica nascente dal reato-fatto illecito.

In tale ottica si comprende come, ai fini della determinazione della pena  
(art. 133 c.p.), possa essere ammessa la deposizione su fatti specifici che sia-  
no indicativi della personalità dell'imputato, purché ciò non sia il tema pre-  
valente della deposizione, scostandosi – in tale ultima ipotesi – l'oggetto del  
processo dall'accertamento della *responsabilità* a quello della *personalità*. Re-  
sta valido sul punto l'insegnamento di quella giurisprudenza che ritiene am-  
missibili le deposizioni sulla moralità dell'imputato a patto che ricorrano  
contemporaneamente tre condizioni: 1) che l'oggetto della deposizione ri-  
guardi fatti specifici e non meri apprezzamenti personali; 2) che tali fatti at-  
tengano alla personalità dell'imputato; 3) che essi siano idonei a qualifica-  
re la sua personalità in relazione al reato o ad accertare, o ad escludere, la  
sua qualità di persona socialmente pericolosa<sup>9</sup>.

Analogo rilievo ha l'analisi della personalità della persona offesa in  
relazione al rapporto tra il fatto dell'imputato ed il comportamento della  
“vittima” del reato. Insomma, è consentito tale esame nella misura in cui  
sia necessario ad apprezzare il contegno dell'offeso, dal momento che, tal-  
volta, la sua condotta può scriminare, od attenuare, il fatto dell'imputato<sup>10</sup>.

In definitiva, la testimonianza si attesta «come strumento di deter-  
minazione di conoscenza processuale di circostanze o fatti attraverso un  
soggetto che ne abbia avuta la percezione sensoriale, trovandosi nella spe-

<sup>8</sup> Come autorevolmente rilevato da MALINVERNI, *Vero e falso nella testimonianza*, in  
*La testimonianza nel processo penale*, Atti dell'VIII Convegno di studio «Enrico De Nicola», Mi-  
lano, 1974, p. 177.

<sup>9</sup> Illuminante in proposito Cass., 25 marzo 1957, Kofler, in *Giust. pen.*, III, c. 629. Sul  
pericolo della confusione tra giudizio sul fatto e giudizio sull'autore già MALINVERNI,  
*op cit.*, p. 179.

<sup>10</sup> Penso, ad esempio, all'art. 599 c.p. ed all'art. 62 nn. 2 e 5 stesso codice.

cialissima condizione di non essere interessato in alcun modo all'oggetto del processo, donde, appunto, la centralità per la intera disciplina della prova nel processo di parti»<sup>11</sup>.

L'affinità col previgente codice ritorna sull'esigenza, condivisa con la precedente disciplina, di valutazione della persona-testimone, e ciò al fine di poter misurare sulla base di essa il peso della dichiarazione. Oggi (art. 194 c.p.p.), come allora (art. 357 c.p.p. abr.), è consentito indagare sull'eventuale presenza di circostanze che possano spingere il dichiarante ad un narrato non rispondente alla realtà ma all'esigenza di tutelare posizioni a lui care al fine di stabilire l'essere o meno veritiero del teste; è questo, ad esempio, il caso del dichiarante coimputato ovvero del familiare dell'imputato<sup>12</sup>.

Esigenze di veridicità-verificabilità sono alla base di due divieti che contribuiscono a circoscrivere l'oggetto della testimonianza.

Il primo riguarda l'impossibilità per il teste di deporre sulle voci correnti del pubblico; impedimento, questo, frutto di quella civiltà giuridica, peraltro già matura all'epoca della precedente codificazione, che ripudia la possibilità di una condanna frutto di dichiarazioni rese da chi, lungi dall'aver vissuto i fatti di cui parla, li ripete perché appresi da persone che non sa indicare e che a loro volta, verosimilmente, non hanno assistito ad essi. Insomma, nel codice del 1988 la testimonianza rinnega la possibilità di avere ad oggetto una notizia «propalata da persone ignote, creata, alimentata, diretta da elementi occulti, influenzata da ben noti fenomeni di psicologia collettiva, diffusa senza controllo e senza senso di responsabilità»<sup>13</sup>.

Un narrato sulle voci correnti, invero, impedisce la verifica delle fonti dirette di prova non consentendo alle parti ed al giudice di attivare il

<sup>11</sup> TAORMINA, *Diritto processuale penale*, Vol. II, Torino, 1995, p. 489.

<sup>12</sup> Già CARNELUTTI, *Principi del processo penale*, Napoli, 1969, p. 196, riteneva che «la testimonianza serve a verificare, ma deve, a sua volta, essere verificata». Esigenza segnalata, prima ancora, da uno dei padri delle discipline penalistiche, v. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Opere di Cesare Beccaria*, volume primo, Milano, MDCCCXXI, p. 27, secondo il quale «egli è punto considerabile in ogni buona legislazione il determinare esattamente la credibilità dei testimoni, e le prove del reato». E ciò, perché «ogni uomo ragionevole, cioè che abbia una certa connessione nelle proprie idee, e le cui sensazioni siano conformi a quelle degli altri uomini, può essere testimone».

<sup>13</sup> Già in tale ordine di idee MANZINI, *Trattato di diritto processuale penale italiano*, VI ed. agg. a cura di Conso e Pisapia, III, Torino, 1970, p. 297.

meccanismo previsto dalla testimonianza indiretta al fine di una serena valutazione del dichiarato testimoniale<sup>14</sup>. Peraltro, nel silenzio della legge, analogamente appare doversi ritenere in merito al c.d. fatto notorio. Circostanza, cioè, nota “a prescindere”, quasi un dogma, una verità universalmente riconosciuta e da prendere per buona così come riportata in dibattimento. Anche sul punto sembra, per gli stessi motivi, doversi propendere per una debolezza del dato conoscitivo sanabile con il solo consenso, od al più una acquiescenza, delle parti<sup>15</sup>.

Ad analoga esigenza di certezza del fatto narrato risponde il divieto normativo che impedisce al teste di proporre apprezzamenti propri su fatti o persone. Si vuole, cioè, riservare al solo giudicante la valutazione degli eventi sulla scorta dei soli fatti narrati dai testi. E ciò al fine di evitare l’inversione del rapporto rappresentazione-giudizio – la prima quale mezzo ed il secondo quale scopo della deposizione –, cosa che avviene in ogni occasione in cui il dichiarante offra al giudice il risultato di una sua deduzione invece che della sua percezione<sup>16</sup>.

## 2. La testimonianza indiretta

Il vigente codice di rito ammette la possibilità di una «testimonianza

<sup>14</sup> Sul punto si è correttamente rilevato che la testimonianza sulle voci correnti del pubblico è concettualmente avvicinata ad una testimonianza indiretta di un grado indefinito, e quindi di fonte imprecisabile, v. CALAMANDREI, sub *Art. 194*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, Torino, 1990, pp. 427-428.

<sup>15</sup> Non dissimilmente in dottrina CALAMANDREI, *op cit.*, p. 428, che richiama VOENNA, *Appunti in tema di fatti notori*, in *Giur. it.*, 1974, II, p. 245. In Giurisprudenza, invece, pericolosamente si disapplica il divieto nelle ipotesi in cui le voci siano circoscritte ad una cerchia determinata di persone, quali gli appartenenti ad una associazione per delinquenti, cfr., in tal senso, Cass., Sez. I, 11 ottobre 1994, Capriati, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 519.

<sup>16</sup> DE LUCA, *Prova testimoniale e prova documentale in tema di falsità degli atti*, in *Foro it.*, 1955, II, p. 13. Diverso appare il caso in cui gli apprezzamenti personali siano inscindibili dalla deposizione dei fatti, come accadrebbe se si dovesse descrivere il passaggio veloce o lento di un autoveicolo, mentre si ricadrebbe nel divieto ove si consentisse al teste di riferire sulla entità della velocità, così TAORMINA, *op. cit.*, p. 489. In Giurisprudenza si ritiene che il divieto di esprimere apprezzamenti di cui all’art. 194 c.p.p. non operi nelle ipotesi in cui sia testimone una persona particolarmente qualificata per preparazione professionale v. Cass., Sez. II, 16 gennaio 2007, M.S., in *CED Cass.*, n. 236384, che riprende l’orientamento facente capo a Cass., Sez. III, 24 ottobre 2004, Meglioli, in *Cass. pen.*, 1986, p. 796, ed in *Giust. pen.*, 1986, II, c. 294; e Cass., Sez. VI, 9 maggio 1985, Gengotti, in *Cass. pen.*, 1986, p. 2005.

della testimonianza» ovvero sia l'ipotesi in cui in dibattimento il testimone narra «non ciò che egli stesso ha veduto ma ciò che gli altri gli hanno narrato d'aver veduto»<sup>17</sup>. In breve, «la testimonianza *de relato* è sostanzialmente la testimonianza processuale di una testimonianza che, pur essendosi esaurita nell'ambito extra processuale, finisce per incunarsi nel processo attraverso una sorta di *nuntiatio*»<sup>18</sup>.

La testimonianza indiretta è, quindi, la dichiarazione testimoniale di chi ha avuto una diretta percezione di una dichiarazione, invece che di un fatto storico. E', cioè, la deposizione di colui il quale riferisce un fatto non perché lo abbia visto ma perché gli è stato raccontato<sup>19</sup>.

Se per un verso, non può esservi dubbio nel ritenere la testimonianza *de relato* idonea a fornire la prova dell'avvenuto racconto del teste diretto all'indiretto – e ciò, perché il teste *de relato* racconta una vicenda da lui stesso vissuta: la narrazione raccolta dalla voce del teste diretto –; problemi, viceversa, sorgono laddove debba conferirsi alla testimonianza indiretta valore di prova del fatto cui ha assistito colui il quale lo ha poi raccontato al teste *de relato*. Insomma, il dubbio riguarda la possibilità di utilizzare la testimonianza indiretta per sostenere la veridicità di quanto il testimone asserisce di aver appreso da altri<sup>20</sup>.

A differenza di altri ordinamenti<sup>21</sup> il nostro sistema processuale non ha recepito né il divieto di testimoniare su circostanze riferite da altri, né quello riguardante l'utilizzo di queste quale fondamento di una decisione giudiziale; proibizioni, queste, che deriverebbero, peraltro, dal significato del verbo testimoniare inteso quale racconto di colui che ha avuto percezione diretta dei fatti di cui parla.

Nessun limite vi era nemmeno sotto la vigenza del codice Rocco. E ciò col benessere della dottrina<sup>22</sup> e non senza straripamenti ermeneu-

<sup>17</sup> CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*, I, Roma, 1946, p. 218.

<sup>18</sup> DOSI, *La prova testimoniale*, Milano, 1974, p. 115.

<sup>19</sup> La testimonianza "per sentito dire" definibile con il termine *hearsay* di origine anglosassone. Da notare che i sistemi di *common law* sono caratterizzati dalla *rule against hearsay*, ferrea regola che esclude "il sentito dire" dal processo.

<sup>20</sup> STURLA, voce *Prova testimoniale*, in *Dig. disc. pen.*, Vol. X, Torino, 1995, p. 410.

<sup>21</sup> DE FEO, *La fase dibattimentale*, in *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, a cura di Amodio e Cherif Bassiouni, Milano, 1988, p. 192; e PAPA, *Brevi spunti sulle rules of evidence*, *ivi*, p. 370.

<sup>22</sup> Che riteneva possibile porre a fondamento della decisione, presa nel libero convincimento del giudice, la testimonianza indiretta, v. NOBILI, *Il principio del libero convin-*

tici da parte della giurisprudenza, la quale utilizzava la testimonianza indiretta quale mezzo per poter aggirare eventuali inammissibilità delle deposizioni dei testimoni diretti<sup>23</sup>.

Tuttavia, nonostante la debolezza del dato conoscitivo frutto di una “testimonianza della testimonianza” non pare possa essere posta in discussione<sup>24</sup>, il vigente codice di procedura penale «non ha trovato il coraggio di spingersi sino alla previsione di un divieto assoluto di utilizzabilità, certamente più consono alle scelte di modalità assuntive della prova orale in termini di esame incrociato, ma si è limitato a circondare delle “dovute cautele” una così delicata forma di testimonianza al fine di evitare eventuali arbitrii del giudice»<sup>25</sup>.

Quali “cautele”, infatti, l’art. 195 c.p.p. prevede per l’utilizzabilità della testimonianza l’indicazione della fonte diretta e l’eventuale ascolto di essa, obbligatorio solo se richiesto dalla parte o se il giudice ne ravvisi la necessità<sup>26</sup>. Sull’*indicazione* di cui si dice, del testimone diretto da parte del teste indiretto, appare condivisibile ritenere l’essere sufficiente una mera *individuazione*, e, quindi, non necessariamente si dovrà pretendere una vera e propria *identificazione* del testimone di primo grado<sup>27</sup>.

A ciò si aggiungono limiti di carattere oggettivo e divieti di ordine soggettivo: sotto il profilo oggettivo, il primo limite è quello consisten-

*cimento del giudice*, Milano, 1974, p. 305. In realtà, alcuni autori si mostrarono sin da subito sensibili al problema, cfr. MALINVERNI, *op cit.*, p. 179, che proponeva un sottile distinguo tra il chiedere al teste se il fatto gli era stato riferito e la domanda inammissibile riguardante il se lo riteneva vero. Ancor più deciso nel non ritenere riconducibile al *genus* della testimonianza quella indiretta era stato MANZINI, *op cit.*, p. 114.

<sup>23</sup> Fenomeno del quale dà ampio conto BARGIS, *Profili sistematici della testimonianza penale*, Milano, 1984, p. 39.

<sup>24</sup> Debolezza già segnalata, in generale per la testimonianza ed in particolare per quella “di secondo grado”, da MUSATTI, *Elementi di psicologia della testimonianza*, Padova, 1931, p. 14; ma anche da AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir e proc. pen.*, 1973, p. 311.

<sup>25</sup> Così STURLA, voce *Prova testimoniale*, cit., p. 410.

<sup>26</sup> L’inutilizzabilità della testimonianza indiretta è comminata, infatti, nel caso in cui, nonostante la richiesta delle parti e la possibilità di esperire la testimonianza diretta, quest’ultima non sia stata ammessa, cfr., tra le altre, Cass., Sez. VI, 25 maggio 1993, Loddo, in *Arch. n. proc. pen.*, 1994, p. 593.

<sup>27</sup> In tal senso sembra TONINI, *La prova penale*, quarta ed., Padova, 2000, p. 102, secondo il quale ai fini dell’individuazione è sufficiente, ad esempio, aver indicato la persona che abitualmente frequenta un determinato luogo, che richiama Cass., Sez. V, 3 maggio 1996, Nocchiero, in *Guida dir.*, 1996, f. 48, p. 78.

te nell'impossibilità di testimoniare su quanto appreso dalle persone indicate dagli artt. 200 e 201 c.p.p.<sup>28</sup> salvo che costoro abbiano già depresso o comunque divulgato i medesimi fatti; il secondo riguarda il generale divieto di deporre sulle dichiarazioni rese dall'imputato-indagato nel corso del procedimento<sup>29</sup>. Sotto il profilo soggettivo, limite inderogabile è quello riguardante l'impossibilità per ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria di deporre sul contenuto delle dichiarazioni acquisite da testimoni ai sensi degli artt. 351 e 357, comma 2, lett. a) e b) c.p.p.<sup>30</sup>.

Lo *ratio* dell'art. 195 c.p.p. – come è stato autorevolmente osservato<sup>31</sup> –, non è quella di impedire l'utilizzabilità di quanto non è stato percepito personalmente dal dichiarante, bensì quella di consentire il controllo della conoscenza riferita e della fonte dalla quale la si è appresa. Ciò è tanto più evidente se solo si considera che gli ordinari strumenti (es. artt. 499 comma 3 e 500 c.p.p.) per saggiare in dibattimento la credibilità del dichiarante svolgono più incisivamente la loro funzione se diretti verso colui il quale ha visto-vissuto i fatti di cui parla. Il teste *de relato* potrà, a tacer d'altro, sempre trincerarsi dietro una eventuale incompleta narrazione del testimone diretto; è per questo che è importante, laddove ritenuto necessario dalle parti o dal giudice, esaminare la fonte diretta di conoscenza, e fondare sulla credibilità di questa un giudizio sulla veridicità del fatto narrato.

L'istituto della testimonianza indiretta pone perplessità soprattutto laddove debba riconoscersi forza probatoria dei fatti riferiti *de auditu*; del resto anche coloro che si sono mostrati possibilisti su tale idoneità hanno segnalato il pericolo derivante da un uso indiscriminato di tale strumento di conoscenza<sup>32</sup>, preoccupazione, questa, condivisa dal legislatore del 1988, secondo il quale ci si è preoccupati di circondare delle dovute cautele la testimonianza indiretta al fine di consentire una così delicata forma di testimonianza solo quando sia reso possibile un qualche

<sup>28</sup> Ovverosia da coloro i quali sono tenuti al rispetto del segreto professionale o del segreto d'ufficio.

<sup>29</sup> Stante il generalissimo limite di cui all'art. 62 c.p.p. posto a tutela del diritto al silenzio dell'indagato-imputato, che si ripropone, ad esempio, negli artt. 64, comma 3, e 350, comma 1, c.p.p.

<sup>30</sup> Cioè delle dichiarazioni che la polizia giudiziaria ha l'obbligo di verbalizzare.

<sup>31</sup> TONINI, *La prova penale*, cit., p. 101.

<sup>32</sup> NOBILI, *op cit.*, p. 305.

controllo sulla fonte della conoscenza<sup>33</sup>. Perciò, si è ritenuto che il legislatore delegato, che ha puntualmente disciplinato il fenomeno creando un apposito istituto codicistico, abbia voluto definire un quadro di regole per sottrarre all'arbitrio giudiziale "il governo" delle dichiarazioni del teste indiretto<sup>34</sup>.

### **3. L'impossibilità dell'esame del testimone diretto per morte, infermità od irreperibilità**

In premessa si è segnalata la presenza di nodi ancora da sciogliere in tema di testimonianza indiretta. Tali annodamenti, si diceva, sono relativi a due situazioni che, ad avviso di chi scrive, creano un imperfetto raccordo della disposizione di cui all'art. 195 c.p.p. col modello processuale delineato dal legislatore del 1988.

In particolare, appare opportuno individuare – nel rispetto del citato modello – la corretta disciplina da seguire nelle ipotesi in cui, da un lato, sia impossibile l'esame del teste diretto e, dall'altro, l'esame di quest'ultimo conduca in dibattimento una versione dei fatti inconciliabile, o comunque diversa, rispetto a quella proposta dal testimone indiretto che, a suo dire, l'aveva appresa dal medesimo teste diretto che in dibattimento ne propone altra difforme.

Quanto al primo problema, la disposizione codicistica (art. 195 c.p.p.), al primo comma, prevede che quando il testimone si riferisce per la conoscenza dei fatti ad altre persone, il giudice, a richiesta di parte, dispone che queste siano chiamate a deporre. L'inosservanza di tale previsione rende inutilizzabili le dichiarazioni relative a fatti di cui il testimone abbia avuto conoscenza da altre persone, salvo che l'esame di queste risulti impossibile per morte, infermità o irreperibilità (art. 195 comma 3 c.p.p.).

Con riferimento alla prima questione, la norma parla di impossibilità per morte, infermità o irreperibilità, certamente riferendosi al testimone diretto, senza null'altro aggiungere sul punto.

Dal momento che la casistica enunciata non appare precisa al punto tale da poterle consentire, cosa che però in effetti accade, una chiara derogazione al modello processuale vigente, la definizione dei presup-

<sup>33</sup> Così, quasi testualmente, *Rel. prog. prel. c.p.p.*, p. 62.

<sup>34</sup> CALAMANDREI, sub *Art. 195*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, cit., p. 431.

posti di deroga alla disciplina fisiologica della testimonianza indiretta è stata delineata tra mille incertezze da dottrina e giurisprudenza<sup>35</sup>. Epperò, come sempre accade in questi casi, appare inafferrabile una “teoria generale” della norma dal momento che gli interventi dottrinari e giurisprudenziali su di essa hanno avuto come riferimento, il più delle volte, specifiche vicende fattuali e/o processuali.

Sicuramente le tre ipotesi sono da intendersi come tassative<sup>36</sup>, in quanto deroganti il canone del contraddittorio sulla prova, e riguardano una indisponibilità della fonte. In particolare, due di esse – morte ed irreperibilità – non consentono la citazione della persona direttamente informata; l’infermità, invece, impedisce alla citazione di avere effetti utili in termini processuali.

Infermità ed irreperibilità del testimone diretto, più della morte, manifestano la necessità di un chiarimento ai fini dell’individuazione delle ipotesi di operatività della norma. La prima è stata intesa in termini di impossibilità a rendere l’esame. Essa, cioè, rappresenta la situazione patologica che non consente affatto alcun tipo di escussione del teste diretto. Ciò può essere dovuto o alla gravità della patologia che lo colpisce al momento della celebrazione del giudizio, oppure al tipo di patologia che non consente una utile escussione<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Quella cioè che consente, anche solo in termini di possibilità, in ossequio al comma primo dell’art. 195 c.p.p. un possibile riscontro del dichiarato del teste indiretto.

<sup>36</sup> Così è pure per la più attenta giurisprudenza, v. Cass., Sez. III, 7 giugno 2002, Dalfino, in *Cass. pen.*, 2004, p. 610, che ritiene condivisibilmente che in tema di testimonianza indiretta, deve considerarsi tassativa l’elencazione dei casi in cui, divenendo impossibile l’esame del soggetto indicato quale fonte primaria (per morte, infermità o irreperibilità), la norma di cui al comma 3 dell’art. 195 cod. proc. pen. consente l’utilizzazione delle dichiarazioni rese dal testimone “de relato”. Ne consegue che, in ogni ipotesi ove la concreta impossibilità dell’esame dipenda da circostanze diverse, e sempre che vi sia stata richiesta di parte per l’audizione del soggetto di riferimento, la testimonianza indiretta deve considerarsi inutilizzabile. *Contra* Cass., Sez. I, 13 marzo 1997, Mandalà, in *Mass. Cass. pen.*, 1998, 1, p. 299, che, viceversa, ritiene che la testimonianza cosiddetta *de relato* è sempre utilizzabile allorquando sia impossibile l’esame del soggetto nel quale si identifica l’originaria fonte della notizia sui fatti. Pur individuando l’art. 195 comma terzo c.p.p. solo tre casi di impossibilità (per morte, infermità o irreperibilità), deve escludersi che tale elenco sia tassativo e che non possano essere individuati, nella pratica, altri casi di impossibilità oggettive, analoghi a quelli elencati dal legislatore.

<sup>37</sup> Sul punto si registra una interessante precisazione della Corte costituzionale, ord. 19 gennaio 1995 n. 20, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), secondo la quale rientra in tale ipotesi una eventuale amnesia del teste sui fatti di causa.

Talvolta, peraltro, le peculiarità dei casi concreti hanno suggerito, nella riconduzione della vicenda concreta alla nozione più generale dell'impossibilità di ripetizione, di allargare arbitrariamente il parametro dell'infermità non solo alle ipotesi in cui le vittime del reato abbiano rimosso l'episodio delittuoso<sup>38</sup>, ma anche a quelle in cui (= per il solo fatto che) il dichiarante sia un minore in tenerissima età<sup>39</sup>.

Inutile dire che tali interpretazioni, oltre che fuorvianti e pericolose se viste nell'ottica dei diritti difensivi dell'imputato, appaiono poco corrette dal punto di vista giuridico andando ben oltre il tenore della norma, anche laddove essa venga considerata nella sua massima estensione.

Peraltro, il manifestato allungamento del concetto di infermità, quale categoria dell'irripetibilità, non è rimasto isolato, avendo avuto sorte analoga il concetto dell'irreperibilità. Infatti, appare prevalente in giurisprudenza quell'orientamento secondo cui è «utilizzabile la deposizione del testimone, che riferisca fatti appresi da altre persone, quando le stesse non possano essere ascoltate per irreperibilità. In tale ultima nozione rientra il caso della impossibilità sia di rintracciare il soggetto che di individuarlo e di identificarlo»<sup>40</sup>.

Epperò l'operazione giurisprudenziale di allargamento delle ipotesi di irripetibilità non convince. Anche nel caso dell'irreperibilità nutriamo forti dubbi sulla ritenuta identità tra la non reperibilità del testimone e la sua mancata originaria identificazione. Insomma, non convince la possibilità di equivalenza tra situazioni diverse, tra circostanze che sono l'una il presupposto dell'altra. Ed invero, la irreperibilità può essere dichiarata solo nei confronti di un soggetto noto<sup>41</sup> e citato nelle forme di

<sup>38</sup> È il caso, ad esempio, del minore vittima di violenza sessuale v. Cass., Sez. III, 12 febbraio 2004, Cerciello Parisi, in *CED Cass.*, n. 228618.

<sup>39</sup> Con la precisazione, però, che in tale ipotesi la testimonianza indiretta sia da considerare alla stregua di un indizio v. Cass., Sez. V, 6 aprile 1999, Mandalà, in *CED Cass.*, n. 214871.

<sup>40</sup> Tra le prime, Cass., Sez. II, 25 gennaio 1993, Mei, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 81; e Cass., Sez. I, 15 maggio 1996, Borello, in *Riv. pen.*, 1997, p. 107. *Contra*, Cass., Sez. V, 26 giugno 2001, Busatta, in *Giust. pen.*, 2003, III, c. 7, secondo la quale «la testimonianza indiretta è utilizzabile (art. 195, comma 7, cod. proc. pen.) solo in caso di irreperibilità del testimone primario, non anche nel caso in cui ne risulti impossibile l'identificazione, atteso che la legge – prescindendo dalla volontà del dichiarante – pone a carico della parte che abbia interesse all'utilizzazione della testimonianza indiretta o, in mancanza, del giudice, ai sensi dell'art. 507 cod. proc. pen., l'obbligo di compiere ogni accertamento utile all'identificazione del testimone diretto, in vista del diritto delle parti di chiederne l'escussione».

<sup>41</sup> *Identificato* o quantomeno *individuato* nei termini di cui al par. 2 del presente lavoro.

legge (art. 167 c.p.p.)<sup>42</sup>. Altrimenti si incorrerebbe in una ipotesi certamente riconducibile, quantomeno in termini di impossibile spiegamento dei diritti difensivi, a quella di una testimonianza su una *voce corrente nel pubblico*<sup>43</sup>. Tra l'altro, se si aderisse all'interpretazione giurisprudenziale, che consente di rinvenire una irripetibilità per irreperibilità nelle ipotesi di mancata individuazione del teste diretto, si vanificherebbe sostanzialmente il portato del comma 7 dell'art. 195 c.p.p.; norma, questa, che dichiara espressamente l'inutilizzabilità della testimonianza di chi non è in grado di indicare la persona o la fonte da cui ha appreso la notizia dei fatti oggetto dell'esame.

#### **4. La valutazione della deposizione indiretta nelle ipotesi di contrasto con la testimonianza diretta e nelle ipotesi di impossibilità di questa**

Problematica appare, innanzitutto, la rilevanza da attribuire a quanto narrato dal teste *de relato* nelle ipotesi di impossibilità di "riscontro" di esso attraverso la *viva voce* del testimone che ha percepito direttamente la vicenda. Invero, nel codice di rito non si rinvencono indicazioni circa il valore probatorio da attribuire alla testimonianza indiretta; circostanza, questa, che lascerebbe presumere che laddove siano osservate le prescrizioni dell'art. 195 c.p.p., ai fini della ammissibilità ed utilizzabilità di essa, la testimonianza *de auditu* debba avere la forza persuasiva ad essa attribuita dal libero convincimento del giudice.

In realtà, la necessaria prudenza nella valutazione di tali dichiarazioni – che, a causa della morte o della irreperibilità ovvero, ancora, della infermità del teste diretto, restano le uniche acquisite al fascicolo del dibattimento – è imposta proprio dalla definitiva irrealizzabilità del fisiologico controllo, o comunque della sua possibile azionabilità, previsto dall'art. 195 commi 1 e 2 c.p.p.

Ci sembra, pertanto, senza dubbio da sostenere quella posizione dottrina<sup>44</sup> che, fornendo una lettura unitaria in termini sia di utilizzabi-

<sup>42</sup> Principio, questo, paradossalmente confermato dalla stessa giurisprudenza di legittimità v. Cass., Sez. II, 14 dicembre 2006, Nicodemo, in *Giust. pen.*, 2007, III, c. 476, con nota di IACOBBACCI, *Un ragionevole dubbio sulle dichiarazioni rese da persona residente all'estero*.

<sup>43</sup> Da ripudiare nei termini chiariti nel par. 1 del presente lavoro.

<sup>44</sup> CORDERO, *Procedura penale*, terza ed., Milano, 1995, p. 617; TONINI, *La prova penale*, cit., p. 104.

lità che di valutazione, ritiene, nei casi di impossibilità a rendere l'esame previsti dal comma 3 dell'art. 195 c.p.p., l'utilizzabilità della testimonianza indiretta a condizione che sia successivamente valutata con speciale cura; in particolare, si ritiene necessario riscontrare il dichiarato *de relato* con altri elementi di prova.

Così dev'essere, quantomeno, sulla base della presa d'atto della delicatezza della questione, ancor più problematica nelle ipotesi di non sopravvenienza delle cause impeditive (o comunque nei casi di loro prevedibilità *ex ante*)<sup>45</sup>.

Non mancano, anzi, posizioni più radicali; ad avviso di taluno, infatti, l'eccezione del comma 3 dell'art. 195 c.p.p. rappresenta una «contraddizione sostanziale» dal momento che «la utilizzazione in questione è stabilita proprio per le ipotesi in cui non dovrebbe esistere, stante la irraggiungibilità del riscontro»<sup>46</sup>.

D'altra parte la più attenta giurisprudenza già da tempo sostiene che «la testimonianza indiretta che, pur utilizzabile, non sia stata verificata attraverso l'esame del soggetto confidente per le ragioni ostative indicate nel terzo comma dell'art. 195 cod. proc. pen., non è idonea a costituire prova ma solo indizio che, a norma dell'art. 192, secondo comma, dello stesso codice, può concorrere con altri elementi a fornire la prova della colpevolezza»<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Sul punto, – tranne una isolata giurisprudenza di merito (Trib. Sanremo, 12 luglio 1990, Giametta, in *Dif. pen.*, 1990, f. 28, p. 92; CARINI, *Le condizioni di utilizzabilità della testimonianza "de relato"*, in *Giur. it.*, 1999, p. 2132 e ss.) che propende per l'esclusione dell'operatività del disposto del comma 3 dell'art. 195 c.p.p. nelle ipotesi di prevedibilità *ex ante* della causa sopravvenuta – invero, si ritiene la testimonianza *de relato* ammissibile ed utilizzabile indipendentemente dalla preesistenza o prevedibilità delle ipotesi di impossibilità, v. GIULIANI, *Utilizzabilità e valutazione delle dichiarazioni de relato tra principio di oralità e libero convincimento del giudice*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1995, p. 289 e ss.; BALSAMO-LO PIPARO, *La prova "per sentito dire". La testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano, 2004, p. 379. In giurisprudenza v. Cass., Sez. III, 25 settembre 2000, Galliera, in *Cass. pen.*, 2002, p. 614.

<sup>46</sup> TAORMINA, *op. cit.*, p. 495, che continua sostenendo che «per il tramite della medesima utilizzazione, assurge a valore di prova una circostanza di fatto che ha addirittura del fantomatico, laddove si rifletta che il teste che l'ha riferita non l'ha potuta conoscere, dichiarando ciò espressamente, ed il teste di riferimento, cioè colui sotto la cui percezione sensoriale la circostanza medesima sarebbe caduta, non può essere esaminato. Di fronte a simili, gravissime assurdità, è il caso di rendersi conto delle possibili causali di scelta legislativa che possono legittimamente apparire dissennate».

<sup>47</sup> Cass., Sez. V, 3 maggio 1996, Nocchiero, *cit.*; analogamente cfr. Cass., Sez. I, 7 febbraio 1991, Bruno ed altri, in *Giust. pen.*, 1992, III, c. 345, secondo cui se, da un lato, è vero

Tuttavia, l'orientamento appena riferito appare in contrasto con quella giurisprudenza secondo cui la testimonianza *de relato*, nei limiti di utilizzabilità stabiliti dall'art. 195, commi terzo e settimo, cod. proc. pen., assume valenza, sul piano probatorio e storico, di rappresentazione diretta del fatto e non di semplice indizio, fermo restando l'onere del giudice di motivare adeguatamente in ordine alle ragioni che lo inducono a ritenere rilevanti e veridiche le affermazioni del testimone<sup>48</sup>.

Orientamento quest'ultimo che, a tacer d'altro, non ci sentiamo di condividere nella misura in cui disattende il grado di probabilità che spetta a ciò che viene ritenuto "prova". Si vuol dire, insomma, che, ai fini dell'attribuzione della veste di prova, è necessario che il mezzo istruttorio provi un fatto quantomeno in termini di *probabilità*, e poiché, viceversa, una testimonianza indiretta non più verificabile può al più dimostrare una *possibilità* del fatto stesso, ci sembra necessario che la stessa sia corroborata da ulteriori circostanze che unendosi ad essa consentano il transito dell'attitudine probatoria dalla *possibilità* alla *probabilità* del fatto.

Quanto si dice ha, peraltro, un rilievo fondamentale in tutte le ipotesi in cui la testimonianza indiretta utilizzabile ai sensi del comma 3 dell'art. 195 c.p.p. sia l'unica prova assunta in giudizio e presente al fascicolo del dibattimento. In tale caso, secondo noi, essa non avrà (= non dovrà avere) quella idoneità probatoria necessaria e sufficiente per la condanna.

Problemi di valutazione analoghi sorgono nel caso in cui il testimone diretto venga sentito in dibattimento ma non confermi quanto narrato dal teste *de auditu*. Situazione, questa, che presuppone lo scioglimento del

che la testimonianza *de relato* è utilizzabile allorché il soggetto nel quale si identifica l'originaria fonte della notizia sui fatti non possa essere sottoposto ad esame per morte, infermità o irreperibilità; dall'altro lato, quanto da esso riferito in tal caso può essere utilizzato quale dato storico-processuale nei limiti di un indizio da verificare e non di una testimonianza.

<sup>48</sup> Cass., Sez. II, 17 gennaio 1997, Accardo, in *CED Cass.*, n. 207843. Ancor più esplicita è sul punto Cass., Sez. I, 28 aprile 1995, Vollaro, in *CED Cass.*, n. 201536, ad avviso della quale ai fini della valutazione della testimonianza indiretta, non deve tenersi conto della regola probatoria di cui all'art. 192 cod. proc. pen. comma secondo, relativa agli indizi, tenuto conto che l'indizio attiene alla dimostrazione di un fatto diverso da quello da provare dal quale si risale a quello oggetto di prova, laddove la testimonianza indiretta attiene sempre e soltanto al *thema probandum*, sul piano normativo, inoltre, il legislatore, nel disciplinare la testimonianza indiretta non ha operato alcun riferimento alla prova indiziaria dettando, invece, regola di giudizio del tutto diversa ed autonoma, nel prescrivere soltanto, e ad impulso di parte, l'obbligo di escussione giudiziale della fonte diretta.

più generale dubbio riguardante la valutazione della testimonianza indiretta, in generale, e l'eventuale prevalenza della dichiarazione del teste diretto su quella del teste *de relato*, in particolare.

Se vi è unanimità di vedute, a partire dalle pronunce generate dal previgente codice di rito<sup>49</sup>, circa il necessario più attento vaglio della testimonianza indiretta rispetto a quanto avviene per quella diretta<sup>50</sup>, assoluta discordia vi è riguardo alla profondità di quel controllo valutativo ed in particolare sulla sufficienza della sola testimonianza indiretta, laddove sia in contrasto insanabile con la diretta, ad essere fonte di una decisione di condanna.

In generale, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza si è ritenuta la piena utilizzabilità della deposizione indiretta senza necessità alcuna di apporti confirmatori, i quali "ben vengano" laddove siano presenti ma che non sono da considerare necessari in caso di assenza; e ciò sul rilievo che nessuna previsione normativa li impone<sup>51</sup>. Si è ritenuto, infatti, che la regola di valutazione prevista dall'art. 192 commi 3 e 4 c.p.p. vada applicata solo ed esclusivamente nel caso della chiamata in correttezza *de relato*, quando cioè la dichiarazione indiretta veicoli una chiamata in correttezza in senso tecnico<sup>52</sup>, ossia laddove la dichiarazione accusatoria provenga dal coimputato del medesimo reato o da persona imputata in un procedimento connesso a norma dell'articolo 12 c.p.p., oppure laddove si tratti di dichiarazioni rese da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall'articolo 371, comma 2, lettera b) c.p.p. Per tali dichiarazioni è necessario un rigoroso controllo del contenuto narrativo e della efficacia dimostrativa attraverso riscontri esterni obiettivi convergenti e individualizzanti in relazione alla persona incolpata e al fatto che forma oggetto dell'accusa<sup>53</sup>.

<sup>49</sup> Si vedano in proposito Cass., Sez. Un., 21 ottobre 1992, Marino, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1939; Cass., Sez. II, 19 aprile 1990, Fontanarosa, in *Riv. pen.*, 1991, p. 496; Cass., Sez. II, 11 marzo 1986, Bavetta, in *CED Cass.*, n. 172051.

<sup>50</sup> Cass., Sez. I, 7 aprile 1992, Barbieri, in *CED Cass.*, n. 190770; Cass., Sez. I, 1 ottobre 1990, Di Biasi, in *CED Cass.*, n. 186082.

<sup>51</sup> V. GIULIANI, *op cit.*, p. 296.

<sup>52</sup> Ma, in realtà, a nostro avviso ciò avviene perché in tale caso vi è un'ultrattività dell'art. 192 c.p.p., è infatti nel rispetto della *ratio legis* di quest'ultima disposizione che anche le testimonianze indirette dello stesso genere vanno valutate secondo la medesima regola.

<sup>53</sup> Cfr., da ultimo, la nota Cass., Sez. Un., 30 ottobre 2003, Andreotti, in *Cass. pen.*, 2004, p. 811.

Un orientamento più rigoroso sostiene, invece, che alla testimonianza indiretta sarebbero sempre applicabili le regole e i principi stabiliti in tema di chiamata in correità dall'art. 192 comma 3 c.p.p.; ciò sarebbe dovuto alla ritenuta identità di *ratio* (in questo caso il consentire un controllo su quanto riferito dal teste *de relato*) che imporrebbe al giudice, ogni volta, di verificare le dichiarazioni indirette attraverso il riscontro con altri elementi di prova<sup>54</sup>. Operazione valutativa, questa, riguardante le deposizioni di qualsiasi teste indiretto, a prescindere cioè dall'essere il teste un coimputato in senso lato del soggetto *sub iudice*; metodo da seguire con maggior rigore nelle ipotesi in cui la testimonianza sia resa da soggetto che, ancorché non compreso tra quelli indicati dall'art. 192 comma 3 c.p.p., sia comunque imputato in altro processo e collabori con la giustizia<sup>55</sup>.

Quanto al particolare problema del contrasto tra quanto dichiarato dal teste indiretto e quanto dichiarato dal testimone diretto si registra la diffusa tendenza a ritenere che sia tutto rimesso al libero convincimento del giudice; il quale, in caso di non conciliabilità delle due dichiarazioni<sup>56</sup>, potrà, in esito ad una propria libera valutazione comparativa, anche attribuire maggior credibilità alle dichiarazioni *de relato*.

Tale orientamento prende le mosse dalla posizione manifestata sul punto dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui qualora il teste di riferimento, chiamato a deporre su richiesta di parte o d'ufficio, escluda la veridicità di quanto riferito dal teste *de relato*, il giudice può valutare le due deposizioni e ritenere eventualmente più attendibile la deposizione *de relato* rispetto a quella della persona a cui è stato fatto riferimento. E ciò per almeno due motivi: il primo è ravvisabile nel generale principio del libero convincimento sancito dal comma 1 dell'art. 192 c.p.p.; il secondo deriva dall'assenza legislativa di alcuna gerarchia tra i mezzi di prova tale da privilegiare imprescindibilmente la testimonianza della fonte diretta<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> Cass., Sez. VI, 5 marzo 2004, Pulcini, cit.; in dottrina v. TONINI, *op. cit.*, p. 106.

<sup>55</sup> Cass., Sez. I, 28 febbraio 1997, Bagarella, in *CED Cass.*, n. 207587; Cass., Sez. I, 20 maggio 1992, Aversa, *Giur. it.*, 1993, II, p. 597.

<sup>56</sup> Ovverosia laddove, ad esempio, il testimone diretto neghi di aver mai detto talune cose al teste *de relato* o neghi, addirittura, di aver mai parlato con lui.

<sup>57</sup> Tra le tante, Cass., Sez. VI, 5 marzo 2004, Pulcini, cit.; Cass., Sez. V, 12 novembre 2003, p.m. in c. Arena, in *Giust. pen.*, 2005, III, c. 60; Cass., Sez. I, 1 ottobre 1996, De Tommasi, in *Guida dir.*, 1997, f. 8, p. 88. Insomma è un coro unanime in giurisprudenza quello che ritiene che in tema di valutazione della prova – con specifico riferimento alla testi-

Tale posizione è stata seguita in maniera pressoché acritica dalla grandissima parte della dottrina<sup>58</sup>. Tuttavia, anche chi si attesta su tale posizione lascia trasparire qualche dubbio. Più specificamente taluno precisa che le dichiarazioni del teste indiretto, seppure nella uguale dignità in fase di valutazione rispetto alle dichiarazioni del teste diretto, non possono però che avere in generale un valore meramente indiziario<sup>59</sup>. Altri evidenziano, comunque, una maggiore facilità nel valutare la credibilità del testimone diretto, il quale, avendo avuto conoscenza personale del fatto da provare, potrà essere più facilmente sottoposto a un'attenta verifica attraverso lo strumento della *cross examination*<sup>60</sup>.

A nostro avviso appare maggiormente condivisibile l'indirizzo interpretativo secondo il quale, in caso di contrasto tra testimonianza diretta e testimonianza indiretta, il giudice non debba procedere ad una valutazione comparativa tra le due dichiarazioni, come nel caso di contrasto tra testimonianze, ma debba valutare soltanto la prima non essendo la testimonianza *de relato* altro che un mero elemento indiziario privo di credibile riscontro e dunque inidoneo a fondare un giudizio di colpevolezza<sup>61</sup>.

monianza *de relato* – il legislatore, con la disposizione di cui all'art. 195 del nuovo codice di procedura penale, si è limitato ad imporre l'acquisizione diretta della fonte originaria di conoscenza al fine di verificare l'assunto riferito dal testimone *de relato*, ma non per questo ha posto una sorta di gerarchia, privilegiando imprescindibilmente la prima, cosicché soccorre al riguardo il principio generale del libero convincimento del giudice che non può considerarsi vincolato alla fonte primaria medesima; così Cass., Sez. I, 13 ottobre 1995, Grimaldi ed altri, in *CED Cass.*, n. 202849. Nello stesso identico senso è la posizione della giurisprudenza di merito, a partire da Trib. Lecce, 30 gennaio 1991, Giunca, in *Foro it.*, 1992, II, c. 55.

<sup>58</sup> Sul punto, tra gli altri, v. RAMAJOLI, *La prova nel processo penale*, Padova, 1995, p. 76; TONINI, *op. cit.*, p. 105; GIULIANI, *op. cit.*, p. 297; PALLADINO, *Brevi appunti sulla testimonianza indiretta*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3654.

<sup>59</sup> LOZZI, *Lezioni di procedura penale*, settima ed., Torino, 2007, p. 235.

<sup>60</sup> TONINI, *op. cit.*, p. 105; ID., *Manuale di procedura penale*, settima ed., Milano, 2006, p. 249.

<sup>61</sup> In tal senso una unica pronuncia di legittimità, v. Cass., Sez. I, 4 giugno 1996, Scarriglia, in *Giust. pen.*, 1998, III, c. 62, secondo la quale, infatti, il giudice, una volta acquisita la deposizione della persona alla quale ha fatto richiamo il testimone *de relato*, qualora la stessa abbia escluso quanto riferito da quest'ultimo, non può più, ai sensi dell'art. 195 cod. proc. pen. effettuare una valutazione comparativa tra le due deposizioni, come di norma avviene in presenza di testimonianze tra loro in contrasto, dando attendibilità a quella *de relato* e non a quella della persona cui è stato fatto riferimento ma deve procedere a valutazione probatoria, secondo i canoni generali, solo di quest'ultima deposizione, rimanendo l'altra, indiretta, un mero elemento indiziario privo di credibile riscontro. Per una chiara sintesi sulla questione si rinvia a GAITO, *Aspetti problematici in tema di prove*, in *Procedura penale e garanzie europee*, a cura di Gaito, Torino, 2006, p. 95.

La soluzione è accolta da quella dottrina secondo cui l'art. 195 c.p.p. prevede un insuperabile divieto di utilizzabilità della testimonianza indiretta nelle ipotesi in cui non venga assunta la deposizione del teste di secondo grado<sup>62</sup>; analogamente, si sostiene, che in caso di contrasto tra le due deposizioni, le dichiarazioni *de relato* possono avere quale unica funzione quella di screditare la deposizione del teste di riferimento, mentre non potrebbero mai avere la forza di porsi a fondamento di una pronuncia di merito. Pertanto, una posizione sicuramente ragionevole è quella che, pur prendendo atto che nulla è ricavabile dal disposto normativo di cui all'art. 195 c.p.p., attribuisce una efficacia meramente critica alla testimonianza indiretta rispetto alla difforme dichiarazione dibattimentale del soggetto di riferimento<sup>63</sup>.

Non manca, invero, chi è ancor più deciso nel circoscrivere al massimo la dimensione della deposizione del teste indiretto; si è sostenuto, in particolare, che la portata innovativa della disciplina dell'art. 195 c.p.p. consista proprio nella ridottissima attitudine probatoria della deposizione *de relato*, la quale ha, nel codice del 1988, la sola funzione di indicare la fonte diretta di conoscenza, che è l'unica ad avere la necessaria attitudine dimostrativa del fatto<sup>64</sup>.

A nostro avviso è la logica stessa della disciplina codificata della testimonianza indiretta a dirigersi verso una non prevalenza del narrato *de relato*.

Se, infatti, il legislatore ha sentito l'esigenza di consentire, alle parti ovvero al giudice, un controllo diretto sul narrato del teste indiretto, ciò è stato sicuramente per la naturale diffidenza che può esserci verso chi racconta ciò che non ha visto. Diffidenza che non può che aumentare nelle ipotesi di non riscontro, per contrasto con la fonte diretta, di quel narrato.

La nostra posizione potrà meglio comprendersi se solo si pensa alle

<sup>62</sup> Per questo orientamento dottrinario cfr. CORDERO, *Procedura penale*, settima ed., Milano, 2003, p. 679; STURLA, *op. cit.*, p. 411.

<sup>63</sup> Per una più completa disamina si rimanda a FERRUA, *Anamorfosi del processo accusatorio*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, Torino 1992, pp. 98 e ss.

<sup>64</sup> Così sembrerebbe leggendo CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 433. Nello stesso senso TAORMINA, *op. cit.*, p. 494, secondo il quale l'unico modo per rendere utilizzabile la testimonianza indiretta è quello dovuto alla successiva assunzione della testimonianza della persona dalla quale proviene la notizia, così da potersi affermare che, a rigori, non esiste utilizzabilità di testimonianza *de relato* in quanto tale.

ipotesi in cui<sup>65</sup> il narrato di un teste indiretto<sup>66</sup>, sconfessato dal teste diretto<sup>67</sup>, venga posto alla base di una pronuncia di condanna<sup>68</sup>. Come si può in tali casi attribuire un così assoluto potere al giudicante, al punto da consentirgli di scegliere, avendole poste sullo stesso identico piano, una delle due verità processuali?

Secondo noi le possibili soluzioni sono due.

La prima consiste nello sposare la prevalenza della deposizione diretta, e ciò sul presupposto che essa ha un più stretto legame col fatto storico da provare. Tale posizione andrebbe *de iure condendo* completata con una previsione dalla *ratio* analoga a quella prevista dall'art. 500 comma 4 c.p.p.; e ciò, al fine di porre rimedio alle ipotesi in cui il teste diretto cambi versione dei fatti, rispetto a quella raccontata al teste diretto, per motivi "indotti" dall'esterno. In sostanza, sarebbe opportuno creare un meccanismo di eccezionale prevalenza del narrato del teste indiretto laddove sia provata la diversità del dichiarato del teste diretto per motivi "natura illecita".

Questa previsione farebbe da deroga eccezionale alla ipotesi fisiologica di prevalenza del narrato del teste diretto.

Una seconda soluzione sarebbe, secondo noi, quella che risolve il contrasto seguendo il principio del *favor rei*. Ciò, a nostro avviso, trova riscontro nella direzione seguita, ancor di recente, dal nostro codice, e proseguita dalla recentissima opera di riforma<sup>69</sup>.

In particolare, secondo noi, se è certo che in caso di dichiarazioni contrastanti nasce un dubbio sulla reale versione dei fatti, e se è altret-

<sup>65</sup> È questo spesso il caso dei delitti sessuali.

<sup>66</sup> Spesso del genitore delle piccole vittime.

<sup>67</sup> Si pensi alle ipotesi in cui il minore neghi di aver mai subito violenze, e magari dia pure una spiegazione del perché del diverso narrato ai genitori.

<sup>68</sup> È il caso di Cass., Sez. III, 30 novembre 2007, Vitiello, cit.

<sup>69</sup> Si veda in tal senso pagina 46 della *Relazione alla Bozza di Delega Legislativa al Governo della Repubblica per l'emanazione del nuovo Codice di procedura penale*, nella versione definitiva licenziata il 21 febbraio 2008 dalla Commissione presieduta dal Prof. Riccio, in *www.giustizia.it*, secondo la quale la direttiva 34.2 ammette in linea di principio la testimonianza indiretta, tuttavia, trattandosi di una prova che viene acquisita in deroga al principio di oralità/immediatezza, si prevede la necessità di una verifica, che normalmente avrà luogo mediante l'audizione del teste di riferimento, e un'utilizzabilità limitata, che non consenta di sostituire il testimone indiretto a quello [in]diretto se non nei casi in cui non sia possibile procedere altrimenti, e sempre che non si tratti di notizie di cui è ignota la fonte.

tanto vero (artt. 530 comma 2 e 533 c.p.p.) che in caso di dubbio va pronunciata una sentenza di assoluzione, nessuna incertezza potrà esserci nell'escludere – laddove non si volesse ritenere che il contrasto generando dubbi debba esser sempre foriero di una sentenza di assoluzione – che, quantomeno, il dichiarato di chi non ha assistito ai fatti di cui parla, ed in contrasto con quello di colui che invece ha assistito ai fatti, possa esser posto a base di una pronuncia di condanna.



LUIGI IANZANO

## Quali valori giuridici fondano l'Unione europea?

È diffusa convinzione che l'integrazione politico-sociale dei Paesi europei non possa prescindere da un sentire comune, da un'etica pubblica. Di qui l'interesse a individuare *valori* condivisi cui ispirare la condotta dei cittadini europei.

In effetti, la valutazione del *buono* e del *giusto* s'intesse da sempre con la storicità dei *valori*: normatività e valore andrebbero di pari passo, necessiterebbero di sintonia e complementarità. E allora per identificare un'etica collettiva europea va indagato l'assetto politico, scrutato il diritto, così da cogliere le modalità con cui l'ordinamento comunitario nutre quel tipico stato sociale che le democrazie occidentali considerano *ideale*, improntato a principi e obiettivi elevati come la libertà e l'uguaglianza effettive<sup>1</sup>.

Il contrattualismo di John Rawls è un punto di osservazione interessante per valutare le pretese di un ordinamento come quello comunitario, la cui nascita richiama l'idea di una "posizione originaria" nella quale le parti contraenti cercano un accordo su principi unanimemente accettabili, a partire da quello di giustizia; procedimento che Rawls chiama *costruttivismo kantiano* («l'oggettività morale deve essere compresa nei termini di un punto di vista sociale che tutti possono accettare»<sup>2</sup>). Fonte di unità sociale è allora la condivisione di una concezione della giustizia: essa alimenta i legami di amicizia civica e i vincoli di associazione, a maggior ragione in una società diversificata e pluralistica come quella europea, definita da Edgar Morin «*unitas multiplex*»<sup>3</sup>, per la quale può essere rievocata la formula leibnitziana *varietas identitate compensata*: una diversità che si ricompensa e compendia nell'identità.

<sup>1</sup> Cfr. M. MANGINI, *Lineamenti di un'etica per l'Europa. Un'indagine sociologico-giuridica nella "costituzione europea"*, in A. CANTARO (a cura di), *Europa. Politiche, diritti, costituzione*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 164.

<sup>2</sup> J. RAWLS, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, in "The Journal of Philosophy", 77, 1980, p. 519.

<sup>3</sup> E. MORIN, *Pensare l'Europa*, Gallimard, Parigi, 1987, p. 199.

La teoria repubblicana, che si richiama alle opere di Cicerone e Niccolò Machiavelli e più recentemente agli antifederalisti americani, esalta il valore della virtù civica, quale volontà dei cittadini di subordinare gli interessi privati al bene comune, secondo leggi che tutti devono osservare. Il cittadino *repubblicano* prova, a differenza di quello *contrattualista*, forte solidarietà nei confronti dei concittadini e considera il proprio bene parte integrante del bene della comunità<sup>4</sup>.

In letteratura si evidenzia, peraltro, che, pur necessitando gli Stati multinazionali di valori politici condivisi, questi non sarebbero da soli sufficienti a preservarne l'unità. Esiste, ad esempio, forte comunanza di valori politici tra norvegesi e svedesi, ma non per questo essi propendono per un'unica entità politica; che in Canada anglofoni e francofoni abbiano gli stessi principi non costituisce per i *québécois* un motivo per rimanere insieme: essi ritengono (come i fiamminghi in Belgio) che un loro Stato nazionale indipendente sarebbe in grado di rispettarli ugualmente e, forse, meglio. In realtà, alla convergenza di valori politici deve affiancarsi una comune *identità*, e questa non può scaturire da quella: ciò che unisce gli americani, malgrado una certa carenza di valori comuni, sarebbe la condivisione di un'identità; di converso, ciò che separa svedesi e norvegesi, malgrado la presenza di valori comuni, sarebbe proprio la mancanza di un'identità condivisa<sup>5</sup>.

Altri autori ritengono che un'identità collettiva plurale possa esser definita proprio e solo da comuni valori: quando più culture condividono un insieme significativo di valori *centrali* se ne ha come risultato una civiltà. È il caso della civiltà cui si richiamano i popoli europei che, nell'aspirazione all'unità, mentre non smarriscono la coscienza del proprio essere diversi, si riconoscono in un'identità più alta e inglobante, stabilita su valori condivisi, appunto, come la concezione romana del diritto, il senso cristiano della dignità umana, l'approccio illuminista, l'idea di progresso; valori che persisterebbero al mutare di pensieri e linguaggi<sup>6</sup>. Per ben convivere e sen-

<sup>4</sup> Cfr. M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 98.

<sup>5</sup> Cfr. W. KYMLICKA, *La cittadinanza multicultural*, Il Mulino, Bologna, 1999, pp. 324-325.

<sup>6</sup> Cfr. U. BERNARDI, *La nuova insalatiera etnica. Società multiculturali e relazioni interetniche nell'era della globalizzazione*, Franco Angeli, Milano, 2000, p. 67. «Nell'identità collettiva europea – scrive l'autore – si salda il legame fra valori centrali e sistemi sociali diversi, convivono razionalità e misticismo cristiano, pulsione innovativa e aspirazione alla persistenza» (*ibidem*).

tirsi legittima parte di un tutto condiviso, ognuno dovrà «eliminare dalle differenze del proprio sistema di valori ciò che non rende possibile le differenze degli altri sistemi di valori che accettino questa stessa regola»<sup>7</sup>. Questa *compatibilità delle prospettive* costituirebbe un valido criterio «non moralistico ma logico della coesistenza, eticamente e giuridicamente fondata, degli individui, dei gruppi e delle classi all'interno degli Stati, e degli Stati all'interno delle grandi diversità razziali, religiose, filosofiche e ideologiche»<sup>8</sup>.

C'è, ancora, chi è convinto che non sarebbero i valori a dare unità ad un corpo sociale, ma il comune rispetto di regole procedurali: la legalità, insomma, verrebbe a coincidere con la legittimità, che prescinderebbe da ipotetiche norme *superiori*. Per Max Weber, come è noto, le moderne società complesse trovano fondamento nella legalità formale, nell'anonimato di un sistema procedurale di norme<sup>9</sup>. Attraverso questa autogiustificazione, la società contemporanea converte lo stato di diritto in «società civile di diritto»<sup>10</sup>, una società in cui vige il principio rortyano della «priorità della democrazia sulla filosofia»<sup>11</sup>.

Carl Schmitt, se da una parte si mostra prudente, indicando gli esiti nefasti di una pur possibile *tirannia* dei valori (per quanto alti e <santi>, essi valgono sempre per qualcuno, non potendo valere in generale se non in quanto posti / imposti), dall'altra riconosce il dilemma di dover in qualche modo distinguere la legalità dalla legittimità, e trovare una possibilità di coesistenza, così da tener ferme determinate norme fondanti, che necessiterebbero di una particolare protezione dal potere delle maggioranze<sup>12</sup>. In altri termini, se fonte di legittimazione sono le procedure a maggioranza, come giustificare l'esistenza di questi valori, di queste norme *superiori* che, pur non positivizzate, appaiono essenziali per il vivere ordinato nella comunità<sup>13</sup>. È lo sforzo di «superare la mera legalità del positivismo giuridico, e guadagnare il ter-

<sup>7</sup> P. PRINI, *Torre di Babele e universalità del diritto*, in F. D'AGOSTINO (a cura di), *Pluralità delle culture e universalità dei diritti*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 17.

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

<sup>9</sup> Cfr. M. WEBER, *Economia e società*, Edizioni di Comunità, Milano, 1968, vol. I.

<sup>10</sup> F. D'AGOSTINO, *Il principio della legalità*, in "Per la filosofia", X, 1993, n. 27.

<sup>11</sup> Cfr. R. RORTY, *La priorità della democrazia sulla filosofia*, in G. VATTIMO (a cura di), *Filosofia '86*, Laterza, Roma-Bari, 1987, p. 44.

<sup>12</sup> Cfr. C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, in "Rassegna di diritto pubblico", I, 1970, p. 8.

<sup>13</sup> Cfr. A. PASSERIN D'ENTREVES, *Obbedienza e resistenza in una società democratica*, Edizioni di Comunità, Milano, 1970, p. 52.

reno di una legittimità riconosciuta»<sup>14</sup>.

L'esigenza di una giustificazione più alta, «extra-giuridica»<sup>15</sup>, fa nascere il bisogno di una speculazione filosofica che dia ragione del *perché* occorra obbedire alla legge: la questione si articolerebbe non in una riduzione della nozione di legittimità in quella di legalità, ma in un rapporto dialettico tra i due termini. Sembra che, quando la legalità perde il riferimento a una *fonte legittimante*, vengano meno le motivazioni dell'obbedienza alla legge<sup>16</sup>: la giustificazione del *perché* si debba obbedire alla legge non può essere meramente giuridica, ma deve poter affondare le sue radici in un *contesto etico*, strutturale rispetto a quello giuridico<sup>17</sup> e vissuto intensamente dalla comunità; valori che trovano perciò all'interno dell'esperienza giuridica la loro *concretezza*<sup>18</sup>. Roberto Nania fa notare come nelle Costituzioni del Novecento, a partire da quella di *Weimar*, ogni singola disposizione sui diritti sia espressiva di un valore, tanto da potersi parlare di *Costituzioni di valori*<sup>19</sup>. Antonio Baldassarre ritiene lo stesso ordine costituzionale un valore<sup>20</sup>. Il contesto etico, insomma, non resta nel limbo della pura teoreticità ma si converte in diritto.

I progressi dell'integrazione generano, fra i giuristi dei vari Paesi europei, un indubbio interesse a ricercare e riconsiderare valori giuridici comuni alla civiltà occidentale, cioè alle grandi famiglie giuridiche del

<sup>14</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, cit., p. 8.

<sup>15</sup> G. P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale. Diritti della persona e democrazia pluralistica*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 47.

<sup>16</sup> Da questa prospettiva si focalizzerebbe la *crisi della legalità* propria di questi decenni, e si coglierebbe quell'avvertito bisogno di ordine ed eticità della stessa società democratica.

<sup>17</sup> La potestà sovrana – scrive Costantino Mortati – pur trovando nella Costituzione la sua fonte di legalità, «tende tuttavia a ricercare in fonti extragiuridiche espressioni di una ideologia politica, un titolo di giustificazione trascendente l'ordine positivo» (C. MORTATI, *Commento all'art. 1 della Costituzione italiana*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Giappichelli, Torino, 1986, p. 21).

<sup>18</sup> Cfr. G. P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale*, cit., p. 48. È possibile notare – commenta l'autore – come «la teoria dei valori, nonostante le continue e ripetute polemiche e i toni preoccupati, resta lo strumento più efficace per rispondere a quel *politeismo dei valori* (per riprendere un'efficace immagine di WEBER, in *La scienza come professione*) che popola un Olimpo senza gerarchie», in cui «la legalità si trova ad essere senza un principio informatore, e sottoposta alle incertezze di un permanente conflitto assiologico» (*ivi*, p. 42).

<sup>19</sup> Cfr. R. NANIA, *Il valore della Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1986, p. 62-66.

<sup>20</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 223.

*Civil Law* e del *Common Law*, tradizionalmente considerate contrapposte e «paghe del loro isolamento»<sup>21</sup>. Entrambe infatti vantano radici nel diritto romano, e ciò non è irrilevante.

Quando si fa riferimento ai valori giuridici, si volge istintivamente l'attenzione alle ragioni esistenziali stesse del diritto, alle sue funzioni. Peter Stein e John Shand, chiedendosi quale sia la funzione del diritto nelle società liberal-democratiche europee, osservano come in esse l'immaginazione popolare identifichi il diritto con varie figure: con la guardia che regola il traffico o seda una rissa per strada, con i membri del Parlamento che discutono le leggi, con il giudice che sanziona l'imputato per la sua condotta, con l'occhialuto legale che sbircia i volumi d'archivio. Tutte queste immagini, in certa misura, incarnano la *Legge*, ed esprimono nel loro insieme tre idee fondamentali: ordine, giustizia e libertà<sup>22</sup>, tre grandi valori *sentiti* dai cittadini europei, che esprimono l'esigenza di mantenere un ordinato vivere civile, con un atteggiamento di equità e non di discriminazione, senza limitare oltre misura le libertà.

Questi principi, connessi tra loro, sono il frutto prezioso di una secolare ricerca giuridica europea. L'ordine, ad esempio, è considerato il valore fondamentale in una linea di pensiero oggi genericamente nota come positivismo, secondo cui una norma è diritto per il fatto di essere "posita" dall'autorità sovrana. Già nella *Repubblica* di Platone, Trasimaco sostiene che i termini *giusto* e *legale* altro non sono che denominazioni assegnate dagli effettivi detentori del potere di uno Stato al tipo di condotta imposta ai sudditi<sup>23</sup>. Questa visione, che ancora oggi ha i suoi sostenitori, si scontra costantemente con quella giusnaturalistica, propria di chi sostiene che il diritto è tale solo se il suo contenuto è di un certo tipo, cioè conforme alla natura delle cose: poiché il diritto è fatto per l'uomo, deve tener conto sia della sua natura di essere razionale e sociale, sia dell'ordine delle cose entro cui egli si muove<sup>24</sup>. Si legge nel *De Legibus* di

<sup>21</sup> A. GIULIANI, *Presentazione* a P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, Giuffrè, Milano, 1981, p. V.

<sup>22</sup> Cfr. P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, cit., p. 7.

<sup>23</sup> È chiaro che chi identifica le leggi soprattutto con disposizioni legislative atte a tutelare l'ordinata convivenza, considera il diritto in un'ottica autoritativa, come la volontà di chi lo pone, come una serie di comandi sostenuti da una forza organizzata.

<sup>24</sup> *Ius*, secondo tale prospettiva, deriverebbe da *iustum* (ciò che è giusto) e non da *iussum* (ciò che è comandato).

Cicerone che le fonti formali delle norme giuridiche non costituiscono che uno degli aspetti della giustizia universale, che va ricercata nella natura dell'uomo<sup>25</sup>; la conformità della norma giuridica alla natura universale dell'uomo costituirebbe dunque il suo criterio di validità<sup>26</sup>.

Vi sono, nella realtà, valori che potremmo definire *extragiuridici*. Ne è chiaro esempio la clemenza: un creditore potrebbe rinunciare alla giusta pretesa sul debitore; quando la clemenza viene trasferita nella sfera del diritto, interferisce sugli effetti delle norme giuridiche (si pensi, ad esempio, alla *grazia*). L'amore stesso è valore essenzialmente extragiuridico; esso può incidere sugli effetti di una norma in modo incalcolabile, fuori da ogni logica giuridica (e nel caso della *caritas christiana*, fuori da ogni logica umana): mentre la norma fissa i doveri in limiti precisamente definiti<sup>27</sup>, l'amore esprime un raggio d'azione illimitato<sup>28</sup>. Per fortuna – verrebbe da dire – il diritto, che pure tenta di accogliere tutti i valori fondamentali che una data comunità esprime, non è l'unica dimensione sociale umana; altre dimensioni ampiamente lo superano, a volte persino travolgendolo (si pensi all'obiezione di coscienza). Il diritto servirebbe a contenere coercitivamente, e tuttavia in modo pur sempre limitato, quel germe di inclinazione al male che è proprio della natura umana. Insomma, «la tradizione occidentale ha finito per consi-

<sup>25</sup> La ragione naturale, fissata e sviluppata nella mente umana e comune a tutti gli uomini – qualunque sia la loro base culturale – ordina ciò che deve farsi e proibisce ciò che non deve farsi (I, 4-6); la nostra costituzione naturale è tale da farci condividere un comune senso di giustizia (II, 16); la vera legge, quella in armonia con la natura, distingue fra ciò che è giusto e ciò che è ingiusto (II, 5).

<sup>26</sup> Tommaso d'Aquino sostiene che un comando ha forza di legge in quanto esso è giusto. Nella sfera delle convinzioni umane, è definito giusto ciò che è in accordo con la regola della ragione, che costituisce il diritto naturale. Così, ogni legge umana è valida se conforme alla legge naturale. Qualora una legge sia in qualche modo confliggente col diritto naturale, non è diritto ma corruzione del diritto. Una norma giusta, che per il bene collettivo imponga agli individui oneri in misura equa, è vincolante per la coscienza. Una norma ingiusta, che imponga oneri diseguali alla comunità, non è vincolante e non dovrebbe essere osservata, se non nei casi in cui si vogliono evitare scandali o turbative e, pure in questi casi, quando non sia troppo iniqua (cfr. *Summa theologiae*, 1.2., *quaestiones* 42; 57; 90-96).

<sup>27</sup> La norma, per sua natura, richiede di essere espressa con massima esattezza, ma ordinamenti in grado di contenere tutti i molteplici aspetti di ogni tipo di situazione prevedibile appaiono realisticamente inattuabili.

<sup>28</sup> Anch'esso può venir istituzionalizzato (si pensi all'obbligo di soccorrere gli incidentati), ma si tratta comunque di casi particolari: una norma che imponesse un obbligo generico di soccorrere chi si trova nel bisogno, potrebbe essere ritenuta vaga e inefficace.

derare ordine, giustizia e libertà dell'individuo come i valori giuridici principali; e ciò per aver constatato l'impossibilità di attuare, attraverso meri meccanismi legislativi, altri valori di un più elevato livello»<sup>29</sup>.

Nella dottrina generale dei valori giuridici, «il punto focale da cui si irradiano tutte le questioni è la centralità del concetto di persona»<sup>30</sup>: nello Stato democratico-pluralista, la persona è il vertice del sistema, il valore centrale per eccellenza, per cui i diritti e le libertà fondamentali – secondo Antonio Baldassarre – assurgono a valori<sup>31</sup>. L'affermazione dei diritti deriva – scrive Norberto Bobbio – da un «rovesciamento radicale di prospettiva, caratteristico della formazione dello Stato moderno, nella rappresentazione del rapporto politico, cioè nel rapporto stato-cittadini o sovrano-sudditi: rapporto che viene sempre più guardato dal punto di vista dei diritti dei cittadini non più sudditi, anziché dal punto di vista dei poteri del sovrano»<sup>32</sup>.

Nel processo di formazione dell'Unione europea, l'attenzione ai diritti è un elemento senza dubbio qualificante, che si dispiega dai primi esperimenti comunitari fino al recente Trattato di Lisbona, passando per il progetto di Costituzione; diritti che le tradizioni liberal-costituzionali hanno – nel corso di un lungo processo storico – messo a punto e presentato come *fondamentali*, a più riprese ribaditi ed ampliati da testi normativi e dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha teso a presentarli come principi generali ispiratori dell'ordine giuridico europeo nel suo complesso. «Le ragioni dell'individuo e le ragioni dell'integrazione sono in larga misura coincidenti; è attraverso il consolidamento del ruolo dell'individuo che passa lo sviluppo dell'integrazione»<sup>33</sup>.

«Gli europeisti degli anni Quaranta lottano contro il passato (l'immediato passato) totalitario, criticano un presente ancora troppo esposto ai pericoli delle sovranità intolleranti ed esclusive, indicano nella li-

<sup>29</sup> P. STEIN, J. SHAND, *I valori giuridici della civiltà occidentale*, cit., p. 12.

<sup>30</sup> G. P. CALABRÒ, *Valori supremi e legalità costituzionale*, cit., p. 19.

<sup>31</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, cit., p. 13. Il soggetto-persona non ha sopra di sé un ente sovrano da cui ottenere riconoscimento, in quanto la persona stessa è il valore fondante dell'intero ordinamento, che attorno ad essa si costruisce e da essa prende senso (cfr. *ibidem*).

<sup>32</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. XI.

<sup>33</sup> L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 233.

bertà e nei diritti il “vero” volto dell’Europa e si protendono verso il futuro; [...] i diritti non sono allora che il momento centrale di una forte progettualità che si ritiene destinata ad innescare per naturale propagazione un movimento capace di forzare le prudenze e le resistenze degli apparati»<sup>34</sup>. Una progettualità che sin dall’inizio si incarna nella predisposizione di un significativo testo normativo: la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950. Oggi il nuovo e più grande soggetto Europa è dotato della significativa Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea<sup>35</sup>, divenuta un catalogo di diritti comune all’intera Europa, potendo questa conseguentemente qualificarsi come *Comunità di diritti*<sup>36</sup>. Nel Preambolo si statuisce: «I popoli d’Europa, nel creare tra loro un’unione sempre più stretta, hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni. Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l’Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell’uguaglianza e della solidarietà; si basa sui principi della democrazia e dello stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione, [...] contribuisce alla salvaguardia e allo sviluppo di questi valori comuni nel rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d’Europa, nonché dell’identità nazionale degli Stati membri».

I contenuti della Carta sarebbero idonei a configurare una sicura identità europea, un modello sociale distinto da altri modelli dell’Occidente democratico<sup>37</sup>. «Prodotto razionale, forse illuministico, di un grande disegno, [la Carta] rappresenta la sintesi dei principi di civiltà su cui si fonda la convivenza dei popoli e delle nazioni europee, una convivenza delle diversità. Diversità di tradizioni culturali, di lingue, di religioni, di etnie, che possono coesistere in una comunità di diritto (o dei diritti), grazie al riconoscimento dei diritti fondamentali di ogni persona.

<sup>34</sup> P. COSTA, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo: una comparazione diacronica*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una costituzione senza Stato*, Il Mulino, Bologna, 2001, pp. 318-319.

<sup>35</sup> Solennemente proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000, ma non ancora giuridicamente vincolante.

<sup>36</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, Direzione generale Occupazione Relazioni Industriali e Affari Sociali, *Per l’affermazione dei diritti fondamentali nell’Unione europea: è tempo di agire*, relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali, Bruxelles, febbraio 1999.

<sup>37</sup> Cfr. E. PACIOTTI, *La Carta dei diritti fondamentali: una novità istituzionale*, in G. BONACCHI (a cura di), *Una costituzione senza stato*, cit., p. 444.

[...] La Carta costituisce un passo avanti nell'approfondimento dell'Unione, ne rappresenta il comune denominatore, la carta d'identità; costituisce il simbolo del passaggio dall'Unione economica all'Unione politica, dall'Unione degli Stati all'Unione dei cittadini»<sup>38</sup>.

C'è chi rileva che un *telos* – luogo in cui si compie l'identità di un *demos* – non si crea né mantiene con un'asettica gerarchia di norme, ma necessita di essere sorretto da un *apparato simbolico* che lo esprima e gli dia senso. «Se esiste una cittadinanza-appartenenza europea – osserva Pietro Costa – occorre capire e valutare le modalità e lo spessore [...] dei simboli che ne esprimono il senso e la legittimazione»<sup>39</sup>. Istituzioni e simboli non possono scindersi; né possono essere concordati da una commissione di esperti né da un'assemblea che sia più o meno rappresentativa: «Non è pensando semplicemente all'utile di una collettività, o astrattamente ad un ordine razionale, e nemmeno operando secondo geometrismi strategici o giuridici, o invocando principi morali ed umanitari che si costruiscono dimensioni simboliche»<sup>40</sup>. Entrambi, simboli e istituzioni, sono espressione della storia e del modo di vita di una comunità. Ciò che li unisce (che istituzionalizza il simbolico) è sostanzialmente il *sentimento di appartenenza*. Esso sta a una collettività come l'identità sta a un individuo, e non sarebbe «determinabile né spiegabile in termini di razionalità, bensì simbolici, giacché simbolica è la sua struttura elementare, costituita da un mito dell'origine comune (che qualcuno definisce anche mito di fondazione)»<sup>41</sup>.

Si pone allora la domanda cruciale: qual è il mito identitario dell'Europa? Quali i simboli comuni in cui i cittadini europei si riconoscono? Più radicalmente: cosa significa *sentirsi* europei? Dobbiamo ammettere il grave imbarazzo nel trovare una risposta attendibile. Alla luce dei processi comunitari in atto, sembra che tutto si risolva nella particolarità di ispirarsi ai principi e ai diritti fondamentali, *idealità astratte* – commenta Giulio Maria Chiodi – che tutt'al più potrebbero far appello al comune senso morale, ma su cui non potrebbe fondarsi un sentimento di appartenenza, avendo esse poco o nulla a che fare con miti fondativi, e non

<sup>38</sup> *Ivi*, pp. 447-448.

<sup>39</sup> P. COSTA, *La cittadinanza fra Stati nazionali e ordine giuridico europeo*, cit., p. 303.

<sup>40</sup> G. M. CHIODI, *Europa. Universalità e pluralismo delle culture*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 46.

<sup>41</sup> *Ivi*, p. 54.

trovando espressione in nessuna simbolica collettiva identitaria<sup>42</sup>.

In verità, se è chiaro che i cittadini europei non si considerano in primo luogo tali, ma cittadini nazionali, è altresì evidente che i decenni trascorsi all'insegna della ricerca di punti in comune hanno solcato a fondo un terreno duro (intriso di nazionalismo), ora certamente più fertile. Ed è legittimo prevedere (o desiderare), in un futuro non lontano, non solo un'integrazione più salda e profonda fra i cittadini europei, sulla spinta di dinamiche e simboli che oggi paiono forzature, ma anche una tendenza a una nuova e naturale configurazione degli Stati, oggi ancora sovrani, quali regioni di un più avanzato *novum* politico, fondato su valori oggi dichiarati, ma domani – si spera – sempre più rivendicati e includenti.

<sup>42</sup> Cfr. *ivi*, pp. 54-55. È questa una risposta esemplare ai fautori dell'*identità costituzionale* europea, che sarebbe fondata su «una precettistica convenzionata e formalistica, e una normativa legistica. Troppa ideologicità e troppo poca spiritualità. Non è affatto su tali presupposti che si stabilisce un'appartenenza, non è già su questioni di principio che si costruiscono le identità dei popoli. I momenti di unificazione identitaria non hanno natura giuridico-costituzionale» (*ibidem*).

BERNARDINO IZZI

## La responsabilità per disastro aereo provocato da aeromobile di stato alla luce della recente novella del codice della navigazione

SOMMARIO: 1. Il disastro aereo come *mass tort* e le incongruenze del sistema legislativo. - 2. I recenti tentativi di razionalizzazione. - 3. La nozione di aeromobile di Stato. - 4. Il disastro provocato dall'aeromobile di Stato nella previgente disciplina. - 5. L'assetto attuale. - 6. Le prospettive di riforma.

### 1. Il disastro aereo come *mass tort* e le incongruenze del sistema legislativo

Il disastro aereo si configura come un *mass tort* per la sua capacità di danneggiare un gran numero di individui indeterminabili a priori, per la contribuzione all'evento dannoso di una pluralità di agenti di difficile se non impossibile individuazione, per la difficoltà di costoro di trovare Compagnie di assicurazioni in grado di coprire i rischi della loro attività, per la tendenziale serialità del contenzioso, per l'asimmetria delle parti processuali.

Il disastro aereo, dunque, ha connotati capaci di mettere in crisi le regole del diritto comune giacché, se esse venissero applicate senza correttivi, si rischierebbe sia di privare il danneggiato (o i suoi aventi causa in caso di morte) di un'adeguata tutela, sia di non permettere a chi effettua o consente il volo di contenere entro limiti assicurabili i rischi derivanti dalla propria attività.

È questo il tema, comune anche ad altre fattispecie come il danno ambientale, quello derivante da prodotti difettosi, quello provocato da sostanze nucleari, da infezioni virali, ecc., della necessità di individuare per i *mass torts* regole di responsabilità diverse da quelle ordinarie capaci di rispettare sia i principi costituzionali in tema di tutela della persona, sia quelli economici di efficienza del mercato.

Tuttavia, rispetto agli altri *mass torts*, la responsabilità per disastro aereo si caratterizza per una vistosa antinomia tra la sostanziale unitarietà del dato fenomenico e la notevole diversità delle fonti regolatrici del-

l'obbligazione risarcitoria.

Infatti, nel tempo, alla disciplina generale prevista nel codice civile, si sono andate ad affiancare normative di matrice prevalentemente navigazionista che imputano le conseguenze del disastro aereo a chi utilizza l'aeromobile (per il solo fatto dell'esercizio o perché realizza il trasporto).

Più nello specifico, un primo gruppo di fonti, dove la normativa speciale di matrice navigazionista tende a costituirsi a sistema, stabilisce che le conseguenze del disastro aereo vanno ricondotte o al vettore, qualora tale evento abbia provocato danni alle persone e alle merci e alle cose trasportate, oppure all' esercente dell'aeromobile, nel caso che siano stati provocati danni a persone o a cose presenti sulla superficie terrestre.

Si tratta di un complesso normativo che differenzia le regole di responsabilità non in base alle modalità con cui si è determinato il disastro, ma a seconda di alcune condizioni in cui si trovano i danneggiati (trasportati o terzi in superficie) che soffrono, però, diverse eccezioni soprattutto quando il disastro è l'esito dell'urto tra aeromobili.

Tale assetto, però, vale prevalentemente il trasporto mercantile giacché, se l'aeromobile viene utilizzato per scopi diversi, si applicano norme che si differenziano da quelle sopra viste secondo gradazioni via via crescenti, partendo dal disastro provocato dagli aeromobili da turismo<sup>1</sup>, che è sottoposto alle regole previste per il trasporto mercantile tranne alcune eccezioni ed adattamenti, passando a quello determinato da veicoli ultraleggeri dove è preminente l'applicazione della disciplina contenuta nel codice civile<sup>2</sup>, per finire a quello determinato dalla caduta di satelliti assoggettato ad una disciplina del tutto peculiare che si distacca nettamente da tutte le altre<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> E. FANARA, *La disciplina della navigazione da diporto e la riforma del codice della navigazione*, in *Dir. trasp.*, I/1989, p. 99 ss.; M. GRIGOLI, *Aspetti della responsabilità degli aeroclubs*, in *Riv. dir. civ.*, 1972, II, p. 506 ss.; G. SILINGARDI, *Profili di responsabilità degli aero club*, in *Dir. trasp.*, 1993, p. 334.

<sup>2</sup> A. ANTONINI, *Disciplina normativa e inquadramento sistematico del volo da diporto o sportivo*, in *Dir. trasp.*, 1997, p. 673 ss.; C. COLETTA, *In tema di disciplina dei veicoli cd. ultraleggeri*, in *Dir. trasp.*, 1976, p. 291; D. GAETA, *Regime giuridico del volo da diporto o sportivo*, in *Vita not.*, 1990, p. 333 ss.; B. FRANCHI, *Il volo da diporto o sportivo nel recente d.P.R. 28 aprile 1993 n. 207*, in *Dir. trasp.*, 1994, p. 457 ss.; M. GRIGOLI, *Disciplina del volo a vela*, in *Dig. comm.*, V/1990, p. 9 ss.

<sup>3</sup> S. CRISAFULLI, *In tema di risarcimento dei danni causati da oggetti spaziali*, in *Dir. aereo*, 1984, 44; G. PESCATORE, *Responsabilità per lancio di oggetti spaziali*, in *Dir. trasp.*, II/1990 1 ss.

Discorso a parte deve farsi per i danni provocati dagli aeromobili di Stato, fino al 2006 assoggettati alle regole del diritto comune ed attualmente ricondotti alla disciplina del codice della navigazione.

Tale complesso e variegato sistema per lungo tempo è stato sostanzialmente esaustivo, nel senso che, nella quasi totalità dei casi, i danneggiati trovavano tutela grazie alla riconduzione al vettore o all'esercente degli effetti pregiudizievoli del disastro.

Tuttavia, una serie di fattori come l'esiguità dei massimali di responsabilità, la crescente complessità del traffico aereo che ha visto aumentare la contribuzione alla causazione del disastro di soggetti diversi dal vettore o dall'esercente, l'entrata in vigore di normative dirette a favorire la concorrenza che ha imposto alle Compagnie di bandiera di lasciare a terzi importanti settori del trasporto aereo, la "deregulation" che ha moltiplicato la presenza sul mercato di piccole Compagnie aeree, ecc. hanno determinato il risorgere della rilevanza delle regole generali stabilite nel codice civile per la loro capacità di appuntare l'obbligazione risarcitoria, senza la previsione di massimali, a soggetti che con la propria attività hanno consentito che il volo si realizzasse.

Di qui l'elaborazione, da parte della dottrina e della giurisprudenza, di criteri e principi con cui si sono tentate di adattare le norme codicistiche alle peculiarità dell'evento dannoso in esame; il tutto con gradazioni diverse a seconda che si fosse trattato della responsabilità di ha realizzato l'aeromobile o a contribuito alla sua costruzione (costruttore, Ministero dei Trasporti e ENAC)<sup>4</sup>, di coloro che sono tenuti ad assicurarne la navigabilità (proprietario dell'aeromobile, locatore, noleggiatore, charterer e ENAC)<sup>5</sup>, di chi deve garantire che il volo avvenga in condizioni di sicurezza (Ministero dei Trasporti, della Difesa e dell'Interno, Enac, Enav, Corpo Naz. VV.FF, gestore aeroportuale e *handlers*)<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> Sulla responsabilità dei soggetti coinvolti nella costruzione dell'aeromobile v. S. BUSTI, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001, p. 534 ss.; C. COLETTA, *La vicenda dell'ATR-42 si è conclusa*, in *Dir. trasp.* 1994, p. 997 ss.; G. RINALDI BACCELLI, *La responsabilità extracontrattuale del costruttore di aeromobile*, Padova, 1987

<sup>5</sup> In tema di responsabilità dei soggetti tenuti a garantire la navigabilità dell'aeromobile v. Trib. Verona 28 ottobre 1999, in *Dir. trasp.* 2000, 919, con nota di F. MANCINI, *Controlli pubblici sui vettori stranieri esercenti voli non di linea*.

<sup>6</sup> In relazione alla responsabilità dei soggetti tenuti a garantire che la navigazione aerea avvenga in condizioni di sicurezza, v. per la responsabilità della direzione aeroportuale: B. FRANCHI, *Competenze e responsabilità del direttore di aeroporto: la visita di controllo dell'aeromobile prima della partenza*, in *Dir. mar.* II/1997, p. 375 ss.; G. DE STEFANI, *Dovere del di-*

La complessità è accresciuta, poi, dalla mancanza di norme sulla canalizzazione della responsabilità, con l'effetto che i due poli di attrazione descritti alcune volte si pongono come alternativi, altre volte si cumulano fra di loro. Può verificarsi, infatti, l'ipotesi in cui al soggetto che utilizza l'aeromobile è consentito esimersi dalla responsabilità provando che il disastro è stato provocato da terzi (soprattutto nel caso di responsabilità del vettore) ed in questo caso ai danneggiati non rimarrà che chiamare in giudizio chi ha contribuito con la propria attività alla realizzazione del volo. Tuttavia, può aversi anche il caso in cui al soggetto che utilizza l'aeromobile non sia consentita l'esimente descritta, con l'effetto che, tranne eccezioni, il danneggiato, a seconda delle norme che gli appaiono più convenienti, potrà scegliere se ricorrere alla disciplina generale contenuta nel codice civile e chiamare in giudizio i soggetti che hanno contribuito con la propria attività alla realizzazione del volo (a cui causalmente è ascrivibile il disastro) oppure citare i soggetti che hanno realizzato il volo, i quali, a loro volta, potranno rifarsi successivamente su coloro a cui è eziologicamente riconducibile il disastro.

Il dato che qui interessa rilevare è che il tratteggiato panorama legislativo è costituito da discipline non solo diverse in ordine alla fonte e al campo di applicazione, ma soprattutto differenti in relazione alla matrice concettuale ad esse sottesa, alternandosi diversi criteri di imputazione (per colpa, per colpa presunta, oggettivi, per rischio), differenti sistemi di limitazione della responsabilità (da norme che prevedono il risarcimento integrale, a quelle che fissano un massimale per ogni danneggiato, a quelle che determinano un massimale unico per accidente senza tener conto del numero dei danneggiati), diverse modalità di selezione

*rettore di aeroporto di effettuare la visita a bordo degli aeromobili*, in *Dir. aereo*, 1980, p. 133 ss.. Per la responsabilità dell'ENAV e dei controllori di volo v. M.M. COMENALE PINTO, *Considerazioni sull'organizzazione dell'assistenza al volo*, in *Studi per Romanelli*, Milano, 1997, p. 355 ss.; B. FRANCHI, *Profili tecnico-giuridici dell'assistenza al volo e l'ENAV*, in *La nuova disciplina del trasporto aereo*, Messina, 2000, p. 555 ss.; G. ROMANELLI – M.M. COMENALE PINTO, *Annessi IACO in Italia*, in *Studi in onore di Antonio Lefebvre d'Ovidio*, II, Milano, 1995, p. 1043 ss.; L. TULLIO, *La normativa regolamentare dell'aviazione civile*, in *Cinquant'anni di codice della navigazione: profili di responsabilità degli operatori del settore aereo*, Roma, 1993, p. 11 ss. Per la responsabilità del gestore aeroportuale e degli handlers v. G. CAMARDA, *La sicurezza del volo in ambito aeroportuale: competenze e responsabilità*, in *Dir. trasp.* 2003, p. 10 ss.; Trib. Genova, 5 ottobre 2001, con nota di M. DELLACASA, *Quando il gabbiano investe l'aereo: responsabilità private e pubbliche per mala gestio del servizio aeroportuale*, in *Danno e resp.* 2/2002, p. 160 ss.

del danno risarcibile (da norme che consentono il risarcimento del danno patrimoniale solo in presenza di determinati requisiti, a quelle che prevedono la risarcibilità del solo danno patrimoniale ad esclusione di quello non patrimoniale alla persona, a quelle che non prevedono limiti, se non quello di cui all'art. 2059 c.c.).

Tale polimorfico ordito spinge a chiedersi se effettivamente sia assente una logica comune con la conseguente impossibilità di parlare di responsabilità di disastro aereo in senso unitario, anziché di tante responsabilità (del vettore, dell'esercente, del costruttore di aeromobili, del gestore aeroportuale, della P.A., ecc.), oppure se, nonostante le differenze, sia consentito ricostruire un sistema unitario o sufficientemente omogeneo.

## **2. I recenti tentativi di razionalizzazione**

Fino al 2006 il tratteggiato assetto normativo era ulteriormente complicato dalla compresenza di una pluralità di fonti (interne, comunitarie e internazionali) contemporaneamente operanti all'interno di ogni sottosistema, quali soprattutto quello inerente alla responsabilità del vettore e quello riguardante la responsabilità dell'esercente.

Infatti, il primo era regolato da non solo dal codice della navigazione (per il volo interno), ma anche dal regolamento comunitario n. 2027/97 (che si applicava alle compagnie aeree della Unione europea) e da una serie di Convenzioni (per il volo internazionale) trovanti applicazione a seconda dei Paesi che avevano proceduto alla loro ratifica (Convenzione di Varsavia del 1929, Convenzione dell'Aja del 1955, Convenzione di Guadalajara del 1961, Protocollo di Guatemala City del 1971, i Protocolli di Montreal del 1971, leggi nazionali) a cui si aggiungevano poi una serie di accordi intervettoriali<sup>7</sup>.

Senza poter entrare nello specifico, ci trovavamo dinanzi a discipline molto diverse fra di loro, sotto il profilo sia del criterio di imputazione

<sup>7</sup> A. ANTONINI, *La responsabilità del vettore aereo per il trasporto di persone e cose nella più recente evoluzione normativa: Protocolli di Montreal, Varsavia Montreal, Regolamento comunitario*, in *Dir. trasp.* 2000, p. 615 ss.; B. BERTUCCI, *La Convenzione di Montreal del maggio 1999 e il sistema di responsabilità illimitata del vettore*, in *La Nuova disciplina del trasporto aereo* (a cura di E. FANARA), Messina, 2000, p. 137 ss.; S. BUSTI, *op. cit.*, p. 764; G. MASTRANDREA- A. QUARANTA, *Il problema dell'adeguatezza del limite risarcitorio nel trasporto aereo di persone ed i recenti tentativi concreti di soluzione*, in *Dir. trasp.*, 1996, p. 709 ss.

che della previsione di limiti di responsabilità, che poteva portare addirittura ad assoggettare passeggeri danneggiati nel corso dello stesso volo a regimi giuridici differenti<sup>8</sup>.

Tale sfilacciato ordito è stato ricucito da recenti interventi sia internazionali che nazionali.

Innanzitutto la recente entrata in vigore della Convenzione di Montreal del 1999 ha unificato la disciplina della responsabilità internazionale del vettore aereo per i danni alla persona del passeggero, superando l'idea della necessità di una previsione di un massimale di responsabilità e prevedendo un peculiare criterio di imputazione a metà strada da quello soggettivo e quello oggettivo (il cd. *two tier liability regime*)<sup>9</sup>.

Successivamente l'Unione europea, con il regolamento n. 889 del 13/5/02, ha modificato il Regolamento n. 2027/97, appianando le differenze tra la disciplina comunitaria e quella internazionale oramai regolata dalla Convenzione di Montreal del 1999.

Infine, il D.Lgs. 9/5/2005 n. 96 ed il D.Lgs. 15/3/2006 n. 151 hanno novellato l'art. 941 del codice della navigazione, il quale oggi non prevede più una specifica disciplina per il volo interno, ma assoggetta quest'ultimo alle

<sup>8</sup> L'aver correlato l'ambito di applicazione del Regolamento comunitario non ad un elemento spaziale (luogo di partenza o di arrivo siti in un Paese dell'Unione europea), ma alla nazionalità (comunitaria o meno) poteva portare a situazioni insostenibili, come ad esempio nel caso del cd. blocco di spazio, come rilevato da G. SILINGARDI, *Reg. CE 2027/97 e nuovo regime di responsabilità del vettore aereo di persone*, in *Dir. traspr.*, 1998, p. 632, il quale faceva l'esempio del volo (Milano-Bogotà) effettuato da un aeromobile in esercizio da un vettore extracomunitario (ad es. Viasa) ma sul quale viaggiavano anche passeggeri che avevano acquistato un biglietto emesso da un (altro) vettore comunitario (ad es. Alitalia), e cioè di un volo in cui una parte dei passeggeri (ad. es. 50) aveva acquistato il biglietto emesso dalla compagnia extracomunitaria che effettuava il volo, mentre un'altra parte (ad es. 50) aveva acquistato il biglietto dal vettore comunitario. Se fosse avvenuto un disastro, il Regolamento CE 2027/97 poteva trovare applicazione solo per i passeggeri che avevano acquistato il biglietto dal vettore comunitario, mentre per gli altri trovavano applicazione le diverse regole di responsabilità previste dalla Convenzione di Varsavia. In altre parole, quindi, uno stesso evento disastroso che provocava danni alla persona dei passeggeri di uno stesso volo poteva essere sottoposto a regimi risarcitori diversi, con una evidente irrazionale differenziazione del regime di responsabilità.

<sup>9</sup> È questo un peculiare regime di responsabilità che prevede contemporaneamente due criteri di imputazione e cioè, per i danni entro i 100.000 DSP, una responsabilità oggettiva relativa, essendo ammessa la sola prova liberatoria di cui al richiamato art.20 della Convenzione e, per i danni eccedenti tale misura, una responsabilità per colpa, seppur presunta. Oggi un DSP vale circa 1,10 euro.

regole previste dalle norme comunitarie e a quella internazionali.

A seguito di tale complesso iter, dunque, la responsabilità per i danni alle persone dei passeggeri coinvolti in un disastro aereo risulta essere assoggettata ad una logica unitaria e cioè a quella a cui si ispira la Convenzione di Montreal del 1999.

Meno marcato è stato il processo di riforma del sistema della responsabilità per i danni sofferti ai terzi sulla superficie.

Gli artt. 965 e ss. del codice della navigazione, infatti, riconducevano, secondo un criterio oggettivo connesso alla previsione di un massimale unico per accidente, la responsabilità per tali danni all' esercente e cioè a colui che svolge un' attività organizzata inerente all' impiego dell' aeromobile in base alla sua destinazione al fine di un raggiungimento di un risultato economico ed accompagnata dall' incidenza del rischio, e cioè ad un soggetto diverso sia dal vettore, che gestisce imprenditorialmente il trasporto, sia dal proprietario. Tale complesso di regole era ispirato alla Convenzione di Roma del 1933, che però non regolava più la fattispecie nel caso di volo internazionale essendo questo assoggettato alla Convenzione di Roma del 1952.

Anche tale ultima Convenzione si ispirava ad un modello di responsabilità oggettiva connessa alla previsione di un massimale per accidente, tuttavia numerose erano le differenze rispetto alla normativa applicabile per il volo interno. Anche qui la semplificazione è avvenuta nel 2006 con il D.lgs. 151/2006 che ha modificato l' art. 965 del codice della navigazione stabilendo che anche la responsabilità dell' esercente per i danni causati dall' aeromobile immatricolato in Italia a persone e a cose sulla superficie facente parte del territorio nazionale è sottoposta alle regole internazionali, e cioè alla Convenzione di Roma del 1952.

Qui, però, a differenza di quanto accaduto per i danni ai passeggeri, è mancato l' aggiornamento delle norme internazionali essendo ancora in vigore lo strumento del 1952 che, soprattutto sotto il profilo dei limiti risarcitori, viene ritenuto inadeguato.

Infatti, come vedremo, è rimasto senza seguito il progetto di riforma della Convenzione di Roma del 1952 elaborato dalla Conferenza di Montreal del marzo 2004 per arginare gli effetti creati dall' attentato alle torri gemelle di New York del 2001<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> B. IZZI, *Prospettive di riforma della disciplina internazionale sulla responsabilità per i danni ai terzi sulla superficie*, in *Dir. Trasp.*, 2/2004, p. 393 ss.

### 3. La nozione di aeromobile di Stato

La novella del codice della navigazione ha inciso profondamente anche sulla disciplina del risarcimento conseguente al disastro provocato dagli aeromobili di Stato, andando addirittura a riconfigurare i limiti di tale categoria.

Infatti, prima del 2006, l'art. 744 c.nav. considerava aeromobili di Stato quelli militari e quelli di proprietà dello Stato destinati esclusivamente alla polizia, alla dogana, al corpo nazionale dei vigili del fuoco, alla posta o ad altro servizio di Stato, a cui andavano aggiunti quelli privati che il Ministero dei trasporti poteva equiparare ex art. 746 c.nav.<sup>11</sup>

All'interno degli aeromobili appartenenti allo Stato venivano, quindi, individuate due categorie, una prevalente qualificata come "aeromobili di Stato" (e cioè quelli militari e quelli destinati esclusivamente alla polizia, alla dogana al del corpo nazionale dei vigili del fuoco, alla posta o ad altro servizio dello Stato) e l'altra, residuale, in cui andavano classificati tutti gli altri aeromobili che, sebbene appartenenti allo Stato, non rientravano nella prima.

La differenza era importante perché il primo gruppo, come vedremo, era sottoposto alle regole del diritto comune, mentre il secondo a quelle speciali del codice della navigazione<sup>12</sup>.

Tale assetto poneva non pochi dubbi interpretativi essendo tutt'altro che facile inquadrare un aeromobile appartenente allo Stato nel primo o nel secondo gruppo.

Infatti, per quelli destinati alla polizia, alla dogana, al corpo nazionale dei vigili del fuoco, alla posta o ad altro servizio di Stato si discuteva sul significato da dare al termine "destinati".

Secondo un primo orientamento, questi andavano individuati secondo il criterio della destinazione, con l'effetto di farvi rientrare tutti quelli che venivano normalmente destinati a tali usi dallo Stato.

Secondo un altro orientamento, gli aeromobili in esame andavano,

<sup>11</sup> D. GAETA, *Notarelle di diritto aeronautico*, in *Dir. trasp.*, 1991, p. 4 ss.; S. ZUNARELLI, *Integrazioni agli art. 744 e 748 del codice della navigazione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1987, p. 74 ss.

<sup>12</sup> Analoga suddivisione viene fatta per i voli internazionali giacché l'art. 26 della Convenzione di Roma del 1952 esclude dal suo ambito di applicazione gli aeromobili militari, di dogana e di polizia, cosa che fa, seppur implicitamente, l'art. 2 della Convenzione di Montreal del 1999.

invece, individuati secondo il criterio funzionale dell'impiego, nel senso che dovevano essere considerati tali quelli comunque impiegati in detti servizi, anche al di là del vincolo di destinazione impresso dalle Amministrazioni di appartenenza<sup>13</sup>.

Il quadro era ancora più variegato per gli aeromobili militari, perché l'art. 745 non ne dava una definizione, ma genericamente rinviava alle leggi speciali.

La giurisprudenza<sup>14</sup>, infatti, interpretava tale norma rinviando all'art. 230 della legge di guerra<sup>15</sup>.

In questo modo per la natura marziale del vaiolo si doveva far ricorso al criterio della "destinazione condizionata"<sup>16</sup>, nel senso che andava considerato militare l'aeromobile destinato ad uso militare se recava le insegne prescritte e a condizione che fosse sotto l'autorità diretta militare e fosse comandato ed equipaggiato da personale militare.

Tale lettura era contrastata da chi riteneva che l'uso di un criterio non assoluto, ma condizionato non solo alla destinazione del veicolo ma anche dalla presenza di ulteriori elementi, complicava inutilmente la questione (si pensi al caso di incendio del mezzo con distruzione delle insegne).

Per ovviare a tali inconvenienti si auspicava l'aggancio all'art. 11 c.p.m.p.<sup>17</sup>, che esclude dai criteri in base ai quali individuare la catego-

<sup>13</sup> Favorevoli al criterio funzionale sono: G. PESCATORE, *Stato ed enti pubblici "esercenti" ed imprenditori di navigazione*, in *Riv. dir. nav.*, 1967, I, p. 252 ss.; L.M. BENTIVOGLIO, *Sulla nozione di "aeromobile militare"*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano, 1974, p. 3111 ss.

<sup>14</sup> App. Torino, 30 giugno 1955; App. Bari, 20 febbraio 1948; Trib. Napoli, 5 febbraio 1957, in *Riv. dir. nav.*, 1958, II, p. 179 ss. e in *Dir. giur.*, 1957, p. 230 ss. e Cass., 12 luglio 1957, n. 2820, in *Riv. dir. nav.*, 1958, II, p. 178.

<sup>15</sup> L'art. 230 del r.d. 8 luglio 1938 n. 1415 (legge di guerra) afferma che «sono considerati aeromobili militari quelli destinati a uso militare qualora: dimostrino la qualità militare mediante l'uso dei segni distinti adottati; siano sotto l'autorità diretta, il controllo immediato e la responsabilità dello Stato; siano comandati da persona iscritta nelle liste del personale militare o militarizzato». v. Cass. SS. UU., 8 novembre 1957, n. 4310; Cass., 12 ottobre 1964, n. 2575.

<sup>16</sup> A. DE ROSA-G. TOSTO, *Appunti sui riflessi giuridici dell'attività di volo militare*, ed. Aeronautica militare Ist. Sup. la sicurezza volo - Dip. scienze comportamento, 2001, p.4

<sup>17</sup> L'art. 11, ultimo comma, del r.d. 20 febbraio 1941 n. 303 (codice penale militare di pace) stabilisce che «agli effetti della legge penale militare, sono navi militari e aeromobili regolarmente trasformati in navi o aeromobili da guerra, e ogni altra nave e ogni altro aeromobile adibiti al servizio delle forze armate dello Stato alla dipendenza di un comandante militare». v. D. GAETA, *La distinzione fra aeromobili di Stato e aeromobili privati*, in *Riv. dir. nav.*, 1960, I, p. 273.

ria degli aeromobili militari il riferimento alla destinazione dell'aeromobile e alla qualità (civile o militare) del personale preposto, facendo perno sulla struttura, originaria o derivata del veivolo. In questo modo veniva considerato militare ogni veicolo "da guerra", intendendo tale locuzione nel senso più ampio possibile in modo da ricomprendere tutti i mezzi, normalmente o transitoriamente, deputati al soddisfacimento di esigenze belliche, con la sola eccezione, dei veivoli da guerra "per struttura derivata" nel caso in cui la modificazione fosse stata operata da civili per fini non militari.

Le incertezze derivanti da tale serrato dibattito si sono attenuate con la riforma del codice della navigazione del 2006, perché questa ha precisato meglio i criteri distintivi delle categorie in esame.

Infatti, il nuovo art. 744 c.nav. stabilisce che vanno considerati aeromobili di Stato quelli militari e quelli di proprietà dello Stato, impiegati in servizi istituzionali delle Forze di Polizia di Stato, della Dogana, del Corpo nazionale dei Vigili del Fuoco, del Dipartimento della Protezione civile o in altro servizio di Stato.

Si precisa, poi, che vanno comunque considerati aeromobili di Stato quelli utilizzati da soggetti pubblici o privati, anche occasionalmente, per attività dirette alla tutela della sicurezza nazionale (art. 744, quarto comma, c.nav.) e quelli che, seppur appartenenti ai privati e da questi esercitati, per essere adibiti a un servizio di stato di carattere non commerciale, vengono a questi equiparati con provvedimento del Ministero dei Trasporti (art.746 c.nav.).

In questo modo ci sembra che il legislatore chiarisca che il criterio da utilizzare sia quello dell'impiego e non quello della destinazione.

Per quanto riguarda i veicoli militari, il nuovo art. 745 c.nav. pur rinviando alle leggi speciali comunque qualifica militari quegli aeromobili progettati dai costruttori secondo caratteristiche costruttive di tipo militare e destinati ad usi militari.

#### **4. Il disastro provocato dall'aeromobile di Stato nella previgente disciplina**

Come già accennato, l'individuazione precisa dei contorni della categoria degli aeromobili di Stato aveva una fondamentale importanza nel previgente regime perché quest'ultimi, a differenza degli altri, non erano sottoposti alle norme speciali previste dal codice della navigazione,

provocando non poche incertezze sulle regole a cui assoggettare i danni provocati dai sinistri in cui erano coinvolti<sup>18</sup>.

Infatti, se si escludono alcuni isolati orientamenti che affermavano l'applicazione in via analogica del codice della navigazione<sup>19</sup>, si era consolidata l'opinione secondo cui la disciplina da applicare dovesse essere rinvenuta nel codice civile.

Sul punto, però, si discuteva se tale tipologia di disastro dovesse essere ricondotta all'art. 2050 oppure all'art. 2043 c.c.<sup>20</sup>

Una prima tesi riteneva che alla fattispecie in esame dovesse essere applicato l'art. 2050 c.c. in considerazione della natura intrinsecamente pericolosa della navigazione aerea<sup>21</sup>.

Secondo alcuni, però, il livello di sicurezza raggiunto dal volo aeronautico non permetteva di considerare tale attività come intrinsecamente pericolosa, mentre secondo altri autori, detta norma poteva essere applicata solo previa verifica in concreto della pericolosità della attività effettivamente svolta nel caso concreto.

<sup>18</sup> Tale conclusione si fondava sul previgente testo dell'art. 748 c.nav. che escludeva in via generale gli aeromobili di Stato dalla sottoposizione delle norme del codice della navigazione e dall'art. 26 della convenzione di Roma del 1952 che pure li lasciava fuori dal suo ambito d'applicazione.

<sup>19</sup> A. GIANNINI, *Danni a terzi arrecati da aeromobili militari*, in *Riv. dir. nav.*, 1949, II, p. 235

<sup>20</sup> Un isolato orientamento optava per l'utilizzazione dell'art. 2054 c.c. M. FIERRO, nota ad App. Torino, 10 30 giugno 1955, in *Rass. avv. Stato*, 1955, p. 251; L. ELIA, *Sulle norme regolatrici della responsabilità per i danni arrecati sulla superficie da aeromobili militari*, in *Riv. dir. nav.*, 1965, II, p. 219-220. Tale soluzione veniva però avversata dai più che ritenevano tale norma applicabile solo al trasporto terrestre. G. DE VITA, *Danni arrecati da aeromobile militare*, in *Dir. giur.*, 1957, p. 233. Per alcuni, però, ne residuava una possibile applicazione quando l'aeromobile si muoveva sulla superficie terrestre, mentre per altri ne andava esclusa anche tale ipotesi. Tranne due isolate pronunce di merito (Trib. Torino, 16 marzo 1954, in *Foro it.*, I, c. 1192 e App. Torino, 10 30 giugno 1955, in *Rass. avv. Stato*, 1955, p. 251, con nota di M. FIERRO) la giurisprudenza unanimemente escludeva il richiamo all'art. 2054 c.c. Trib. Napoli, 5 febbraio 1957, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1554; Cass. SS. UU., 9 gennaio 1943, in *Riv. Dir. nav.*, 1943-1948, II, p. 196; Cass., 2 aprile 1960, n. 746, in *Riv. dir. nav.*, 1960, II, p. 165; Cass. 12 ottobre 1964, n. 2575, in *Riv. dir. nav.*, 1965, II, p. 208; in *Rass. avv. Stato*, 1965, I, 109, con nota di A. ROSA, *In tema di responsabilità della pubblica amministrazione per danni prodotti dalla caduta di aeromobili militari*

<sup>21</sup> G. PESCATORE, *Sulle norme regolatrici della responsabilità per danni arrecati a terzi da aeromobili*, in *Riv. dir. nav.*, 1943-1948, II, p. 196 ss.; S.M. CARBONE, *Sulla definizione di aeromobile militare e sulla prescrizione del diritto a risarcimento dei danni provocati dallo stesso sulla superficie*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1954, III, p. 534; E. VOLLI, *Prescrizione dell'azione per danni da urto di aerei militari*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 1556.

La giurisprudenza per lungo tempo aveva continuato a scartare il richiamo all'art. 2050 c.c. ritenendo che il volo aereo in generale non poteva essere considerato un'attività pericolosa<sup>22</sup>.

Di qui l'affermazione che il disastro provocato dagli aeromobili di Stato andava assoggettato all'art. 2043 c.c.<sup>23</sup>

Di recente, però, la Suprema corte<sup>24</sup> era tornata sui suoi passi giacché, pur confermando che l'attività di navigazione aerea non poteva essere considerata di per sé pericolosa, nel contempo aveva chiarito che se questa risultava essere esercitata in condizioni di anormalità o di pericolo (es. inosservanza dei piani di volo, di condizioni di sicurezza, di ordinarie condizioni atmosferiche) trova comunque applicazione l'art. 2050 c.c..

Secondo questa tesi, quindi, ai danni ai terzi sulla superficie provocati da aeromobili di Stato non era applicabile né sempre l'art. 2043 c.c., né sempre l'art. 2050 c.c., dovendosi distinguere da caso a caso, e cioè quando il volo nel concreto si era svolto in condizione di anormalità o di pericolo (con applicazione dell'art. 2050 c.c.) e quando questo, pur effettuandosi in condizioni di normalità, era diventato pericoloso, cagionando danni per la condotta imprudente del pilota o per eventi naturali (con applicazione dell'art. 2043 c.c.).

L'alternativa tra le due opzioni non era di poco conto, perché se trovava applicazione l'art. 2043 c.c. il danneggiato era sottoposto al gravoso onere di provare la colpa del pilota (prova oltremodo gravosa soprattutto nel caso di aeromobile militare), se invece si sottoponeva la fattispecie all'art. 2050 c.c. l'Amministrazione era considerata responsabile a meno che

<sup>22</sup> Cass., 20 giugno 1990, in *Giust. Civ. mass.*, 1990, p. 1179; Cass., 12 luglio 1957, n. 2820, in *Riv. Dir. nav.*, 1958, II, p. 178, con nota di D. GAETA, *Ancora sulla nozione di aeromobile militare e sui danni a terzi sulla superficie*; anche in *Resp. civ. prev.*, 1958, p. 436 ss.; Cass., 12 ottobre 1964, n. 2575, *Riv. dir. nav.*, 1965, II, p. 208, con nota di L. ELIA, *Sulle norme regolatrici della responsabilità per danni arrecati a terzi sulla superficie da aeromobili militari*.

<sup>23</sup> Cass., 2 aprile 1960, n. 746; Cass. 12 ottobre 1964, n. 2575, in *Riv. dir. nav.*, 1965, II, p. 208.

<sup>24</sup> Cass., 19 luglio 2002, n. 10551, in *Giust. civ.*, I, 2003, p. 104 ss. Nell'ambito dello stesso filone giurisprudenziale si collocano Cass. 13 novembre 1997, n. 11234, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1998, p. 931, con nota di B. MORETTI, *Sulla pericolosità della navigazione aerea: art. 2050 codice civile*; in *Dir. trasp.*, 1998, p. 745, con nota di V.R. CERVELLI, *Osservazioni sulla pericolosità della navigazione aerea*; Cass., 20 giugno 1991 n. 6175, in *Giust. civ. mass.*, 1991, p. 1179; Cass., 1 aprile 1995, n. 3829, in *Giust. civ. mass.*, 1995, p. 750. Pret. Genova, 28 giugno 1994, in *Arch. Giur. circolaz.*, 1994, p. 981 ss.

avesse provato di aver adottato tutte le misure per evitare il danno.

Nonostante tali notevoli oscillazioni, una parte della dottrina riteneva comunque auspicabile un ampliamento del campo di applicazione delle regole del diritto comune, in quanto queste, anche se sottoponevano il danneggiato ad un gravoso onere della prova, avevano il vantaggio di cominare un risarcimento integrale, mentre la disciplina speciale prevista dal codice della navigazione, pur prevedendo un criterio di imputazione dei danni all' esercente di tipo oggettivo, e quindi molto vantaggioso per il danneggiato, stabiliva un tetto al danno risarcibile oramai troppo esiguo e capace di svilire le legittime pretese risarcitorie.

Per raggiungere tale obiettivo, come accennato, si operava sulla definizione di aeromobile di Stato, tentando di farvi rientrare il maggior numero di ipotesi, proprio perché ciò significava sottrarre il disastro dal diritto speciale e sottoporlo alle regole del diritto comune.

Al contrario, altri, pur auspicando un sensibile aumento del limite risarcitorio, ritenevano comunque preferibile l' ampliamento del campo di applicazione del diritto della navigazione ritenendo il criterio di imputazione oggettivo previsto da quest' ultimo come l' unico capace di assicurare un concreto ristoro al danneggiato; e ciò soprattutto alla luce di quegli orientamenti giurisprudenziali che ritenevano assoggettabile il disastro provocato dall' aeromobile di Stato all' art. 2043 c.c. e non all' art. 2050 c.c.

Anche qui il grimaldello era la definizione di aeromobile di Stato, che veniva data con connotazioni tali da restringerne il più possibile l' ambito, in modo di assoggettare il maggior numero possibile di ipotesi al regime speciale del codice della navigazione.

Il definitiva, il dibattito sulla nozione di aeromobile di Stato scontava non solo le incertezze del previgente testo, ma soprattutto il dibattito se fosse auspicabile per il danneggiato la sottoposizione al regime speciale previsto dal codice della navigazione oppure quello stabilito dal diritto comune.

## **5. *L'assetto attuale***

Tale interrogativo è stato risolto, come s' accennava, dalla riforma del 2006 che ha ampliato la categoria degli aeromobili di Stato e, al contempo, ha sottoposto anche quest' ultimi al sistema del codice della navigazione, opportunamente aggiornato.

Infatti, il nuovo testo dell'art. 965 c.nav. stabilisce che la responsabilità dell'esercente per i danni ai terzi sulla superficie provocati sul territorio nazionale da aeromobili immatricolati in Italia o all'estero è comunque sottoposta alle convenzioni internazionali (la Convenzione di Roma del 1952) e che tale regola vale anche per gli aeromobili di Stato, e quelli a questi equiparati<sup>25</sup>.

In estrema sintesi, oggi i danni provocati ai terzi sulla superficie a seguito del disastro in cui è coinvolto un aeromobile di Stato sono assoggettati ad un regime sensibilmente diverso da quello previsto dall'art.2043 e ss. c.c. perché, in luogo di una responsabilità fondata sul criterio di imputazione della colpa, se ne prevede uno di carattere oggettivo<sup>26</sup>.

Infatti, di questi risponderà l'esercente (cioè l'Amministrazione) per il sol fatto di rivestire tale qualità giuridica e quindi a prescindere dal fatto che essa o un suo preposto (ad esempio il pilota) sia stato l'autore del sinistro<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Un ipotesi particolare di responsabilità derivante da eventi disastrosi connessi all'attività dello Stato è quella provocata dagli aeromobili delle Forze Armate dei Paesi appartenenti alla NATO. Qui la Convenzione di Londra del 19 giugno 1951 (ratificata e resa esecutiva con la L. 30 novembre 1955 n. 1335) stabilisce che il danneggiato da un appartenente alle Forze Armate dei Paesi Nato, nell'esecuzione di un servizio o di attività di cui il Corpo debba altrimenti rispondere, possa agire per il risarcimento direttamente nei confronti dello Stato di soggiorno, senza perciò alcun onere circa l'individuazione del soggetto responsabile ovvero la necessità di agire in un ordinamento diverso da quello proprio. La domanda di risarcimento verrà istruita e decisa secondo le leggi dello Stato di soggiorno che regolano la responsabilità civile delle sue forze armate, mentre l'accertamento circa l'attinenza al servizio degli atti fonte del danno sarà compiuto in base alle norme regolamentari ed istituzionali proprie della struttura organizzativa del Corpo o dell'Ente cui appartiene il soggetto responsabile. Cass., 5 luglio 1973, n. 1895, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 1451. App. Trieste, 21 marzo 1980, in *Riv. Fin. Loc.*, 1980, 961; Cass., 21 maggio 1984, n. 2123, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1985, p. 371; Cass., 10 giugno 1988, n. 3951, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1990, p. 170.

<sup>26</sup> M. GRIGOLI, *Responsabilità per i danni ai terzi sulla superficie*, in *Nss. Dig. It.*, XV /1968., p. 679 ss.; E. SPASIANO, *In tema di responsabilità per danni da caduta di aeromobile*, in *Riv. dir. nav.*, 1942, II, p. 256, E. SPASIANO, *Appunti sulla responsabilità obiettiva dell'esercente e sull'internazionalità del diritto aeronautico*, in *Riv. dir. nav.*, 1954, I, p. 36 ss.; C. SAVOIA, *L'aviazione civile (Questioni giuridiche)*, Milano, 1958, p. 103; L. TULLIO, *Responsabilità per i danni sulla superficie*, in *Enc. dir.*, XXXIX, 1988, p. 1426 ss.; A. VAGO, *Responsabilità senza colpa nel danno a terzi ad opera di aeromobile*, in *Resp. civ. prev.*, 1962, p. 125 ss.;

<sup>27</sup> Tale regime speciale circoscrive, però, la sfera dei danni a quelli che sono direttamente provocati dall'aeromobile, escludendo ogni altro pregiudizio connesso con il mezzo aereo, con l'effetto che non sono assoggettati allo speciale regime i danni da sorvolo irregolare e da rumore.

La dottrina si è lungamente occupata del problema della natura giuridica di tale tipo di responsabilità, pervenendo inizialmente alla conclusione che si trattasse di una specie particolare di responsabilità civile fondata sul rischio determinato dall'assunzione di un'attività lecita ma pericolosa<sup>28</sup>.

Oggi, tuttavia, la finalità dell'istituto viene individuata non tanto nella pericolosità dell'attività, ma soprattutto nella necessità di fornire un'adeguata tutela ai terzi che, nell'esercizio di tale attività, abbiano a subire danni contro i quali non dispongono di alcuna possibilità di difesa, non essendo in condizione di prevedere l'evento disastroso e di apprestare misure protettive contro di esso.

A controbilanciare il tratteggiato criterio di imputazione oggettiva v'è però l'istituto della limitazione del debito dell'esercente, stabilito, come detto, per accidente e finalizzato a consentire al responsabile di assicurare il rischio d'impresa<sup>29</sup>.

Senza scendere troppo nei particolari, tutti i soggetti danneggiati a causa di un determinato "accidente" dovranno essere soddisfatti con una somma calcolata in base al peso dell'aeromobile, la quale verrà divisa proporzionalmente in base al loro numero, con l'effetto che, sempre secondo la Convenzione del 1952, più sono i danneggiati, minore è la somma

<sup>28</sup> Tale regime è temperato, tuttavia, dalla previsione di alcuni fatti impeditivi al cui verificarsi la legge collega l'effetto dell'esclusione della responsabilità dell'esercente. Si tratta, in sostanza, di eventi che restringono l'area di rischio dell'esercente che altrimenti rimarrebbe responsabile, riducendo contestualmente l'area del danno risarcibile da parte del medesimo. Ad esempio l'art. 5 della Convenzione di Roma del 1952 esclude la responsabilità dell'*operator* quando il danno è conseguenza diretta di un conflitto armato o di moti civili. Ciò significa che, al di fuori di tali ipotesi, l'esercente risponde anche del disastro volontariamente provocato da persone estranee dall'equipaggio (ad esempio da un terrorista). Si noti che prima del 2006, l'art. 965 c.nav. contemplava tale fattispecie come causa di esonero della responsabilità dell'esercente. Altra ipotesi di esonero si ha quando l'*operator* prova che il danno è stato causato da colpa del danneggiato (art. 6).

<sup>29</sup> La Convenzione di Roma del 1952 esclude la limitazione quando il danneggiato provi il dolo dell'*operator* o dei suoi ausiliari purché, in caso di dolo di quest'ultimi, essi abbiano agito non soltanto nell'esercizio delle loro funzioni, ma anche nei limiti delle loro attribuzioni; quando il soggetto responsabile si sia appropriato di un aeromobile in maniera illecita e lo utilizza senza il consenso della persona che ha il diritto di utilizzarlo. Viene inoltre aggiunto come ipotesi di esclusione della limitazione, a chiaro scopo sanzionatorio, il caso dell'esercente che non ha contratto o mantenuto in vigore o stipulato secondo le modalità previste dalla legge l'assicurazione obbligatoria.

che essi potranno pretendere a titolo di risarcimento.

È proprio questo l'aspetto su cui si sono appuntate le maggiori critiche atteso che il processo di riforma internazionale è rimasto fermo agli anni '50, con evidenti problemi di incostituzionalità qualora si fosse previsto un limite tale da non garantire un congruo risarcimento<sup>30</sup>.

Tale pericolo è comunque notevolmente attenuato dal nuovo art. 971 c.nav. che stabilisce che il risarcimento complessivo dovuto dall'esercente è limitato alle somme previste dalla normativa comunitaria come copertura assicurativa minima della responsabilità verso i terzi per incidente per ciascun aeromobile (v. art. 7 reg. CE 21 aprile 2004 n. 785)<sup>31</sup>.

## 6. *Le prospettive di riforma*

Gli interventi legislativi, nazionali, comunitari ed internazionali che si sono succeduti nell'ultimo decennio hanno contribuito notevolmente a semplificare il sistema risarcitorio sia per il volo mercantile, sia per quello effettuato dagli aeromobili di Stato, con un indubbio vantaggio per il danneggiato.

L'esclusione dei disastri provocati dagli aeromobili di Stato dall'ambito di applicazione del codice della navigazione aveva dato luogo a non poche incertezze sul regime da applicare dibattendosi tra utilizzo dell'art. 2043 c.c. o dell'art. 2050 c.c.

A ciò si associavano i dubbi connessi agli evanescenti limiti di tale categoria, per cui l'alternativa tra l'applicazione del diritto comune o di

<sup>30</sup> C. Cost., 6 maggio 1985 n. 132, in *Dir. mar.*, 1985, p. 751. Il giudice delle leggi ha stabilito che quando il limite risarcitorio si riferisce a sinistri alla persona trova giustificazione solo qualora siano predisposte garanzie di certezza e adeguatezza per il ristoro del danno, in assenza delle quali la limitazione contrasta con l'art. 2 Cost.

<sup>31</sup> Se si prende ad esempio un grosso aeromobile come un Boeing 777, che pesa 340.000 Kg., secondo la Convenzione di Roma del 1952 il limite per accidente è di €. 39.500.000, mentre secondo il protocollo del 1978 addirittura è di 24.915.000. Ancora più divaricato è il limite per morte o lesione personale, perché questo è di €. 500.000 per la Convenzione di Roma del 1952 e di appena €. 137.500 per il protocollo del 1978. Con in richiamo operato dal nuovo art. 971 c.nav. alla normativa comunitaria il limite risarcitorio per il caso in considerazione sarà di €. 600.000.000 per incidente, senza che vi siano limitazioni per il danno alla persona. L'esempio è tratto da L. TULLIO, *La regressione del sistema della responsabilità per i danni ai terzi sulla superficie*, in *Dir. trasp.*, 2008, p. 1 ss. Si pensi che prima della riforma il limite risarcitorio sarebbe stato fissato in circa €. 1.600.000.

quello speciale, con effetti sui criteri di imputazione, sul danno risarcibile, sulla sottoposizione ad un limite risarcitorio, ecc., era spesso rimessa a criteri non univoci.

Tutto questo sembra superato perché con la riforma del 2006 si è ricondotta la disciplina dei disastri provocati da aeromobili di Stato al regime speciale previsto dal codice della navigazione e, al contempo, si è aggiornato quest'ultimo eliminando la differenza tra voli interni ed internazionali, il tutto con importanti adattamenti capaci di far rimanere il sistema all'interno delle garanzie date al danneggiato dalle norme europee e costituzionali. C'è da chiedersi se tale assetto è destinato a durare nel tempo e cioè se verrà mantenuto a livello internazionale un sistema di responsabilità dell' esercente per attività lecita oppure se si ritornerà a sistemi basati sulla colpa.

Il dibattito è ancora aperto.

Infatti, come s'accennava all'inizio, nel 2004 a Montreal, sulla scia delle conseguenze che l'attentato del disastro alle torri gemelle di New York del 9 settembre 2001 aveva avuto sul mercato assicurativo, è stato elaborato un progetto di riforma della Convenzione di Roma del 1952.

In estrema sintesi, per i danni ordinari si prevede un sistema di responsabilità molto simile a quello della Convenzione di Montreal del 1999 relativo ai danni sofferti dai passeggeri, con abbandono quindi per questi della filosofia sottesa alla Convenzione di Roma del 1952 in favore del ritorno ad un sistema di imputazione di matrice soggettiva, seppur temperata dal meccanismo del cd. *two tier liability regime*.

Solo per i danni provocati dai eventi terroristici si mantiene il criterio della responsabilità oggettiva, assoluta e canalizzata con l'obbligo assicurativo e limite risarcitorio per incidente, accompagnata da un meccanismo di risarcimento complementare garantito da una specie di fondo deputato ad intervenire per compensare i danni che eccedono l'entità del limite.



PAOLA LIBERANOME

## **Le pratiche commerciali sleali**

SOMMARIO: 1. Le ricadute dell'applicazione di direttive comunitarie a tutela del consumatore sul diritto privato interno. - 2. Tutela del consumatore e codice del consumo. - 3. Il recepimento in Italia della dir. 29/2005: il d.lgs. n. 146 del 2007. - 4. Il piano dei rimedi.

### ***1. Le ricadute dell'applicazione di direttive comunitarie a tutela del consumatore sul diritto privato interno***

Come accade per molti altri sistemi giuridici, anche per il diritto italiano si assiste ad una progressiva "europeizzazione" del diritto interno. In particolare modo, sul terreno del diritto dei consumatori si assiste ad un processo che pare inarrestabile di riavvicinamento tra i vari diritti nazionali e, nell'ambito di questi, tra le diverse famiglie che, tradizionalmente, hanno raggruppato i diversi ordinamenti<sup>1</sup>, processo che ha portato ad innalzare le stesse aspettative delle istituzioni comunitarie che da tempo sostengono con fermezza i tentativi di creazione di un diritto europeo dei contratti.

Si è così passati dall'ambire ad una armonizzazione delle differenti normative nazionali in tema di contratti alla esigenza, che appare ormai sempre più concretamente realizzabile, di ottenere un vero e proprio codice unico e comune dei contratti; se non un vero e proprio codice europeo, almeno un codice europeo dei contratti.

Volendo, tuttavia, rimanere sul piano dei fatti e delle realtà già concretamente operanti, è chiaro che una straordinaria esperienza nel senso di una progressiva uniformazione si è avuta, e continua ad evolvere, nella disciplina comunitaria dei contratti con i consumatori, disciplina che a partire dalla metà degli anni settanta inizia a muovere i primi passi seguendo due principi di fondo: da un lato, la tutela del consumato-

<sup>1</sup> Sul tema in riferimento alla prospettiva del diritto italiano si veda: G. ALPA, *I contratti dei consumatori*, in *Giur. sist. dir. civ. e comm.*, 1999, p. 470 e ss.

re, quale soggetto per definizione "debole", contro i rischi della contrattazione con il professionista; dall'altro l'esigenza di informazione che caratterizza la posizione di questo soggetto debole, informazione attraverso cui si realizza, in parte, la stessa tutela<sup>2</sup>.

Ci troviamo di fronte, in questo caso, ad una esperienza che mira alla armonizzazione e non anche alla sovrapposizione o alla creazione di identiche realtà o di una realtà unica, posto che l'attuazione delle direttive lascia, come è noto, per quanto dettagliate le stesse possano essere, sempre un margine d'azione per il legislatore nazionale<sup>3</sup>. Ciò non toglie, tuttavia, che l'impatto sul diritto privato interno è stato e continua ad essere notevole<sup>4</sup>.

Il legislatore nazionale deve, inoltre, fare i conti con un fenomeno ancora diverso, definito come "comunitarizzazione"<sup>5</sup> che si attua per il tramite dell'opera della dottrina, delle corti nazionali e, da ultimo, della Corte di Giustizia Europea, con tutte le ricadute che anche questi ulteriori "veicoli" di diritto comunitario hanno sul panorama del diritto interno e con tutte le problematiche ad esse associate per quanto concerne il ruolo del diritto comunitario nella gerarchia delle fonti nonché sotto il delicato profilo dell'ermeneutica<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> G. ALPA, *Introduzione al diritto contrattuale europeo*, Roma-Bari, 2007, p. 29 e ss.

<sup>3</sup> Tuttavia, qualche Autore ha sottolineato come il diritto dei consumatori stia sempre più diventando un «sistema chiuso [in cui] le direttive più recenti, dettagliate e precise, sono rivolte all'armonizzazione massima, e la stessa Corte di Giustizia, nelle sue decisioni, ha limitato la possibilità dei legislatori nazionali di andare al di là del livello di protezione posto dalle direttive: l'omogeneità prevale sulla creatività» (G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo»*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 30).

In senso critico rispetto alla tendenza verso una armonizzazione non più minima ma portata al massimo livello anche G. HOWELLS, T. WILHELMSSON, *EC consumer law: has it come of age?*, in *European law rev.*, 2003, p. 307 e ss. Gli Autori valutano negativamente l'evoluzione del diritto dei consumatori di matrice comunitaria quando esso si dirige verso il raggiungimento di una armonizzazione massima, la quale bloccherebbe lo sviluppo dei diritti nazionali, ostacolando il dialogo tra questi e l'ordinamento comunitario, con l'ulteriore effetto negativo di spingere verso il basso il livello di protezione riconosciuto ai consumatori a livello locale.

<sup>4</sup> E questo è vero non solo in materia contrattuale ma anche in altri ambiti in cui la produzione normativa comunitaria si è espressa con particolare efficacia (come in tema di responsabilità extracontrattuale o sul versante del diritto commerciale e societario).

<sup>5</sup> In tal senso F. SABATINI, *Il diritto privato ed il contesto comunitario: la ricerca di conformità e l'interpretazione del diritto nazionale alla luce delle direttive*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 113 e ss.

<sup>6</sup> Si pensi alla necessità di interpretare, nel caso di mancata o inesatta attuazione di una direttiva, il diritto nazionale alla luce dei principi che caratterizzano la direttiva («in-

Sebbene dunque attraverso e solo di riflesso rispetto al diritto comunitario, anche il diritto privato italiano si volge a considerare in una prospettiva specifica e differenziata il consumatore<sup>7</sup>. Il termine stesso entra a far parte del codice civile, cui era rimasto fino ad allora sconosciuto, nel 1996 in virtù e per l'effetto dell'art. 25 della l. n. 52 del 1996 relativa alla disciplina delle clausole vessatorie. Con questa nuova categoria giuridica lo stesso codice civile è chiamato a confrontarsi, come lo erano stati in precedenza la dottrina e gli interpreti, categoria che richiama ad un nuovo modo di guardare alla persona e quindi ai diritti che ad essa si accompagnano.

Dal diritto comunitario è così trasmigrata direttamente nel diritto privato interno una nuova categoria giuridica, attributo della persona, come d'altro canto passano dei principi indissolubilmente legati al diritto dei consumi di matrice comunitaria: il principio dell'informazione del consumatore, quello della concorrenza leale e, più in generale, della buona fede di "coloritura" comunitaria, quello della trasparenza.

Il dialogo ed il costante confronto tra diritto interno e diritto comunitario, dunque, arricchisce il diritto italiano, costringendolo a confrontarsi con problemi, categorie e principi che gli erano estranei, ammodernandolo ed allo stesso tempo ponendolo anche di fronte alla necessità di valutare l'impatto dirompente sulla struttura tradizionale dell'ordinamento nonché alla sfida imposta dal dover dialogare a volte con un legislatore che potrebbe assumere le vesti di un nuovo monarca.

interpretazione conforme»), necessità per il giudice che è stata ulteriormente rafforzata dalla possibilità di ottenere il risarcimento dei danni cagionati al singolo dal mancato recepimento di una direttiva come anche da una inesatta applicazione del diritto comunitario. Di fatto, in questa maniera, si viene a riconoscere una sorta di portata ed applicazione indiretta di una direttiva.

Chiaro è, poi, che l'interpretazione conforme si impone, a maggior ragione, per il caso in cui una direttiva sia invece stata recepita, assurgendo così a canone ermeneutico volto ad operare anche rispetto ad una norma interna ma di derivazione comunitaria.

<sup>7</sup> La scoperta da parte del legislatore della categoria del "consumatore" risale, per quanto riguarda l'Europa, agli anni settanta, eccezion fatta per l'Italia in cui la tutela del consumatore è materia per le speculazioni della dottrina e rispetto alla quale il legislatore nazionale, a differenza di quello regionale, nei limiti ad esso consentiti, rimane indifferente (si veda: G. ALPA, *Diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2003).

## 2. Tutela del consumatore e codice del consumo

La frammentazione degli interventi a tutela del consumatore ha spinto il legislatore italiano, nel tentativo di dare organicità ed ordine al settore, all'adozione di un codice, il Codice del consumo, che funga da raccoglitore di tutti gli interventi normativi che abbiano ad oggetto i rapporti tra consumatori, da un lato, e professionisti, dall'altro.

L'art. 1 del codice del consumo, individuando l'oggetto della disciplina, specifica che la stessa: «armonizza e riordina le normative concernenti i procedimenti di acquisto e consumo, al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti».

Una codificazione di settore che nasce, dunque, con l'intento di semplificare il compito dell'interprete e dell'operatore del diritto e, se possibile, di migliorare la qualità stessa del settore, che si inserisce in una tendenza che ci riporta dall'età della «decodificazione» ad una nuova era di «ricodificazione»<sup>8</sup>, rispetto alla quale interesse primario diventa quello della semplificazione nel reperimento delle fonti.

Seppure di codice si parla, è chiaro, tuttavia, che siamo lontani dall'idea di codificazione incarnata dai codici ottocenteschi. Questo nuovo codice non ha, evidentemente, l'aspirazione alla completezza e alla mancanza di lacune, non è chiamato a rappresentare la legge e la sua certezza, ma nasce con pretese ben meno ambiziose e più pratiche. Questo è un codice che deve servire a riunire la pluralità di interventi del legislatore nella materia del diritto dei consumatori, riconducendo, pertanto, ad unità ciò che è sparso in una molteplicità di normative; è, però, anche un codice che nasce, proprio in vista dei suoi obiettivi e delle finalità che è chiamato a perseguire, privo di una sua peculiare architettura, mancanza questa che emerge in tutta evidenza quando lo si compara con il codice civile.

E quello del rapporto con il codice civile diventa uno dei problemi principali. Come si raccordano le due discipline? In quale rapporto si pongono le norme del codice del consumo rispetto a quelle contenute nel codice civile e, in particolare, rispetto alla disciplina generale del contratto?

Il codice del consumo viene immediatamente individuato come inammissibilmente legato al codice civile, come settore non autonomo rispetto

<sup>8</sup> Così N. IRTI, «Codici di settore»: compimento della «decodificazione», in *Codificazione, semplificazione e qualità delle regole*, a cura di A. M. Sandulli, Milano, 2005, p. 17 e ss.

al diritto civile codificato, di cui risulta, piuttosto, una «sotto-specificazione»<sup>9</sup>. Le norme in esso contenute vengono considerate non come “speciali” rispetto a quelle del codice civile ma come «complementari o collegate»<sup>10</sup>, in maniera tale da potersi ancora parlare di centralità del codice civile, che va, tuttavia, di necessità raccordato con i vari microsistemi di settore da cui trae nuova linfa vitale. Il “nuovo” è complementare all’“antico”, l’uno va letto alla luce dell’altro. La nuova codificazione comporterà una nuova lettura di norme che vantano una lunga tradizione così come le “vecchie” categorie e i principi alla base del codice civile permetteranno di gettar luce sulle disposizioni del nuovo codice. Ciò che appare impensabile, oltre che inutile, se non dannoso, è, invece, considerare le due realtà a “compartimenti stagni”.

Questa interscambiabilità diventerà, poi, come vedremo meglio in seguito, fondamentale proprio quando si tratterà di dover considerare l’ingresso di nuovi aspetti, istituti, principi nel nostro diritto, novità veicolate spesso proprio attraverso il diritto dei consumatori comunitario.

Questa ricchezza comporta, evidentemente, anche una certa complessità o da questa stessa deriva. Perché la complessità possa essere governata e non si trasformi in caos è, tuttavia, necessario affidarsi a regole certe e canoni rigidi di interpretazione, volti a guidare l’interprete nella soluzione delle antinomie.

Una delle regole cui rifarsi è sicuramente, in tal senso, l’art. 38 del codice del consumo, la quale stabilisce che: «per quanto non previsto dal codice [del consumo], ai contratti conclusi tra il consumatore ed il professionista si applicano le disposizioni del codice civile». Il codice civile è, dunque, costante punto di riferimento, come lo sono le sue norme che non siano né contrastanti né incompatibili con quelle del codice di settore, chiamate ad integrare quest’ultimo e le sue inevitabili lacune<sup>11</sup>. Viene, pertanto, sancita in questa sede, l’applicabilità della disciplina generale del contratto ai contratti dei consumatori, che con questa dovranno confrontarsi ed articolarsi.

<sup>9</sup> G. ALPA, *I diritti dei consumatori e il «Codice del consumo»*, cit., p. 27.

<sup>10</sup> L. ROSSI CARLEO, *Il codice del consumo: prime impressioni fra critiche e consensi*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 33 e ss.

<sup>11</sup> D’altro canto il legislatore ribadisce all’art. 135, II comma, in tema di vendita di beni di consumo, che: «per quanto non previsto dal presente titolo, si applicando le disposizioni del codice civile in tema di vendita».

Quanto, tuttavia, sia riuscita quest'opera di codificazione è un aspetto del quale si può e si deve discutere. L'idea stessa di codice trova fautori e detrattori; la sua attuazione pratica lascia, poi, come è inevitabile che sia, il fianco aperto a diverse critiche. Si è, infatti, fatto notare come, al di là del trionfalismo con cui si era guardato al nuovo codice che avrebbe aperto una nuova e più proficua stagione per la tutela dei consumatori, l'obiettivo stesso di riunificazione in un unico testo degli interventi a tutela di tale categoria sia stato disatteso e frustrato. Molti altri settori del diritto avrebbero, infatti, per una organica e completa ricostruzione degli strumenti di tutela, dovuto essere considerati ed inclusi<sup>12</sup>. La pretesa di completezza sembrerebbe, pertanto, resistere solo per quanto riguarda le norme di base del diritto dei contratti dei consumatori, tanto da far parlare più di una raccolta o «consolidazione» di leggi che di un vero e proprio codice<sup>13</sup>.

Altro attacco deriva, poi, dalla difficoltà di riconoscere una portata unificante sulla base di una serie di principi applicabili all'intera materia e capaci di disegnare un sistema coerente e unitario, caratteristiche che difficilmente è dato riscontrare in questo codice, cui pare mancare proprio la forza ordinante delle sue norme<sup>14</sup>. Il sistema sembra essere, pertanto, imperniato ed ordinato solo attorno alla definizione e nozione di «consumatore» cui si demanda, pertanto, un arduo compito, quello di reggere e tenere in piedi, giustificandola, l'intera architettura del codice. Eppure, a ben guardare, anche la stessa nozione di consumatore all'interno del codice non appare unitaria ed univoca<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Come alcuni provvedimenti concernenti il diritto alimentare ma con punti di contatto anche con la tutela del consumatore (es. etichettatura di prodotti agroalimentari), oppure in tema di risparmio energetico o vendita o locazione di immobili per uso abitativo (in tal senso vedi: R. CALVO, *Il «Codice del Consumo» tra consolidazione di leggi e autonomia privata*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 74 e ss.) o ancora le norme sul credito al consumo e così via.

<sup>13</sup> R. CALVO, *supra*, p. 80.

<sup>14</sup> In tal senso L. DELOGU, *Leggendo il codice del consumo alla ricerca della nozione di consumatore*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 93.

<sup>15</sup> Infatti, l'art. 3, lett. a), parla di: «consumatore o utente: [quale] persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta», riprendendo la classica definizione di consumatore importata dal diritto comunitario. Tuttavia, all'art. 5.1, del titolo II della parte II, si precisa che: «ai fini del presente titolo, si intende per consumatore o utente anche la persona fisica alla quale sono dirette le informazioni commerciali», mentre nell'art. 18.2 del titolo III della parte II, si dice che: «si intende per consumatore o utente anche la persona fisica o giuridica cui sono dirette le comunicazioni commerciali o che ne subisce le conseguenze» e, da ultimo, l'art. 83, lett. c),

La tecnica di redazione del codice è stata sottoposta ad un attento vaglio e ad un'aspra critica, che ha portato la dottrina a parlare di un «taglia e incolla», ponendo l'accento sugli aspetti meramente compilativi dell'operazione<sup>16</sup>, che riporterebbero più all'idea di una semplice raccolta di leggi senza molte pretese, del testo unico, che non a quella di un vero codice in grado di garantire la specificità del sistema, di riorganizzarlo e di introdurre aspetti innovativi, al contempo indicando il rapporto delle norme in esso contenute con quelle provenienti da fonti diverse.

Quanti, invece, riconoscono degli aspetti positivi nell'opera posta in essere non mancano di sottolineare come il fatto stesso di aver preso delle norme sparse ed averle ricollocate, cambiandone così la «geometria», apra nuove possibilità e di per sé innovi la materia<sup>17</sup>.

La necessaria integrazione delle due fonti, il codice civile ed il codice del consumo, e le operazioni di ermeneutica che verranno fatte l'una alla luce dell'altra, la complementarità dei testi, il passaggio di principi, lo scambio di categorie giuridiche non può che considerarsi in sé un bene; in tal senso, dunque, la codificazione si riappropria di significato e all'intera opera può venire riconosciuto l'aspetto innovativo, che mai dovrebbe mancare in un codice, se di questo si tratta.

individua la figura del «consumatore di pacchetti turistici» quale: «acquirente, cessionario di un pacchetto turistico o anche da nominare, purché soddisfi tutte le condizioni richieste per la fruizione del servizio, per conto della quale il contraente principale si impegna ad acquistare senza remunerazione un pacchetto turistico». Inoltre, non può trascurarsi che nell'art. 123 del codice il legislatore non parla più di consumatore ma, vista la materia, di danneggiato, anche se, per individuarlo, fa nuovamente ricorso ai criteri distintivi della figura di consumatore.

<sup>16</sup> M. G. FALZONE CALVISI, *Il «taglia e incolla» non si addice al legislatore*, in *Contr.e impr. Eur.*, 2006, p. 101 e ss. L'aspetto innovativo viene, al contrario, individuato da qualche Autore anche nel solo inserimento delle regole in un contesto nuovo ed unitario che ne ha inevitabilmente cambiato la «geometria» (A. GENTILI, *Codice del consumo ed esprit de géométrie*, in *Contratti*, 2006, p. 172).

<sup>17</sup> «le norme preesistenti, riprodotte, anche invariate, sotto l'aulico nome, legittimano operazioni ermeneutiche ed integrative che fanno progredire il diritto europeo dei contratti. Per il solo fatto di cambiare geometria, il Codice ha innovato» (A. GENTILI, *supra*, cit., p. 159, nello stesso senso anche G. ALPA, *Commento al codice del consumo*, in *Contratti*, 2005, p. 1047 e ss.).

### 3. Il recepimento in Italia della dir. 29/2005: il d.lgs. n. 146 del 2007

In tema di pratiche commerciali scorrette, il legislatore italiano non si è fatto attendere, recependo prontamente, tra i primi in tutta Europa, la relativa Direttiva comunitaria, destinata a trovare applicazione in tutta l'Unione a partire dal 12 dicembre 2007<sup>18</sup>.

Con il decreto legislativo n. 146 del 2 agosto 2007, pubblicato nella G.U. del 6 settembre 2007, il legislatore italiano ha, in primo luogo, inteso separare la disciplina delle pratiche commerciali scorrette da quella della pubblicità ingannevole e comparativa nei rapporti tra imprese, oggetto di un diverso decreto, materie, invece, unitamente trattate e disciplinate dal legislatore comunitario.

Un primo dubbio è dunque sciolto e riguarda la collocazione che la normativa troverà nel nostro sistema. La scelta operata è, infatti, per l'introduzione delle disposizioni nella Parte II del Codice del Consumo, con l'introduzione degli articoli dal 18 al 27.

Con l'art. 18 si apre così il Capo I, dedicato alle "Disposizioni generali", in cui trovano collocazione definizioni classiche, come quella di consumatore, professionista, prodotto, e definizioni specifiche relative all'ambito di operatività del decreto, tra cui quella di «indebito condizionamento», indicato quale: «sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole».

L'ambito di applicazione delineato nel successivo art. 19 si estende fino a coprire il momento antecedente, quello della durata dell'operazione commerciale e quello successivo alla sua conclusione, specificandosi ancora una volta che resta in ogni caso impregiudicata l'applicazione delle norme in materia contrattuale ed in particolar modo di quelle concernenti la formazione, la validità o l'efficacia del contratto, come

<sup>18</sup> Si vedano in dottrina i recenti interventi: AA. Vv., *Le pratiche commerciali sleali. Direttiva comunitaria ed ordinamento italiano*, a cura L. Rossi Carleo e E. Minervini, Milano, 2007; AA. Vv., *Le «pratiche commerciali sleali» tra imprese e consumatori. La direttiva 2005/29/CE e il diritto italiano*, a cura di G. De Cristoforo, Torino, 2007; G. DE CRISTOFARO, *La difficile applicazione della direttiva 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra imprese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contr.impr./Eur.*, 2007, p. 1 e ss.; P. BARTOLOMUCCI, *L'attuazione della direttiva sulle pratiche commerciali scorrette e le modifiche al codice del consumo*, in *Rass. dir. civ.*, 1, 2008, p. 267 e ss.

quelle che attengono alla salute ed alla sicurezza dei prodotti e quelle che disciplinano competenza giurisdizionale e professioni regolamentate. Ancora una volta, sulla scia del testo comunitario, si ribadisce, inoltre, che le norme in oggetto sono di natura generale, norme quadro destinate ad arretrare in caso di contrasto con disposizioni che disciplinino aspetti specifici concernenti le pratiche commerciali scorrette.

Il Capo II è dedicato specificamente alle pratiche commerciali scorrette, di cui è fatto espresso divieto all'art. 20, comma I, chiarendosi al comma II, che tale è la pratica quando: a) è contraria alla diligenza professionale, definita nell'art. 18, lett. h), come: «normale grado della specifica competenza ed attenzione che ragionevolmente i consumatori attendono da un professionista nei loro confronti rispetto ai principi generali di correttezza e di buona fede nel settore di attività del professionista»); b) «falsa o è idonea a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico, in relazione al prodotto, del consumatore medio che essa raggiunge o al quale è diretta o del membro medio di un gruppo qualora la pratica commerciale sia diretta a un determinato gruppo di consumatori», dovendosi, tuttavia, tener conto, nel caso di un gruppo di consumatori particolarmente vulnerabili in ragione della loro età o infermità fisica o mentale o per la loro «ingenuità», dell'individuo medio di tale gruppo specifico.

I due requisiti vengono posti l'uno di seguito all'altro nelle due lettere a) e b) ed è, dunque, lecito domandarsi se siano da considerarsi come requisiti che unitamente debbano riscontrarsi in una pratica commerciale perché la stessa possa essere considerata scorretta o se, al contrario, indichino due distinte ipotesi di pratiche genericamente scorrette, configurandosi la prima come violazione della diligenza professionale e l'altra quale comportamento in sé idoneo a falsare in maniera considerevole il processo decisionale del consumatore medio. La prima lettura pare, tuttavia, preferibile, almeno in linea con quanto la dottrina ha inteso anche in relazione alla lettura fornita della disciplina comunitaria<sup>19</sup>. Si suddi-

<sup>19</sup> M. ORLANDI, *Scelta la «completa armonizzazione» per ridare fiducia ad imprese e utenti*, in *Guida al diritto*, 4/2005, p. 44 ss.; F. GOMEZ, *The unfair commercial practices directive: a law and economics perspective*, in *European review of contract law*, 2006, p. 4 ss.; T. BROGGIATO, *La direttiva n. 2005/29/CE «sulle pratiche commerciali sleali»*, in *Dir. Banca e mer. fin.*, 2006, 22 ss.; E. GUERINONI, *La direttiva sulle pratiche commerciali sleali. Prime note*, in *I contratti*, 2/2007, 173 ss.; G. DE CRISTOFARO, L. DI NELLA, R. CALVO, A. CIATTI, R. DI RAIMO, *Cinque voci sulla direttiva comunitaria 2005/29/CE concernente le pratiche commerciali sleali nei rapporti tra im-*

vidono, poi, le pratiche scorrette in due gruppi: quello delle pratiche ingannevoli e quello delle pratiche aggressive, per ciascuno dei quali vengono individuate ipotesi di pratiche in ogni caso da considerarsi scorrette (artt. 23 e 26).

Come già aveva fatto il legislatore comunitario, le pratiche ingannevoli vengono distinte in azioni ed omissioni ingannevoli. Le prime (art. 21) attengono a pratiche commerciali che implicino l'utilizzo di informazioni non veritiere o che, pur risultando «formalmente corrette», nel loro complesso risultino idonee ad ingenerare nel consumatore medio un errore, spingendolo ad assumere una decisione che diversamente non avrebbe preso, informazioni che riguardino una serie di aspetti specificamente individuati ed indicati nelle lettere dalla *a*) alla *g*) dell'art. 21<sup>20</sup>. Nel distinto art. 21 *bis* si prendono invece in considerazione quelle pratiche commerciali che siano destinate a minacciare la salute e la sicurezza dei consumatori in quanto omettano di informare gli stessi circa la pericolosità di determinati prodotti o che, essendo rivolte, come *target* di tipo commerciale, a bambini o adolescenti, ne possano anche solo indirettamente minacciare la sicurezza.

L'art. 22 si occupa delle omissioni ingannevoli, cioè dell'omissione di informazioni che il consumatore avrebbe dovuto al contrario ricevere al fine di poter prendere una «decisione consapevole», cui viene, dal secondo comma dell'articolo in commento, equiparato il comportamento del professionista che fornisce nasconde o rende volutamente ambigue o incomprensibili le informazioni che presenta o che, ancora, le presen-

*prese e consumatori: proposte e prospettive*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 1/2007, p. 1 e ss.; R. INCADORNA, *La direttiva 2005/29/Ce sulle pratiche commerciali sleali: prime valutazioni*, in *Dir. com.*, 2006, p. 361 e ss.; P. MAGNANI, *Direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra imprese e consumatori sul mercato interno*, in *Guida dir.*, 4, 2005, p. 32 e ss.; P. BARTOLOMUCCI, *La proposta di direttiva sulle pratiche commerciali sleali: note a prima lettura*, in *Contratti*, 2005, p. 954 e ss.

<sup>20</sup> Si tratta di informazioni che riguardano la natura o l'esistenza del prodotto, le sue caratteristiche principali, il suo prezzo ed aspetti a questo legati, la portata degli impegni che il professionista assume in relazione alla transazione ed al prodotto, ciò che attiene alla sua manutenzione o sostituzione, ricambio o riparazione, ciò che riguarda la natura, le qualifiche ed i diritti che spettano al professionista oppure ad agenti di questo, i diritti che il consumatore stesso può lecitamente vantare. Sono altresì richiamate e, pertanto, debbono intendersi vietate tutte quelle pratiche che hanno ad oggetto la commercializzazione, il marketing di un prodotto che siano atte ad ingenerare confusione, nonché quelle concernenti ogni tipo di impegno assunto dal professionista nelle comunicazioni commerciali cui lo stesso non tenga successivamente fede.

ta in maniera intempestiva. Nel giudicare, tuttavia, le omissioni una particolare attenzione dovrà essere prestata al mezzo di comunicazione utilizzato, alle modalità, dunque, con cui normalmente avviene la presentazione di informazioni in quel particolare contesto, tenendo nel dovuto conto sia «le restrizioni in termini di spazio o di tempo» sia, comunque, degli altri mezzi approntati dal professionista per rendere accessibili le medesime informazioni.

Non ogni omissione nel senso specificato deve, tuttavia, ritenersi rilevante; vengono, infatti, considerate tali, nel caso di invito all'acquisto, solo quelle specificamente indicate nel comma IV<sup>21</sup>, qualora, però, non risultino già evidenti dal contesto, cui si aggiungono, stante quanto stabilito nel comma V, tutti gli obblighi di informazione disposti dal diritto comunitario. L'art. 23, invece, prevede l'elencazione di una serie di pratiche che sono in ogni caso considerate ingannevoli e, come tali, vietate.

Ciò che ancora una volta rileva è la tutela, dunque, del consumatore nel momento in cui decide di stipulare un contratto e porre in essere una determinata transazione economica, sottolineata, in questi primi due casi, dalla necessità che la sua sia e possa essere una scelta consapevole ed informata e che nei successivi artt. 24 e 25 il legislatore si impegna a tutelare quale scelta pienamente libera da ogni possibile condizionamento o pressione. Sono, infatti, considerate aggressive ai sensi dell'art. 24 tutte quelle pratiche che, tenuto conto di tutte le particolarità e specificità dei singoli casi, incidano, limitandola in maniera rilevante, sulla libertà di scelta del consumatore medio che, in seguito a molestie, a qualunque forma di coercizione, anche fisica, o di indebito condizionamento venga indotto a prendere una decisione che senza tali pressioni non avrebbe invece adottato.

L'art. 25 specifica che per la determinazione del carattere di aggressività o meno di una pratica bisognerà tener presente: «a) tempo, luogo, natura o persistenza; b) ricorso alla minaccia fisica o verbale; c) lo sfruttamento da parte del professionista di qualsivoglia evento tragico o circostanza specifica di gravità tale da alterare la capacità di valutazione del

<sup>21</sup> Anche in questo caso saranno rilevanti le informazioni concernenti le caratteristiche principali del prodotto, l'individuazione del professionista, l'indicazione del prezzo e di eventuali spese ulteriori, le modalità di pagamento, di consegna ed esecuzione, nonché quelle relative alla gestione dei reclami, infine le indicazioni relative ad un eventuale diritto di recesso o ad ottenere lo scioglimento del contratto.

consumatore, al fine di influenzarne la decisione relativa al prodotto, d) qualsiasi ostacolo non contrattuale, oneroso o sproporzionato, imposto dal professionista qualora un consumatore intenda esercitare diritti contrattuali, compreso il diritto di risolvere un contratto o quello di cambiare prodotto o rivolgersi ad un altro professionista; e) qualsiasi minaccia di promuovere un'azione legale ove tale azione non sia giuridicamente ammessa.

Tornano così in rilievo il tema delle asimmetrie contrattuali, della tutela della parte debole di un contratto, l'esercizio di forme di pressioni e condizionamenti che non cadono nelle maglie degli altri vizi del volere. In particolare è evidente come potrà rilevare in quanto pratica commerciale scorretta quella pratica che veda l'utilizzo da parte del professionista di un particolare tipo di linguaggio che si concreti in una minaccia verbale come ogni tipo di sfruttamento di circostanze ed eventi tali rendere vulnerabile il consumatore, ampio ambito questo in cui ben possono inserirsi molteplici comportamenti censurabili oramai non più solo sul piano etico e morale.

Alcuni esempi di pratiche che vengono poi considerate sicuramente aggressive e, dunque, censurate sono indicati nell'art. 26, che tocca punti caldi come quelli delle visite non gradite al domicilio del consumatore, delle ripetute sollecitazioni commerciali effettuate telefonicamente o tramite fax, posta elettronica ed altri mezzi, o ancora quello delle esortazioni all'acquisto rivolte ai minori.

Rispetto allo spettro più ampio delle opzioni fornite dalla direttiva, il legislatore italiano, tuttavia, preferisce fermarsi al riconoscimento di una tutela sostanzialmente di tipo amministrativo (art. 27).

L'Autorità garante della concorrenza e del mercato viene infatti investita di un potere di inibizione delle pratiche riconosciute scorrette, con possibilità, in casi di urgenza, di comminare una sospensione provvisoria. Nell'ambito dei suoi poteri di indagine può chiedere informazioni ed applicare relative sanzioni pecuniarie in caso di mancato ottemperamento all'ordine o di informazioni false. In caso di una pratica che poi comporti l'utilizzo della stampa, della radio, delle televisioni o di altri mezzi di telecomunicazione, l'Autorità richiederà anche il parere dell'Autorità garante per le telecomunicazioni.

Le sanzioni applicate nel caso di pratiche commerciali riconosciute scorrette sono di natura pecuniaria, si può inoltre aggiungere l'obbligo per il professionista di provvedere a sue spese alla pubblicazione del-

la relativa delibera o alla pubblicazione di dichiarazioni rettificative atte ad eliminare gli effetti di tali pratiche. Contro le decisioni di tale Autorità si potranno proporre ricorsi per i quali sarà competente a giudicare il Tribunale amministrativo.

Il nostro legislatore, dunque, non si spinge molto in là, decidendo di assicurare la tutela del consumatore solo attraverso il ricorso a sanzioni pecuniarie e provvedimenti inibitori che colpiscono le attività scorrette, tralasciando, invece, di toccare il profilo della validità dei negozi conclusi in seguito all'esercizio di tali pratiche e non ritenendo di dover comminare sanzioni di tipo penale, limitandosi, infine, a prevedere la possibilità di adozione di codici di condotta da parte dei professionisti (art. 27 *bis*) e l'istituzione di organismi di autodisciplina.

Si assiste, così, ad un ulteriore atto di quella che può essere definita come «amministrativizzazione» dei conflitti per effetto della quale sempre più spesso viene demandata alle diverse autorità competenti la soluzione dei conflitti e l'irrogazione delle sanzioni.

Tuttavia, la lettura, in particolar modo per ciò che attiene al profilo rimediabile, delle norme appena esaminate pare essere ben più complessa di quello che a primo acchito può sembrare. Esse, infatti, devono in primo luogo essere riconsiderate alla luce del contesto in cui vengono poste – il codice del consumo – ed, in secondo luogo, devono trovare il loro raccordo con la disciplina generale del contratto dettata dal codice civile, cui necessariamente bisogna far riferimento, stante quanto disposto dallo stesso art. 19, nonché dall'art. 38 del codice del consumo (una ulteriore ripetizione dunque di norme di identico contenuto).

Senza dubbio, comunque, il nostro ordinamento è chiamato ora a confrontarsi con la dottrina dell'*undue influence*; gli indebiti condizionamenti sono così penetrati nel nostro sistema e non può più essergli negata rilevanza. La versione in lingua inglese della direttiva comunitaria sulle pratiche commerciali scorrette usa, infatti, l'espressione «*undue influence*» ed, evidentemente, non a caso, intendendo richiamare quella dottrina. Quella precisa espressione è stata poi tradotta con il termine «indebiti condizionamenti», che si ritrova tanto nella versione italiana della direttiva quanto nel decreto di recepimento di questa ultima.

Sebbene, dunque, limitatamente ai contratti dei consumatori possiamo oggi affermare che gli indebiti condizionamenti, che compromettono proprio la libertà di scelta del consumatore, debbono essere presi in considerazione. Il problema che, tuttavia, resta è quello di determinare gli

effetti di tali pressioni sul contratto.

Come abbiamo, infatti, visto, il nostro legislatore sceglie di non dir nulla a proposito dell'atto, il contratto cioè concluso quale frutto delle pratiche scorrette, limitandosi a valutarne l'impatto sull'attività e prevedendo sanzioni in relazione a questa.

Abbiamo, tuttavia, detto che l'aspetto rimediale merita una più attenta analisi. Le norme esaminate vanno, infatti, da un lato ricollocate all'interno del contenitore che le ospita, dall'altro raccordate con le disposizioni generali sul contratto del codice civile.

#### **4. Il piano dei rimedi**

Benché il nostro legislatore non dica nulla a proposito del contratto concluso a seguito delle pratiche scorrette, non si può dubitare del fatto che, grazie al raccordo con il codice civile, assicurato dagli artt. 19 e 38 del codice del consumo, in precedenza esaminati, anche queste ultime siano chiamate ad incidere sulla validità dell'accordo.

Il codice civile, e nello specifico le norme sul contratto in generale, troveranno, infatti, spazio, laddove esista una lacuna della disciplina di settore. Se il legislatore, riprendendo, come fa per l'intero testo, le parole del legislatore comunitario, torna a ripeterci che le pratiche commerciali sleali vengono colpite in quanto minano la capacità di scelta del consumatore, ponendo quale oggetto di tutela dell'intervento l'autonomia negoziale, la volontà del consumatore, non si può pensare che le stesse a nulla rilevino proprio sul fronte del contratto, che di tale volontà ed autonomia è, o dovrebbe essere, il frutto diretto.

Il nostro legislatore, probabilmente, non è uno sbadato e disattento "esecutore materiale" del diritto comunitario. La mancanza di previsioni in merito agli effetti sul contratto delle pratiche scorrette può essere considerata quale volontà di non duplicare, ulteriormente, delle norme e come, implicito, rimando a quella parte generale della disciplina del contratto contenuta nel codice civile ed applicabile agli stessi contratti dei consumatori, in mancanza di una espressa previsione della normativa di settore.

Se, tuttavia, si riconosce l'applicabilità delle norme del codice civile, resta, comunque, il problema di stabilire quali tra le norme generali in tema di invalidità del contratto debbano essere applicate.

Si è detto che oggetto della tutela è la libertà del consumatore di decidere se, con chi ed a quali condizioni contrarre. Pertanto, pare lecito il

richiamo di tutte quelle norme che tale libertà tutelano, in primo luogo proprio di quelle norme che riguardano i vizi della volontà, prevedendo, quale conseguenza per il contratto, l'annullabilità del negozio. Tuttavia, per i casi estremi di mancanza *in toto* della volontà, è chiaro che l'ipotesi della nullità per mancanza di uno dei requisiti essenziali del contratto è, in linea, teorica, parimenti percorribile.

Allo stesso tempo, però, non si può non valutare il fatto che diverse tra loro siano le pratiche ritenute scorrette. Si passa, infatti, da casi estremamente comuni, come quelli delle sollecitazioni all'acquisto telefoniche o effettuate attraverso vari mezzi di comunicazione, a casi estremi di vero e proprio uso della coercizione fisica. Le ipotesi, pertanto, paiono molto diversificate tra loro, come diverso è il grado di compromissione della libertà e della volontà del consumatore. In ragione di tali differenze, dunque, è pensabile il riferimento a norme diverse, con la conseguente applicazione di sanzioni diverse.

La nostra attenzione, tuttavia, viene, nello specifico, rivolta agli indebiti condizionamenti, a quelle pratiche definite come aggressive. Rispetto a questi, la norma ci dice che si tratta di: «sfruttamento di una posizione di potere rispetto al consumatore per esercitare una pressione, anche senza il ricorso alla forza fisica o la minaccia di tale ricorso, in modo da limitare notevolmente la capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole» (art. 18, lett. l).

Si tratta, pertanto, di pensare quale norma generale del codice civile potrebbe meglio attagliarsi a tale fattispecie.

Nel fornirne la definizione, il legislatore pone in primo piano la posizione di potere che il professionista assume rispetto al consumatore, posizione che determina la possibilità per il primo di indurre il secondo ad: «assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 18, lett. e). Ci troviamo di fronte al tipico esempio di *presumed undue influence*, proprio della dottrina proveniente dal diritto inglese, cui pare rifarsi il legislatore comunitario, in cui il tipo di relazione esistente tra le parti fa automaticamente sorgere il dubbio circa l'esercizio di pressioni indebite da parte del soggetto forte, con conseguente alterazione del regolare procedimento di formazione del consenso e dell'accordo, tale da giustificare l'inflizione della sanzione. Così come richiama direttamente alcuni casi di *undue influence* ben noti nel mondo anglosassone il riferimento allo sfruttamento da parte del professionista di eventi tragici o circostanze specifiche di gravità tale da alterare la capacità di

valutazione del consumatore.

Il parallelo con tale categoria potrebbe, dunque, proseguire, fino ad affermarsi la necessità di considerare invalido anche il contratto stipulato a seguito degli indebiti condizionamenti, nella fattispecie da ritenersi annullabile, stante la *voidability* a tale ipotesi ricollegata dall'ordinamento di provenienza.

D'altro canto, l'annullabilità riacquista campo nel diritto europeo dei contratti<sup>22</sup>, pur dovendosi, al contrario, ricordare che a livello di diritto comunitario le scelte operate sembrano sempre più muovere verso la "nullità di protezione", «ossia forme di nullità che hanno come elemento caratterizzante la tutela di un determinato interesse (quello del consumatore). La nullità è "rimedio" nelle mani dell'interessato, il quale è libero di farlo valere o meno ..., anche con esito di recupero parziale del contratto. Essa infatti non travolge l'intero contratto, il quale resta efficace per la parte non colpita dalla nullità.

La *nullità-rimedio* si contrappone alla *nullità sanzione...*<sup>23</sup>.

A favore, invece, della prospettazione, sul piano dei rimedi, di una nullità di protezione giocherebbe ovviamente l'analisi della disciplina delle invalidità predisposte in sede di codice del consumo, in particolar modo tenendosi conto della sanzione prevista per il caso delle clausole abusive (art. 36 codice del consumo)<sup>24</sup>. Tale tipo di nullità opera con caratteristiche pro-

<sup>22</sup> Si vedano: C. CASTRONOVO, *Prefazione all'esizione italiana dei Principi di diritto contrattuale europeo*, Milano, 2001, XLV-XVII; A. DI MAJO, *La nullità*, in *Trattato Bessone, Il contratto in generale*, Torino, 2002, p. 58, ripresi da G. MARINI, *Il contratto annullabile*, cit., p. 327.

<sup>23</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 356.

<sup>24</sup> Osserviamo come, in questo caso, il legislatore non si sia semplicemente limitato a trasferire *sic et simpliciter* la disciplina delle clausole vessatorie – artt. 1469 *bis-sexies* – dal codice civile al codice del consumo, ma abbia innovato, ed in maniera sostanziale, prevedendo la sostituzione del rimedio genericamente indicato come "inefficacia" in seno al codice civile con il ben più determinato rimedio della nullità. Sostituzione terminologica importante perché quella "inefficacia" aveva lasciato molti dubbi nella civilistica italiana, che l'aveva letta a volte come nullità, altre, in vero poche, come annullabilità, ed altre facendo riferimento alla nozione di inefficacia classica (sul tema: A. ORESTANO, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli, E. Minervini, Torino, 2005, p. 381 e ss.; L. VALLE, *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, 2004).

La scelta del legislatore, come ci dice la Relazione al codice del consumo, per la nullità e per il cambiamento è giustificata dalla necessità che permea l'intero codice di semplificare. Viene, dunque, scelta la categoria rimediale della nullità poiché l'esperienza nell'attuazione delle norme del codice civile in tema di clausole abusive aveva insegnato che

prie e distinte rispetto alla nullità “tradizionale”, essendo, come sopra ricordato, un tipo di nullità tendenzialmente parziale, operando a favore del consumatore e, pertanto, essendo azionabile solo da quest’ultimo, e, da ultimo, trovando un certo limite proprio nell’interesse del consumatore che è l’interesse a mantenere il contratto, seppure con le inevitabili modifiche derivanti dall’applicazione del rimedio, tendente al riequilibrio del contratto.

Ovviamente, non resta completamente preclusa la possibilità di invalidare l’intero negozio, laddove la nullità investa clausole ritenute essenziali per l’economia dell’accordo. In tale evenienza, pertanto, la nullità parziale di protezione di alcune clausole non può che ridondare in nullità totale del contratto. Al medesimo risultato, poi, dovrà pervenire il giudice qualora, pur non avendo ad oggetto un elemento essenziale del contratto, la clausola, o meglio la mancanza di essa, determini sul piano dei fatti una impossibilità concreta di portare ad esecuzione il contratto<sup>25</sup>.

Eppure, la scelta per l’annullabilità pare, in qualche maniera, preferibile. A sostegno di tale ipotesi gioverebbe il richiamo, direttamente operato dal legislatore comunitario, alla disciplina dell’*undue influence*. Se, infatti, si analizza la teoria, si vede che essa nasce come inserita nell’alveo dei vizi della volontà, nonostante quanto le più recenti impostazioni possano sostenere.

Le pressioni indebite, quindi, incidono sulla volontà viziandola e, come tali, permettono l’invalidazione dell’accordo, ricorrendo alla *rescission of contract* disposta secondo le regole di *equity*. Sarà, infatti, la corte a disporre lo scioglimento del contratto che, a differenza di quanto accade per la *rescission at common law*, non può essere dallo stesso interessato azionata<sup>26</sup>. Come, d’altro canto accade per la no-

l’inefficacia era stata foriera di non pochi dubbi interpretativi (il nostro ordinamento, d’altro canto, non la conosce come categoria generale applicabile al contratto), mentre la nullità pareva garantire una maggiore tecnicità; senza contare che si sarebbe, in questa maniera, uniformata tale disciplina alle altre in tema di tutela del consumatore, discipline che prevedono, appunto, quanto ai rimedi, il ricorso a delle “nullità speciali”.

Contro la possibilità di ricondurre al quadro della nullità la fattispecie in esame è L. VALLE, *L’inefficacia delle clausole vessatorie e il codice del consumo*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 662 e ss.

<sup>25</sup> F. MARZIO, *Deroga abusiva al diritto dispositivo, nullità e sostituzione di clausole*, in *Contr. e impr.*, 2006, pp. 707-711.

<sup>26</sup> Non va chiaramente confuso il profilo dell’iniziativa, che resta iniziativa individuale circa la proposizione dell’azione, con quello distinto e separato dell’effetto sul con-

tratto – nella fattispecie lo scioglimento – che può essere determinato solo dal giudice e non da una dichiarazione stragiudiziale di chi abbia subito le pressioni indebite.

Questo è quanto accade anche nel nostro ordinamento, che pone in rilievo il profilo individualistico di tale rimedio. Spetta, infatti, alla vittima del vizio la decisione in merito allo scioglimento del contratto; è solo questa che, valutate le proprie esigenze, potrà decidere se agire o meno, poiché quelli che entrano in gioco sono interessi eminentemente privati, almeno secondo la ricostruzione di una parte della dottrina, quella più tradizionale ed ancora oggi predominante, che tiene distinta nullità ed annullabilità proprio grazie alla diversa *ratio* che sostiene le norme e alla differenza degli interessi che si intendono tutelare, interessi che nel caso dell'annullabilità sono di tipo privato mentre in quello della nullità sono di tipo chiaramente pubblico, coinvolgendo la generalità dei consociati (per tutti si veda sul punto: R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 492 e ss.; *contra* F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit., p. 275 e ss., il quale ritiene, al contrario, che anche la nullità per mancanza di uno degli elementi essenziali del contratto sia volta a tutelare interessi privati e non pubblici).

La diversità degli interessi protetti permette anche di stabilire una sorta di gerarchia tra i rimedi, che vede la nullità ontologicamente sovraordinata rispetto all'annullabilità. La prima, infatti, tutela interessi pubblici, generali, che lo stesso ordinamento intende regolare, mentre la seconda guarda agli interessi particolari dei contraenti (in senso critico R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, pp. 523-24 in cui si legge: «..., la violazione dell'interesse collettivo si presenterà come un disordine inaudito, un vizio gravissimo, mentre la lesione dell'interesse individuale figurerà come vizio più lieve, un'imperfezione ... Il quadro giuridico che abbiamo tratteggiato è ancora fruito. Esso dovrebbe essere abbandonato; e, quando verrà abbandonato, verrà ricordato come un quadro infelice ...»).

Si passa così da una differenziazione fondata sulle diverse cause ed il diverso grado di gravità del difetto e, pertanto, su un criterio quantitativo ad un'impostazione che si pone nella prospettiva qualitativa della differenza degli interessi coinvolti.

Il modo di operare d'altro canto ci permette di accostare il rimedio della *rescission at equity* al rimedio *ope exceptionis* che operava nello *ius honorarium* del diritto romano, che conosceva l'*exceptio*, l'*actio de dolo* o l'*actio quod metus causa*, oltre che la *denegatio actionis* e la *restituito in integrum*, quali rimedi azionabili nel caso in cui ci ritrovasse di fronte ad un contratto validamente concluso, in cui uno dei contraenti fosse, tuttavia, risultato vittima di un raggio o di una minaccia, impostazione questa da cui si fa storicamente discendere la dicotomia tra nullità ed annullabilità che caratterizza il nostro ordinamento.

Per la verità, tale dicotomia appariva molto poco chiara nel codice civile del 1865, che, in realtà, parlava genericamente di nullità, non contrapponendola in maniera netta all'annullabilità e, addirittura, distinguendola in maniera piuttosto confusa dalla rescindibilità.

La dicotomia netta e la contrapposizione delle due categorie risulta, invece, un portato delle idee della pandettistica tedesca importate ed adottate dalla nostra dottrina, scontenta di un sistema di nullità che nel codice napoleonico appariva poco evoluto ed alquanto grezzo. «Storicamente, la fortuna della dicotomia di origine germanica si può spiegare, genericamente, con il fascino esercitato sugli studiosi italiani da tutti i risultati della scuola pandettistica. Ma più specificamente la costruzione ha attirato ed ha resistito perché, intorno al nucleo centrale della contrapposizione (fondata sulla operatività automatica delle cause di nullità, e sulla necessità di una reazione nel caso di annullabilità), essa veniva a disporre, quali corollari, una serie di altri elementi differenziatori delle due categorie. La prescrittibilità dell'azione di annullamento ...; la riserva della legittimazione all'annullamento ad una cerchia ristretta di interessati ...; la convalidabilità dell'atto annullabile» (R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 521-22).

stra sentenza di annullamento<sup>27</sup>, anche la sentenza di *equity* comporterà la necessità, avendo efficacia retroattiva, di provvedere alle relative restituzioni (domanda di ripetizione dell'indebito che può, nel nostro ordinamento, essere proposta contestualmente o in un giudizio separato<sup>28</sup>), pur avendo la giurisdizione di *equity*, più flessibile ed attenta alla giustizia del caso, a disposizione una gamma più ampia di rimedi. Non solo, infatti, può operare la *restitutum in integrum* ma, qualora questa non sia praticabile, l'*order for account and profit*, che si accompagna così alla *rescission*, nonché le varie possibilità di riequilibrio delle posizioni determinate dal mutamento di valore dei beni scambiati in seguito all'accordo.

Dei problemi potrebbero sorgere nel caso in cui fosse possibile prevedere una *partial rescission* dell'accordo, ipotesi che mal si accorda alla nostra categoria dell'annullabilità, che, a differenza della nullità, che può essere parziale ed anzi come tale si propone nei casi delle nullità di protezione, non prevede parzialità ma si applica al contratto nella sua globalità. Tuttavia, va detto che nel diritto inglese non fa breccia tale rimedio che le corti, in vero, non hanno mai accordato.

Né suscita problemi la concessione dell'*equitable compensation* che può affiancare o, in qualche caso sostituire, l'invalidazione dell'accordo, così come nel nostro ordinamento l'azione di annullamento può cumularsi con quella per il risarcimento del danno<sup>29</sup>, in applicazione della re-

<sup>27</sup> Nella ricostruzione dell'annullabilità quale potere riconosciuto ad uno dei contraenti di sciogliere il contratto e, dunque, quale diritto potestativo, la sentenza che alla proposizione dell'azione fa seguito non può che essere una sentenza costitutiva, in quanto deve eliminare gli effetti del negozio. La funzione costitutiva della pronuncia di annullamento, d'altro canto, secondo alcuni Autori, unitamente all'irrelevabilità d'ufficio del vizio, sarebbe l'unica vera differenza che può, alla luce del codice civile del 1942, permettere di contrapporre l'annullabilità alla nullità, esistendo, in verità, esempi in cui la prescrittibilità, la sanabilità del vizio o la relatività dell'azione da sole non escludono che l'atto, anziché annullabile, sia invece nullo (R. SACCO, G. DE NOVA, *supra*, p. 528).

<sup>28</sup> La decisione con cui si pronuncia l'annullamento ha, infatti, efficacia retroattiva. Nessun rilievo avrà, invece, una eventuale impossibilità di ottenere la restituzione della prestazione, essendo le due azioni completamente autonome.

<sup>29</sup> «Più complessa è la soluzione della questione nelle ipotesi in cui la regola di responsabilità si affianca ed entra in competizione con le tecniche di invalidazione del contratto. In tutti questi casi viene portato in esponente il comportamento abusivo di controparte, offrendo una visione meno statica dell'autonomia contrattuale, in cui risalta accanto al momento statico della realtà viziata – dominata dalle condizioni soggettive di una parte, di cui è necessario misurare l'"integrità" – un volto dinamico, in cui è necessario valu-

gola generale di buona fede di cui all'art. 1337<sup>30</sup>. Anzi ancor più avvicina i due ordinamenti tale possibilità che viene concessa nell'ordinamento inglese qualora non siano efficaci di per sé la *rescission* e gli altri rimedi ancillari.

Ancora, il nostro codice civile, all'art. 1445, stabilisce che l'annullamento, salvo le ipotesi di incapacità legale, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi a titolo oneroso ed in buona fede<sup>31</sup>, come allo stesso modo

tare il comportamento di controparte. I due profili dell'invalidazione e del risarcimento possono dunque concorrere. Fra le azioni di impugnazione del contratto e l'azione risarcitoria non vi è rapporto di pregiudizialità, né di complementarietà necessaria.

La domanda di risarcimento del danno è autonoma e dunque non richiede un preventivo ricorso alle tecniche di invalidazione del contratto con il risultato che potrà domandarsi il risarcimento, anche se il contratto non viene impugnato, optando per una forma di tutela per equivalente» (G. MARINI, *op. cit.*, p. 397-98).

Sarà, pertanto, possibile agire per il risarcimento del danno (quanto meno nei limiti dell'interesse negativo), mentre dubbi sorgono in merito alla diversa possibilità di riconoscerlo in assenza di un giudizio di invalidazione del contratto, cioè quale alternativa a quest'ultima. La parte legittimata potrebbe, infatti, preferire non inficiare la validità del contratto, ma agire per il solo risarcimento del danno, pur rimanendo dubbio quale sia, in tale evenienza, il danno risarcibile. In particolare, dubbi possono essere sollevati relativamente alla necessità che il contraente cui è imputata la causazione del vizio debba sopportare, in assenza di un giudizio per l'invalidazione del contratto, l'intero danno derivante dalla esecuzione del negozio viziato. Si potrebbe, al contrario, sostenere che risarcibile sia la somma minore tra quella che avrebbe ottenuto a titolo di risarcimento per l'invalidazione e quella che gli sarebbe stata riconosciuta nel caso di esecuzione del contratto.

Seguendo tale strada, inoltre, sarà possibile riconoscere una nuova funzione al rimedio dell'invalidazione, che consentirà al contraente cui viene dall'ordinamento riconosciuto di rivestire una nuova posizione nella fase successiva alle trattative. L'invalidazione potrà così divenire una eventualità cui ricorrere solo qualora ogni altra strada risulti sbarrata e, in particolare, solo qualora le parti non siano riuscite a correggere il contratto viziato.

<sup>30</sup> L'art. 1337 viene da alcuni Autori considerato alla stregua di una norma di chiusura della categoria dei vizi del consenso (R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 455).

<sup>31</sup> La regola generale vuole, dunque, che non siano pregiudicati i diritti di quanti abbiano acquistato in buona fede ed a titolo oneroso da chi ha a sua volta acquistato un diritto sulla scorta di un contratto successivamente annullato. L'ordinamento intende in tali casi tutelare quanti all'atto dell'acquisto abbiano ignorato di fatto la causa di annullabilità o quanti, pur usando dell'ordinaria diligenza, non avrebbero potuto conoscerla. Le esigenze della vittima del vizio soccombono di fronte alle esigenze di certezza dei traffici, nei soli casi, tuttavia, in cui sia dimostrabile la buona fede (soggettiva) dell'acquirente e l'acquisto a titolo oneroso.

L'art. 1445 aggiunge poi che sono fatti «salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento», regola che potrà, evidentemente, operare nel caso in cui l'acquisto abbia ad oggetto un bene immobile o un mobile registrato, per i quali gli effetti della sentenza di annullamento potranno essere opposti ai terzi dal momento in cui la domanda giudiziale risulta essere stata trascritta.

non pregiudica i diritti acquistati dai terzi in buona fede la disciplina della *voidability* nel diritto inglese; il nostro art. 1444 permette la convalida del negozio annullabile<sup>32</sup>, alle condizioni in esso stabilite, come nell'ordinamento inglese è possibile l'*affirmation*; da ultimo, così come nel nostro ordinamento l'azione di annullamento è soggetta ad un termine di prescrizione (art. 1442)<sup>33</sup>,

<sup>32</sup> In ossequio al principio di conservazione degli atti, il legislatore italiano prevede la possibilità di recuperare il contratto annullabile alle condizioni fissate nell'art. 1444: a) per effetto di una convalida espressa, cioè attraverso un atto che menzioni il contratto, il motivo di impugnabilità dello stesso, nonché la dichiarazione dell'intenzione di volerlo convalidare (I comma); b) per effetto di una convalida tacita, da ricondurre alla volontaria esecuzione del contratto viziato da parte di chi era legittimato ad agire per l'invalidazione, essendo al corrente del motivo di annullabilità (II comma); c) colui che effettua la convalida, sia essa espressa o tacita, deve essere in condizione di concludere validamente il contratto (III comma). Cosa tecnicamente sia la convalida è oggetto, tuttavia, di accesi dibattiti in dottrina, che si è divisa tra quanti la riconoscono una efficacia sanante del contratto (per tutti G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), in *Commentario al codice civile*, II ed., Torino, 1980, p. 571) e quanti, invece, hanno insistito sul carattere di rinuncia all'azione di annullamento (G. GIAMPICCOLO, *La dichiarazione recettizia*, Milano, 1959, p. 94, e M. PROSPERETTI, *Contributo alla teoria dell'annullabilità*, Milano, 1973, p. 133). Altri autori hanno parlato di negozio di secondo grado che conferma gli effetti di un precedente negozio (E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 249) mentre altri hanno prospettato un negozio di accertamento, con cui la parte legittimata dichiara di non avere interesse all'annullamento del negozio (G. PIAZZA, *La convalida nel diritto privato*, Napoli, 1973, e F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 413, contra G.B. FERRI, *Convalida, conferma e sanatoria del negozio giuridico*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ.*, IV, Milano, 1989, p. 347).

<sup>33</sup> Il codice prevede per l'esercizio dell'azione il termine di quinquennale, termine breve, ma, al contempo, indica come imprescrittibile l'eccezione, termini diversi, e più brevi, sono, tuttavia, indicati dal legislatore per ipotesi particolari, come nei casi di impugnative delle delibere condominiali o delle società di capitali (sul punto si veda G. MARINI, *Il contratto annullabile*, p. 368 e ss.). Il termine decorre, per l'incapacità legale, dal momento in cui è venuto meno l'interdizione o l'inabilitazione, nel caso della minor età, dal raggiungimento della maggiore età (art. 1442, III comma), se si tratta di incapacità naturale, in mancanza di una espressa previsione del legislatore si dovrà applicare la regola generale che vuole, ai sensi dell'art. 2935, che la prescrizione decorra dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere e, dunque, dalla conclusione del contratto. Un ulteriore allungamento del termine è previsto nel II comma dell'art. 1442, che indica il decorso dal momento in cui si è scoperto il vizio o in cui la violenza è cessata per gli altri casi.

Quanto ad una eventuale interruzione della prescrizione, la dottrina prevalente (per tutti ancora una volta si richiama R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 541) ritiene, in maniera piuttosto rigida, che la prescrizione possa essere interrotta solo dall'esercizio dell'azione di annullamento, trattandosi di un diritto potestativo "a necessario esercizio giudiziale", tanto da far parlare di una conversione della prescrizione «in una vera e propria forma di decadenza. Sul piano operativo, poi, se certamente la costituzione in mora potrebbe non bastare per far scattare

salva l'imprescrittibilità della eccezione<sup>34</sup>, nel diritto anglo-sassone il rimedio può essere negato dalla corte per *delay*.

Pur con le inevitabili differenze, una sostanziale convergenza può essere rinvenuta tra annullabilità e *rescission* disposta dall'ordinamento di *common law* che comporta la *voidability* del contratto. Il richiamo diretto alla dottrina dell'*undue influence* operato dal legislatore comunitario potrebbe, pertanto, far propendere per l'applicazione di tale rimedio, recuperato attraverso il ricorso alla disciplina generale del contratto, sempre applicabile nel caso di lacune, ai sensi e per gli effetti degli artt. 19 e 38 del codice del consumo.

D'altro canto gli indebiti condizionamenti, da un punto di vista strutturale, sono ricostruiti proprio sul modello della *presumed undue influence*, mentre pratiche commerciali scorrette possono essere sicuramente considerate tutti quegli *ouvert acts of pressure* che caratterizzano l'*actual undue influence*.

Se si sceglie, dunque, la strada dell'annullabilità, si può spostare dal piano dei rimedi, o funzionale, il ragionamento su quello strutturale. Ci si può, pertanto chiedere se, in effetti, il legislatore non abbia voluto con la norma introdotta nel codice del consumo introdurre nell'ordinamento un nuovo vizio della volontà. In tal senso, muoverebbero le stesse indicazioni contenute nell'art. 18 che, in sede di definizioni generali, individua come oggetto dello specifico intervento di tutela proprio: «la ca-

l'interruzione, diversamente potrebbe accadere di fronte ad una dichiarazione con la quale colui che si è avvantaggiato del contratto viziato riconosce che il contratto da lui concluso è viziato e che, pertanto, controparte ha diritto alle restituzioni» (G. MARINI, *supra*, p. 375).

<sup>34</sup> L'annullabilità, dunque, può essere opposta, nonostante la prescrizione della relativa azione, qualora il convenuto per l'esecuzione del contratto ne sollevi la relativa eccezione. Perché possa operare in via di eccezione è, tuttavia, necessario che il contratto non sia stato eseguito, espressione questa da intendersi nel senso di non completamente eseguito, di modo che la strada dell'eccezione resta aperta nell'ipotesi in cui una parte soltanto delle obbligazioni sia stata eseguita (in tal senso Cass. Civ. n. 6526 del 3 luglio 1998, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 93, con nota di C. CONSOLO, *Imprescrittibilità della c.d. eccezione di annullabilità e parte convenuta per l'esecuzione: spunti sistematici*). Va, tuttavia, ricordato che l'impugnazione del contratto annullabile in via d'azione e il *modus operandi* dell'eccezione mantengono dei profili di differenza. Solo nel primo caso, infatti, il rapporto contrattuale sarà coinvolto e di conseguenza caducato, mentre l'eccezione potrà soltanto paralizzare la pretesa dell'attore, senza che alcun giudicato possa, invece, formarsi in merito all'annullamento del contratto. Sollevando l'eccezione, il convenuto potrà impedire l'esecuzione del contratto ma non anche ottenere la pronuncia costitutiva di annullamento del contratto.

pacità del consumatore di prendere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti preso» (art. 18, lett. e)).

Ciò che si intende tutelare è, come abbiamo ricordato, l'autonomia contrattuale e non tanto il profilo dell'equità o giustizia del contratto. L'oggetto è specificamente individuato e non lascia margine di dubbio.

A questa ricostruzione può venire obiettato che la categoria dei vizi del consenso è chiusa, che tali sono i vizi che il codice civile espressamente menziona e disciplina, dettando una rigida ricostruzione delle fattispecie sulla base di presupposti ed elementi costitutivi dettagliatamente indicati. Tuttavia, la nostra dottrina ha già aperto un varco con il ricorso ai vizi incompleti del contratto<sup>35</sup>. Si potrebbe, dunque, suggerire che in questa specifica sede, il codice del consumo, e per questa particolare categoria di contratti, quelli con i consumatori, il legislatore abbia inteso ampliare la tradizionale rosa dei vizi, introducendo una nuova ipotesi tipica di vizio. D'altro canto, come qualche Autore ha fatto notare, «il legislatore può difendere la purezza del consenso comminando un rimedio se c'è la prova dello stato psicologico anormale del contraente, o prevedendo un rimedio se c'è la prova dell'elemento di fatto che normalmente cagiona lo stato psicologico anormale del contraente.

I vizi nuovi, così come i vizi tradizionali, colpiscono il contraente minacciandone la ponderatezza, la consapevolezza, o assoggettandolo a distorsioni del mercato o negandogli l'accesso al mercato.

La scienza è chiamata a predisporre classificazioni e una nuova tassonomia ... Il legislatore italiano, come ogni altro legislatore, non ha regolato il *vizio del consenso*, ma ha regolato varie ipotesi tipiche di *vizi del consenso*, differenziando altresì, entro certi limiti, i regolamenti dei singoli contratti tipici»<sup>36</sup>.

Ci troveremmo, pertanto, di fronte ad nuovo vizio del consenso, tipizzato, che è destinato a trovare applicazione nei soli casi di contratti stipulati tra un consumatore ed un operatore professionale. Quello che il legislatore intende fare è disciplinare la nuova fattispecie, indicandone le caratteristiche strutturali, mentre, sotto il profilo degli effetti sul contratto, riprenderà campo il codice civile che, in tali situazioni commina

<sup>35</sup> Sul tema si ricorda per tutti M. MANTOVANI, *Vizi incompleti del contratto e tutela risarcitoria*, Torino, 1995.

<sup>36</sup> R. SACCO, G. DE NOVA, *op. cit.*, pp. 469-460 e p. 472.

l'annullabilità del negozio.

Le pratiche aggressive e tra queste gli indebiti condizionamenti minano alla base il principio stesso della libertà contrattuale, partendo da tale assunto e svolgendo in chiave comparatistica le considerazioni sopra esposte, tenendo presente la dottrina dell'*undue influence* che pare aver ispirato il legislatore comunitario, si può giungere, pertanto, alla conclusione che il contratto, qualora venga concluso a seguito ed in dipendenza degli indebiti condizionamenti, possa essere riconosciuto annullabile.

Ben si comprende, dunque, come la comparazione stessa assuma un nuovo e vitale ruolo, come possa essere utilizzata al fine di rinvenire, più che le differenze, le somiglianze tra i sistemi, che, in qualche maniera diventano «complementari»<sup>37</sup>; come e quanto il metodo comparato possa aiutare a ricercare il metodo, il principio o la regola per la soluzione del problema nuovo.

<sup>37</sup> In tal senso si veda: A. LORDI, *Valori etici e principio di complementarità dei sistemi*, in *Contr. e impr. Eur.*, 2006, p. 697 e ss.

GIOVANNA MASTRANTONE

## **Accertamento tributario extracontabile e gli studi di settore**

SOMMARIO: 1. L'accertamento tributario extracontabile. - 2. Gli studi di settore. - 3. Caratteristiche degli studi di settore e confronto con i precedenti strumenti presuntivi. - 3.1 La formazione degli studi di settore. - 3.2 Il software GE.RI.CO. - 3.3 Gli studi di settore nella finanziaria 2007. - 3.4 La valenza probatoria degli studi di settore. - 3.5 Novità della finanziaria 2008.

### **1. L'accertamento tributario extracontabile**

La normativa concernente l'accertamento del reddito dei soggetti passivi d'imposta, imprenditori e professionisti, obbligati alla tenuta delle scritture contabili, è contraddistinta, diversamente da quanto accade per altre forme reddituali, da principi strettamente connessi alle caratteristiche delle attività disciplinate, qualificate dall'eventualità di dare origine a complesse problematiche tanto di identificazione delle procedure di sottrazione alla tassazione di alcune manifestazioni di reddito, quanto di valutazione dell'evasione. È evidente pertanto, la necessità che per tali soggetti siano stabiliti principi e metodologie di determinazione della capacità contributiva, peraltro in parte mutuati dalla disciplina previgente la riforma del 1971, propri di queste categorie reddituali, differenti per qualità e quantità rispetto ai controlli riguardanti le persone fisiche non esercenti attività imprenditoriali o professionali. In ragione di queste differenze il legislatore, dopo aver specificato quali sono le categorie reddituali rilevanti, ha affermato l'autonomia dell'imputazione secondo diversi principi per ciascuna prefissati.

Questa diversità di principi, che diventa anche e necessariamente una diversità dei poteri esercitabili da parte dell'amministrazione finanziaria, se pur giustifica uno schema procedurale autonomo, non privo di limitazioni di alcuni principi costituzionali, quali il diritto alla difesa<sup>1</sup>, non consen-

<sup>1</sup> L'art. 7, commi 1 e 4, del decreto legislativo 31 dicembre 1992, n. 546 preclude l'attribuzione di efficacia probatoria alla prova testimoniale nel processo tributario. Tale principio continua a trovare, nelle stesse affermazioni della Corte Costituzionale, (vedi sent.n. 18/2000) piena giustificazione in considerazione della "spiccata specificità" del processo

te, comunque, deroghe ai principi generali del nostro sistema impositivo, primo fra tutti quello della corrispondenza tra prelievo fiscale e capacità contributiva<sup>2</sup>. Quanto sopra è tanto vero che, anche in situazioni caratterizzate da gravi comportamenti antiggiuridici e dal conseguente impiego di metodi induttivi di accertamento, resta ferma la necessità di riferirsi al citato principio della capacità contributiva nella ricostruzione dei fatti aziendali, rifuggendo da presunzioni astratte del tutto svincolate dalla realtà economica del soggetto controllato, pena gli effetti negativi determinati dal successivo controllo dei giudici tributari.

Il progressivo passaggio dalle tradizionali forme dell'accertamento analitico a quelle più attuali dell'accertamento contabile ed extracontabile trova la sua ragione di essere in tre motivazioni fondamentali.

In primis, deve essere evidenziata la consapevolezza che si è gradualmente fatta strada riguardo l'inattendibilità per talune categorie di soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili (imprenditori e professionisti) dell'idea che voleva correlata la veridicità delle scritture contabili con la loro correttezza formale. Inattendibilità che diviene sempre più evidente man mano che si passa dalle imprese internazionali - per le quali la contabilità rappresenta il fondamentale e unico elemento oggettivo di riscontro per i soci e i terzi - a quelle domestiche, caratterizzate da una struttura medio piccola, ancora più se su base familiare o individuale. In questi ultimi casi, la corretta tenuta delle scritture contabili potrebbe divenire per il fisco addirittura dannosa in quanto non offre alcuna garanzia di correttezza sostanziale tanto da costituire uno schermo contabile che funziona contro l'erario e a favore dell'imprenditore. In tale situazione ben si comprende come l'osservanza dei requisiti formali assuma le caratteristiche di un onere previsto dal legislatore per interessi squisitamente tributari.

Una seconda motivazione dell'abbandono dell'accertamento analitico è da ricercare nel consistente ampliamento della platea dei soggetti passivi, sia in materia di imposte sui redditi quanto nel settore delle imposte indirette, che ha trovato completamente impreparata l'ammini-

innanzi alle Commissioni tributarie e collegata sia alla configurazione dell'organo decidente sia al rapporto sostanziale oggetto di giudizio.

<sup>2</sup> Art. 53 della Costituzione, contenuto nel Titolo IV dei "Rapporti Politici", Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva.

strazione finanziaria, in termini di uomini, mezzi e strutture.

A fronte, infatti, dell'introduzione dei principi innovativi nel campo impositivo, non si è assistito ad una parallela evoluzione, soprattutto in termini di cultura del controllo, dell'amministrazione finanziaria, del legislatore e dei giudici.

Allo stesso modo è diventata sempre più imprevedibile l'entità della ripartizione del carico tributario, soprattutto nell'ambito della categoria dei lavoratori autonomi e degli imprenditori, tanto da richiedere l'affiancamento, se non addirittura la sostituzione del tradizionale sistema di accertamento con tecniche in grado di assicurare un gettito più sicuro.

L'introduzione nel sistema tributario dell'accertamento analitico<sup>3</sup> ha trovato il suo punto di massimo sviluppo con la riforma tributaria degli anni Settanta e, in particolare, prima della legge delega 9 ottobre 1971, n. 825 e poi, negli artt. 54 del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633 (in materia di imposta sul valore aggiunto) e 39, comma 1, del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, (in materia di imposte sui redditi).

Un primo passo verso il superamento dell'accertamento analitico a favore di procedure di tipo induttivo si è avuto a seguito dell'emanazione del decreto legislativo 19 dicembre 1984, n. 853, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 febbraio 1985, n. 17, con particolare riguardo agli articoli 2, 29° comma, e 3. Tale iniziativa fu seguita dall'introduzione dei coefficienti di congruità e presuntivi di reddito, per effetto degli articoli 11 e 12 del decreto legislativo 2 marzo 1989, n. 69 convertito, con modificazioni, dalla legge 27 aprile 1989, n. 154, più volte modificati. Ma il definitivo superamento abbandono delle forme di accertamento analitico è stato consacrato con l'articolo 62-sexies, decreto legislativo 30 agosto 1993, n. 331, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 ottobre 1993, n. 427 e l'integrazione dell'articolo 39, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 e dell'articolo 62-ter con riferimento alle fonti di prova per la ricostruzione induttiva del reddito dei soggetti obbligati alla tenuta delle scritture contabili.

Articoli 39 del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600, e 55 del d.p.r. 26 ottobre 1972, n. 633, nonché le altre disposizioni giuridiche contenute nel-

<sup>3</sup> È avvenuta con la legge 11 gennaio 1951, n. 25, integrata successivamente prima della cosiddetta legge Tremelloni 5 gennaio 1956, n. 1 e, in seguito, dall'articolo 37, T.U. 29 gennaio 1958, 645, con il quale, accanto all'estensione dell'obbligo dell'accertamento analitico a tutte le categorie, fu prevista la possibilità, per i contribuenti non obbligati alla tenuta del bilancio, di optare per la tassazione in base ai dati in esso contenuti.

le singole leggi di imposta individuano situazioni particolari, di carattere perentorio, idonee a legittimare, al loro verificarsi, deroghe all'accertamento di natura contabile, mediante l'utilizzo anche di fonti di prova quali, per esempio le presunzioni semplici.

E in realtà, il ricorso all'accertamento extracontabile non dovrebbe costituire una legittimazione per parametrare il prelievo fiscale in funzione delle esigenze di gettito, quanto piuttosto una metodologia, da adottare in presenza di situazioni che non consentono di riferirsi in modo utile ai dati di bilancio, finalizzata alla ricostruzione attraverso un allargamento delle fonti di prova, di un reddito quanto più vicino a quello effettivo.

L'accertamento è un atto autoritativo diretto al contribuente, con il quale si modifica (in maniera più o meno estesa) la rappresentazione della fattispecie tributaria da questi fornita, oppure si sopperisce alla mancanza di questa doverosa rappresentazione determinando gli elementi rilevanti del tributo dovuto.

I metodi di determinazione dell'imponibile nel caso di redditi d'impresa e di lavoro autonomo sono disciplinati dall'articolo 39 d.p.r. n. 600 del 29 settembre 1973.

Il primo comma lettera a), b) e c) delinea le caratteristiche precipue dell'accertamento analitico, stabilendo che l'ufficio procede alla rettifica dei redditi d'impresa e delle persone fisiche se gli elementi indicati nella dichiarazione non corrispondono a quelli del bilancio, del conto dei profitti e delle perdite; inoltre se non sono state esattamente applicate le disposizioni della titolo V del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 597 riguardante la corretta determinazione del reddito d'impresa. La lettera c) stabilisce altresì che si procederà alla rettifica anche nel caso in cui la falsità, l'inesattezza e l'incompletezza delle elementi indicati nella dichiarazione risulta in modo certo dai verbali, dai questionari, dagli atti documenti e registri esibiti, dalle dichiarazioni di altri soggetti o dai verbali relativi ad ispezioni eseguite nei confronti di altri contribuenti o da altri atti e documenti in possesso dell'ufficio<sup>4</sup>.

Altra tipologia di accertamento cui può essere sottoposto l'impresa e il lavoratore autonomo è il cosiddetto accertamento analitico-pre-

<sup>4</sup> Con la riforma del 2004 e ancora oggi con la finanziaria 2008 la legge sta cercando di allineare i risultati di bilancio civilistico e reddito tassabile.

suntivo i cui caratteri peculiari sono definiti nell'articolo 39, primo comma lettera d) del d.p.r. 600 del 1973. Secondo il metodo sopra citato la determinazione del reddito viene realizzata sulla base delle scritture contabili però ricostruendo in modo induttivo singoli elementi che il soggetto ha erroneamente indicato. L'esistenza di attività non dichiarate o la inesistenza di passività dichiarate è desumibile anche sulla base di presunzioni semplici, purché queste siano gravi, precise e concordanti. Anche in questo caso la determinazione del reddito è effettuata sulla base delle risultanze del bilancio, ma con il metodo analitico-presuntivo non si intende accertare il reddito nella sua totalità, l'obiettivo è quello di ricostruire induttivamente singoli elementi attivi o passivi che il soggetto ha erroneamente indicato. L'articolo 62-sexies del decreto-legge 331 del '93 convertito nella legge 427 del 1993 ha modificato, ampliandola, l'applicabilità dell'articolo 39 lettera d). A seguito della suddetta novellazione la rettifica ora, non riguarda più solo singole poste attive o passive ma la globalità del reddito<sup>5</sup>. In base all'articolo 62-sexies l'esistenza di gravi incongruenze tra i dati esposti dal contribuente e quelli desumibili dalla contabilità del contribuente stesso o, per analoghe attività, dagli studi di settore viene a costituire presupposto sufficiente per determinare nuovi risutati più verosimili rispetto a quelli dichiarati dalla parte. Le incongruenze debbono essere numerose, gravi, univoche (il risultato dell'analitico induttivo sulla base delle presunzioni non deve essere nella logica del nesso causale, l'unico possibile, ma quello verosimile secondo il principio dell'"id quod plerumque accidit"). Con questo innesto il metodo analitico-presuntivo previsto dall'articolo 39 lettera d) e pur sempre riconducibile nell'alveo della rettifica analitico-contabile, viene trasformato in metodo induttivo globale, pur nell'assenza degli specifici e più gravi presupposti che soli dovrebbero giustificare il ricorso a questo metodo<sup>6</sup>.

L'articolo 39 secondo comma del d.p.r. 600 del 1973 delinea i caratteri

<sup>5</sup> F. Gallo, *Ancora sulla questione reddito normale – reddito effettivo: la funzione degli studi di settore*, in "Giur. imp." n. 2/2000, pag. 487, osserva che il riferimento alla lettera d) potrebbe apparire non del tutto corretto, siccome tale lettera è abitualmente interpretata come riferita alla rettifica di singole poste contabili, mentre gli studi di settore si riferiscono a ricavi nella loro globalità. L'Autore aggiunge che i ricavi – pur nella loro globalità – sono attività non dichiarate che concorrono a determinare il reddito e che, pertanto, il ricorso al comma 2 dell'art. 39 non pare necessario.

<sup>6</sup> G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario*.

precipui dell'accertamento induttivo o extra contabile puro. Secondo l'articolo suddetto l'ufficio delle imposte determina il reddito d'impresa sulla base dei dati e delle notizie comunque raccolti o venuti a sua conoscenza, con la possibilità di prescindere in tutto in parte dalle risultanze del bilancio e dalle scritture contabili e di avvalersi anche di presunzioni prive dei requisiti di gravità, precisione e concordanza nel caso in cui il reddito d'impresa non è stato indicato nella dichiarazione, ancora, quando dal verbale di ispezione si evince che il contribuente non ha tenuto oppure ha sottratto all'ispezione una o più delle scritture contabili previste dalla legge, oppure ancora quando le inesattezze e le omissioni accertate e le irregolarità formali delle scritture contabili sono così gravi, numerose e si ripetono in modo da rendere inattendibili le scritture nel loro complesso.

Il meccanismo induttivo non rende l'Ufficio arbitro assoluto e incondizionato dell'esistenza e della quantificazione del reddito, la cui determinazione va comunque ancorata a fatti certi o ad elementi e circostanze da cui derivino presunzioni che, pur se non qualificate ai sensi dell'art. 2729 c.c., devono almeno essere assistite dal requisito della ragionevolezza. Pertanto, se è vero che l'Ufficio gode di una notevole discrezionalità ai fini della determinazione del reddito con metodo induttivo (sintetico - anteriforma degli anni '70), potendo calcolare i ricavi in base ad indici indiretti (mano d'opera impiegata, consumi di materie prime, carburanti, ecc.) e sulla base dei ricavi così calcolati, ad esempio determinare il reddito applicando ad essi il coefficiente di redditività proprio del settore economico nel quale l'azienda opera, è pur vero che codesti calcoli devono comunque tendere alla ricostruzione dell'effettiva situazione economica della singola impresa, "nel rispetto della realtà dell'imponibile"<sup>7</sup>. Tuttavia, per il modo in cui è strutturato, il metodo in questione consente di calcolare, attraverso comparazioni e raffronti con le imprese del settore in cui opera l'organismo produttivo assoggettato a controllo, e l'utilizzo dei parametri reddituali propri di tali imprese, un reddito che può essere considerato medio (o paracatastale) ma non effettivo; ciò per la gravità dei comportamenti del contribuente, per esempio l'omessa dichiarazione, che consentono di applicare tale metodo di accertamento, di per sé stesso sanzionatorio.

<sup>7</sup> Così si è espresso il Ministero delle Finanze nella fondamentale circolare sull'accertamento n. 7/1496 del 30 aprile 1977, in Imp. Dir. Er., 1977, III, p. 593 ss., spec. p. 635 ss.

## 2. Gli studi di settore

Gli studi di settore<sup>8</sup> arrivano al termine del lungo iter normativo e fanno tesoro delle precedenti esperienze. Sono il risultato di un processo di analisi economica e di valutazione delle modalità di funzionamento delle piccole e medie imprese ovvero degli esercenti attività di lavoro autonomo, considerate nell'ambiente economico in cui vivono e operano<sup>9</sup>.

Questo processo è finalizzato a rilevare la capacità produttiva dell'azienda o del professionista, il grado di efficienza e quindi, in ultima analisi, la capacità di realizzare ricavi o compensi tenuto conto dei prodotti, dei processi produttivi, delle risorse disponibili, dei vincoli operativi, dei mercati e della situazione degli stessi oltre che del territorio in cui l'operatore è ubicato. Conseguentemente, gli studi di settore sono il risultato dell'esperienza combinata di aziendalisti e di statistici e per questo un tipico prodotto economico-aziendale. Tali processi sono realizzati attraverso l'applicazione ripetuta di analisi comparative.

Ogni singolo studio viene rilasciato sulla base di numerosi test di verifica e solo se rappresenta le aziende appartenenti al settore a cui si riferisce. Questo innovativo strumento, evoca vecchi istituti, e in particolare quella degli "studi di settore degli ispettori compartimentali" che hanno funzionato fino alla riforma del biennio 1972- 1973, in realtà siamo, invece, in presenza di uno strumento del tutto originale quanto a modalità, caratteristiche e tipologie di utilizzo ed in particolare per la cultura che esprime ed è necessario tenere presente per un suo corretto utilizzo.

Elaborati con il pieno consenso delle organizzazioni di categoria e con quello più critico degli ordini professionali, gli studi si pongono l'obiettivo di determinare un ricavo o compenso potenziale, individuando il processo logico-matematico in grado di cogliere le relazioni esistenti all'interno delle singole attività economiche tra le variabili contabili e le variabili strutturali, interne (il processo produttivo, l'aria di vendita, ecc.)

<sup>8</sup> A. Dodero, "Elaborazione e utilizzo degli studi di settore", in *Corr. Trib.* N. 10/2005, pag. 751. Cfr., altresì, L. Sorgato, "La contraddizione tra accertamento parziale e studi di settore", in *Dialoghi dir. Trib.*, 2005, I, pag. 331.

<sup>9</sup> Così R. Lupi, *Diritto tributario. Parte generale*, Milano 2000, pag. 229. Cfr., anche, S. Capolupo-M. Capolupo, *L'accertamento per studi di settore*, Milano 2001, pag. 70 ; A. Dorrello, *La natura giuridica dei decreti ministeriali di approvazione degli studi di settore*, in "Dir. e prat. trib. n. 2/2003, pag. 257; S. Capolupo, *Studi di settore: un cantiere aperto*, in "il fisco" n. 40/2004, pag. 7666.

ed esterne (l'andamento della domanda, il livello dei prezzi, i competitori, ecc.). Vengono a tal fine anche analizzati i possibili processi produttivi e i diversi modelli organizzativi impiegati nello svolgimento dell'attività.

Con gli studi di settore viene avviata una nuova fase tesa a modificare radicalmente il rapporto fisco-contribuente fondandolo su certezza, trasparenza, equità e lotta alla concorrenza sleale. La costituzione della banca dati degli studi di settore, che comprende sia i dati rilevati con i questionari inviati alla generalità dei contribuenti, sia le caratterizzazioni territoriali del paese in termini socio-economici, ha consentito, inoltre, di costituire un patrimonio di informazioni di enorme valore, collegato in rete, che con le nuove tecnologie fondate sulla trasmissione telematica viene continuamente aggiornato.

Gli studi di settore consentono anche di mappare i modelli organizzativi all'interno dei settori economici, e di effettuare la valutazione delle performances economiche dell'impresa e di conoscere meglio il posizionamento competitivo del singolo operatore economico considerato. Inoltre, dal punto di vista della politica industriale e del territorio, consentono di individuare le aree forti o deboli sotto il profilo competitivo, con la conseguente predisposizione di politiche mirate a sostegno degli investimenti, delle innovazioni tecnologiche e dell'occupazione. Gli studi di settore possono essere uno strumento per lo stesso imprenditore/professionista per verificare proficuità, efficacia ed efficienza della propria gestione.

### ***3. Caratteristiche degli studi di settore e confronto con i precedenti strumenti presuntivi***

È innegabile che gli studi di settore segnino un nuovo punto di svolta nella storia degli strumenti che l'amministrazione può utilizzare per stabilire quale sia la capacità contributiva dei soggetti passivi.

Gli elementi posti a base del ragionamento presuntivo che porta alla definizione di ricavi o compensi sono stati individuati a seguito di una specifica attività di analisi che ha previsto: la individuazione di tali elementi nell'ambito di tavoli tecnici; l'invio al domicilio dei contribuenti di appositi questionari<sup>10</sup> e l'elaborazione delle risposte fornite dagli stessi.

<sup>10</sup> Così A. Fantozzi, *Corso di diritto tributario*, Torino 2003, pag. 201.

I criteri con i quali si perviene alla quantificazione dei ricavi o compensi presunti, partendo dagli elementi precedentemente individuati, sono codificati nelle note tecniche e metodologiche pubblicate nella gazzetta ufficiale in occasione dell'approvazione dei singoli studi di settore. Tali criteri esplicano il ragionamento presuntivo che viene svolto per passare dal fatto noto "gli elementi significativi" a quello che si vuol desumere<sup>11</sup>: l'entità dei ricavi e compensi che presumibilmente può essere stata conseguita dal contribuente; inoltre l'applicazione di questa metodologia, in relazione ai singoli studi di settore di volta in volta elaborati, è stata sottoposta al vaglio delle associazioni di categoria e professionali che forniscono elementi di valutazione e conoscenza, alla commissione di esperti che esprime il parere previsto dall'articolo 10 della legge 146 del 1998.

Gli studi di settore hanno dato soluzione a molti dei problemi posti dagli strumenti presuntivi precedentemente utilizzati dall'amministrazione finanziaria ma restano, evidentemente, ulteriori margini di miglioramento che possono consentire di potenziarne l'utilizzo e la credibilità nei confronti della platea dei contribuenti/sostenibilità in contenzioso.

Per quanto attiene ai miglioramenti ottenuti si può sottolineare che: a) nei coefficienti (ad eccezione di quella tra imprese con dipendenti e senza) non veniva, invece effettuata alcuna distinzione all'interno del codice di attività; b) nei parametri i gruppi omogenei erano identificati in base alle sole variabili contabili ed erano poco raffrontabili con la realtà; c) all'interno di ogni studio si provvede a distinguere i contribuenti in gruppi omogenei sulla base delle caratteristiche strutturali dell'impresa e ad elaborare lo studio in riferimento ai diversi gruppi omogenei che sono stati individuati; gli studi di settore hanno introdotto un meccanismo di controllo basato sul posizionamento del contribuente rispetto al valore di alcuni indicatori economici fondamentali che consente di individuare comportamenti anomali da analizzare in sede di verifica. I contribuenti

<sup>11</sup> Con riguardo alla natura giuridica delle presunzioni derivanti dall'applicazione di strumenti presuntivi di rettifica, per la giurisprudenza, Cass., 27 febbraio 2002, n. 2891, in Banca Dati BIG, IPSOA; Corte Cost. 1° aprile 2003, n. 105, in Corr.trib. n. 23/2003, pag. 1891, con commento di L. Mariotti, in GT- Riv. Giur. Trib. N. 7/2003, pag. 613, con commento di A.A. Ferrario, "Presunzioni in base a parametri e studi di settore" e in Boll. Trib., 2003, pag. 1585, con nota critica di T. Sciarpa, "In tema di legittimità costituzionale dei parametri"; Cass., 27 settembre 2002, n. 13995, in GT- Riv. Giur. Trib. n. 4/2003, pag. 386, con commento di A.A. Ferrario, "La portata presuntiva degli studi di settore"

che in relazione agli indicatori di coerenza risultano anomali rispetto a quelli appartenenti al medesimo gruppo omogeneo potrebbero nascondere comportamenti fiscali scorretti che gli studi di settore riescono ad intercettare, diversamente da quanto avveniva per i coefficienti e i parametri<sup>12</sup>. I contribuenti poco corretti potrebbero essere, infatti, tentati di non dichiarare costi che rilevano in modo significativo per la determinazione di ricavi presuntivi. Con i coefficienti e i parametri era possibile dichiarare, ad esempio un costo del venduto inferiore al reale per apparire congrui senza che tali strumenti segnalassero alcuna anomalia, che poteva essere, quindi, individuata solo verificando quanto dichiarato con le scritture contabili del contribuente. Con gli studi di settore, in presenza di comportamenti anomali, è invece, possibile che si evidenzino anomalie, ad esempio, nel posizionamento dell'indice di rotazione del magazzino che pongono il contribuente all'attenzione dell'amministrazione finanziaria; gli studi di settore gestiscono con maggiore accuratezza l'elemento della territorialità perché sono state elaborate territorialità specifiche per i diversi tipi di attività economiche. È infatti, evidente che la collocazione in un determinato comune può influenzare positivamente lo svolgimento di un'attività e negativamente un'altra. Ad esempio è influenzata positivamente la collocazione all'interno di un distretto industriale se si svolge un'attività caratteristica di quel distretto meno se se ne svolge una che non sia sinergica alle attività svolte nel distretto. La territorialità definita dagli studi è di livello comunale non vengono, invece, apprezzate differenze di localizzazione nell'ambito del medesimo territorio comunale.

### **3.1. La formazione degli studi di settore**

Gli studi di settore sono uno strumento costruito sulla base di una complessa struttura informativa che consente di determinare i ricavi o compensi potenziali delle imprese e degli esercenti arti e professioni all'interno dei singoli settori economici, considerando le effettive condizioni

<sup>12</sup> G. Marongiu, *Coefficienti presuntivi, parametri e studi di settore*, Relazione al Convegno organizzato dal Comitato di presidenza della Giustizia tributaria, tenutosi a Genova il 5 luglio 2002, in "Dir. e prat. trib." n. 5/2002, pag. 729; A. Marcheselli, *Accertamento dei redditi delle piccole imprese e dei professionisti: denominatori comuni e tendenze legislative*, in "Rass. trib." n. 2/2003, pag. 611-612

di operatività degli stessi<sup>13</sup> e tenendo conto non solo di variabili di natura contabile, ma anche di variabili strutturali interne ed esterne, nonché di informazioni qualitative in grado di influenzare il risultato di un'impresa.

Gli studi di settore si fondano sul principio che il livello effettivo dei compensi o dei ricavi dei contribuenti può, essere approssimato in quanto ci si riferisce a singoli settori di attività economiche. I dati rilevanti provengono dai contribuenti che li hanno indicati nei questionari inviati dall'amministrazione finanziaria a partire dal 1997<sup>14</sup>. Nell'ambito di ciascun settore, scartate eventuali osservazioni anomale l'amministrazione ha identificato gruppi di contribuenti massimamente omogenei rispetto alle caratteristiche strutturali delle attività svolte. Ad esempio nell'ambito delle attività professionali si osservano: le tipologie di clientela: privati, aziende, settore pubblico; la specializzazione del professionista la scelta dei modelli organizzativi del professionista: studio individuale, associato; professionisti tra loro simili rispetto a queste caratteristiche sono assegnati ad uno stesso gruppo. Sono i cosiddetti cluster, ovvero un gruppo omogeneo con il quale si identifica, all'interno dello stesso settore di attività, un sottoinsieme di imprese o professionisti contraddistinti da comuni caratteristiche strutturali. Per ognuno di questi gruppi omogenei si procede poi all'elaborazione di una apposita funzione di ricavo che spiega l'andamento dei ricavi o compensi in relazione agli aspetti strutturali dell'azienda o dell'attività professionale e alle specifiche variabili contabili

<sup>13</sup> Come giustamente evidenzia F. Moschetti, *Profili generali*, in F. Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova 1993, pag. 14, "tutto il comportamento della pubblica amministrazione deve essere ispirato ai principi dell'art. 53 Cost., poiché le norme di legge ordinaria che attribuiscono poteri alla stessa devono essere interpretate alla luce di tali principi". Cfr., anche, P. Boria, *La dialettica costituzionale del fenomeno tributario*, in "Dir. e prat. trib." n. 5/2004, pag. 987.

<sup>14</sup> L. Magistro, *Le nuove versioni "evolute" rendono più attendibili le risultanze degli studi di settore*, in

"Corr. trib." n. 30/2004, pag. 2351-2352, rileva che "gli elementi richiesti con i questionari non sempre garantiscono, in maniera ottimale, l'individuazione delle caratteristiche strutturali tipiche dell'attività economica", sia perché "può accadere che uno studio sia stato costruito su di una serie di elementi non adeguati, nel complesso, a rappresentare in maniera pienamente affidabile le menzionate caratteristiche strutturali tipiche, sia perché "gli elementi medesimi vengono, inoltre, acquisiti con riferimento ad una data annualità", sia, infine, perché "per alcune attività economiche il numero dei questionari restituiti e correttamente compilati risulta poi piuttosto esiguo". Per evitare che ciò accada gli studi sono sottoposti all'aggiornamento ed alla revisione (c.d. manutenzione).

li. La ripartizione dei soggetti esaminati in cluster sulla base degli elementi strutturali avviene mediante un'analisi che combina due tecniche statistiche. La prima è basata su un approccio multivariato configurata come un'analisi fattoriale dei componenti principali; essa consente di ridurre il numero delle variabili principali di una matrice di dati, in un numero inferiore di variabili tra loro indipendenti dette componenti principali, idonee a spiegare il massimo possibile della varianza totale delle variabili originarie, perdendo il minor numero possibile di informazioni. Per cui si ottiene una serie di componenti principali attraverso la combinazione lineare delle variabili ordinarie.

La seconda tecnica statistica utilizzata è quella della cluster analysis, ovvero un procedimento che consente di identificare gruppi omogenei di imprese attraverso l'elaborazione dei fattori della suddetta analisi in componenti principali. L'applicazione della cluster analysis è stata fatta dunque, non sulle variabili originarie, identificabili dalle dichiarazioni dei contribuenti, ma sulle componenti principali come sopra determinate. Quanto alle variabili prese in considerazione nell'elaborazione degli studi, e se sono quelle presenti in tutti i quadri di cui si compongono i questionari inviati ai contribuenti, esclusi i dati contabili presenti nella dichiarazione dei redditi. Infatti la caratterizzazione delle imprese è avvenuta sulla base: dei possibili modelli organizzativi; delle diverse tipologie di clientela; delle aree di mercato servite; delle diverse modalità di espletamento dell'attività per rendere ancora più efficiente l'analisi, è stato poi previsto che un contribuente possa essere ricondotto a più cluster, considerando quindi anche situazioni intermedie di appartenenza a più gruppi omogenei.

Successivamente alla ripartizione in gruppi omogenei, per ciascuno di essi è stata determinata, la funzione matematica che meglio si adatta all'andamento dei ricavi delle imprese appartenenti al gruppo in esame, ricorrendo alla metodologia della regressione multipla. La stima della funzione di ricavo individua la relazione esistente tra il ricavo che rappresenta la variabile dipendente, e alcuni dati contabili strutturali, che rappresentano le variabili indipendenti. Ovviamente il tutto è stato preceduto logicamente e temporalmente da un'analisi sui dati delle imprese per verificare le condizioni di normalità economica dell'esercizio delle attività esaminate e, rispetto a tali condizioni, sono state scartate quelle imprese che sono risultate anomale, per evitare possibili distorsioni. Sono stati poi individuati degli indicatori economico-contabili specifi-

ci per le attività esaminate. Sulla base di tali indicatori per ciascun cluster individuato, sono selezionati soggetti che presentano valori all'interno di un determinato intervallo e viene costituito un campione di riferimento, relativamente al quale si è provveduto a definire la funzione di ricavo, utilizzando sia variabili contabili che variabili strutturali a questo punto la elaborazione degli studi di settore passa all'individuazione della relazione tra il volume dei ricavi dei compensi generati dal singolo contribuente e i valori di opportune variabili contabili o anche strutturali del gruppo di appartenenza. Tale relazione viene stabilita, mediante la cosiddetta analisi della regressione, all'interno di ciascun gruppo precedentemente individuato per conoscere come varia in media l'uno al variare congiunto delle altre. I coefficienti stimati della regressione applicate valori assunti dalle variabili contabili e strutturali del singolo contribuente consentono di determinare il livello presunto dei suoi ricavi o compensi. Tale stima viene poi affinata applicando ulteriori criteri correttivi, quali ad esempio fattori di localizzazione. Relativamente a quest'ultimo fattore, sono state considerate le possibili di Firenze di risultati economici legati al modo di svolgimento dell'attività, suddividendo il territorio nazionale in aree omogenee dal punto di vista economico ed utilizzando i risultati di specifici studi basati su elaborazioni statistiche. Sono stati in particolare individuati dei tipi di indicatori: generali: ad esempio il grado di scolarizzazione degli abitanti, il livello di benessere misurato in base al reddito disponibile per abitante, al numero di autovetture possedute ogni 100 abitanti, che hanno valenza per tutti i settori analizzati; specifici: ad esempio grado di specializzazione del territorio rispetto a determinate attività, determinato dalla percentuale delle imprese del singolo settore sul totale delle imprese delle attività manifatturiere a livello comunale, scelti per misurare aspetti peculiari di alcuni settori in grado di influenzare lo svolgimento dell'attività economica.

### **3.2. Il Software GE.RI.CO.**

Il modello microeconomico costruito con le tecniche suddette viene applicato alla singola impresa attraverso un apposito software di calcolo: Gerico.

Tale software viene applicato alla singola impresa in base alle sue specifiche caratteristiche e ricostruisce i ricavi in situazioni di normalità. L'applicazione della procedura fornisce indicazioni sulla congruità dei

ricavi e la coerenza dei principali indicatori economici che caratterizzano l'attività svolta dal contribuente rispetto valori minimi massimi assumibili con riferimento a comportamenti normali degli operatori del settore che svolgono attività analoghe. Per quanto attiene alla congruità se i ricavi o compensi dichiarati non corrispondono a quelli elaborati, il sistema fornisce sia il valore puntuale atteso, sia i ricavi o compensi minimi ammissibili costituendo una sorta di intervallo di confidenza. I ricavi o compensi che compaiono all'interno di questo intervallo, anziché al livello più alto di ricavo puntuale, vengono considerati ammissibili purché vi siano idonee e motivate giustificazioni che il contribuente dovrà addurre. In particolare, laddove esista la possibilità di adeguamento in dichiarazione, quest'adeguamento deve essere effettuato al valore che nell'applicazione Gerico viene indicato quale valore di riferimento puntuale noto ai contribuenti che ritengono ve ne sia motivo, è peraltro consentito collocarsi anche in caso di adeguamento all'interno dell'intervallo di confidenza e quindi anche al livello del valore minimo, sapendo che l'amministrazione finanziaria potrà verificare e quindi chiedere al contribuente di giustificare per quali motivi abbia ritenuto di adeguarsi a tale minor valore. Per quanto concerne invece gli indici di coerenza degli indicatori economici, essi segnalano la correttezza dei comportamenti economici degli operatori e le relative anomalie possono essere utilizzate dall'amministrazione finanziaria per la selezione delle posizioni da sottoporre a controllo pur in presenza di compensi o ricavi congrui.

### 3.3 *Gli studi di settore nella finanziaria 2007*

Gli studi di settore sono stati utilizzati per la prima volta nel nostro sistema tributario nel 1999 per l'annualità 1998, ma la normativa di riferimento risale al D.L. 331/93. Nello specifico l'art. 62-*sexies* dello stesso decreto stabilisce che gli accertamenti analitico-induttivi "possono essere fondati anche sull'esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi, i compensi e i corrispettivi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dalle caratteristiche e dalle condizioni di esercizio della specifica attività svolta, ovvero dagli studi di settore"<sup>15</sup>.

<sup>15</sup> Lupi e Surgato, "accertamento parziale e rettifiche statistiche secondo gli studi di settore: un difficile coordinamento", in dialoghi di diritto tributario n. 3/2005, pag. 331

La lettera della norma statuisce quindi che la particolare metodologia di accertamento non può essere esperita *tout court* ma solo in presenza di “**gravi incongruenze**”.

L’agenzia delle Entrate con la circolare 58/e del 2002 di fatto ha contestato la portata dell’articolo riportato *supra*, sostenendo che la normativa doveva ritenersi superata dalla successiva approvazione dell’art. 10 della legge 146/1998<sup>16</sup>, sempre in tema di studi di settore e che pertanto, una volta verificatosi lo scostamento tra i ricavi dichiarati e quelli desunti dagli studi di settore l’ufficio non era tenuto a fornire altre dimostrazioni relative alla sua pretesa erariale.

Tale impostazione è stata però ripetutamente disattesa dalla giurisprudenza tributaria degli ultimi anni, che ha sempre considerato gli studi di settore un indizio per l’accertamento ma mai una prova. In particolare la sentenza della Corte di Cassazione del 9 febbraio 2006 n. 17229 ha specificato che gli studi di settore hanno “natura di atti amministrativi generali e di organizzazione” e non sono quindi in nessun modo sufficienti a giustificare un accertamento di un rapporto tributario.

In questo quadro legislativo e giurisprudenziale piuttosto chiaro si innesta la novella dell’art. 10 L. 146/1998 operata dalla finanziaria 2007.

L’articolo 10 della legge 146 del 1998 contiene una serie di disposizioni sull’applicazione e utilizzazione degli studi di settore. In particolare vengono definite le condizioni soggettive e oggettive necessarie per l’applicazione degli studi stessi.

Secondo l’articolo 10, legge 146 del 1998 e la circolare ministeriale 21 maggio del 1999, n. 146/E, gli studi di settore sono applicabili nei confronti dei soggetti che abbiano una serie di caratteristiche, per cui la perdita di una sola di esse comporta l’esclusione dall’applicazione degli studi per il periodo d’imposta interessato.

Le condizioni soggettive sono: periodo d’imposta pari a 12 mesi e che non sia quello iniziale o finale dell’attività; periodo di normale svolgimento dell’attività; ricavi o compensi di importo non superiore al li-

<sup>16</sup> La L. n. 146/1998, oltre a definire le modalità di applicazione degli studi di settore in sede di accertamento, stabilisce i limiti soggettivi di applicazione di tale strumento di accertamento. Cfr., anche, le circolari dell’Agenzia delle Entrate n. 110/E del 21 maggio 1999, n. 121/E dell’8 giugno 2000, n. 54/E del 13 giugno 2001, n. 58/E del 27 giugno 2002, n. 39/E del 17 luglio 2003, n. 21/E del 1° giugno 2004, nonché le note metodologiche relative agli studi di settore vigenti per il periodo d’imposta 2000.

mite fissato per ciascuna settore e, comunque, non superiore a euro 5,164,568, 99. Dal periodo d'imposta in corso alla data del 1.1.2007 il limite aumentato ad euro 7,500,000.

La circolare ministeriale 21.5. 1999, n. 110/E ha stabilito che sono esclusi dall'applicazione degli studi i contribuenti che determinano il reddito in via forfettaria, gli incaricati alle vendite a domicilio e quelli che si avvalevano del regime fiscale sostitutivo "Tremonti". Inoltre la stessa circolare ha individuato quali cause di non applicabilità degli studi: lo svolgimento dell'attività in più punti (imprese multipunto o multiattività); l'esercizio di attività secondarie con un peso superiore al 20% dei ricavi complessivamente dichiarati; cooperative, società consortile e consorzi che operano a favore di imprese socie o associate; cooperative di utenti non imprenditori che operano solo a favore degli utenti stessi.

I soggetti, per i quali sono verificate le condizioni suddette, possono vedere applicato l'accertamento in base agli studi di settore se si verificano le seguenti condizioni oggettive: soggetti in contabilità semplificata; imprese in contabilità ordinaria per opzione e professionisti se i ricavi o compensi dichiarati sono inferiori a quelli risultanti dagli studi di settore per almeno due periodi di imposta su tre consecutivi, compreso quell'oggetto di accertamento; imprese e professionisti in contabilità ordinaria, anche per opzione : se da verbale di ispezione redatto a norma dell'articolo 33, del d.p.r. 600/1973, la contabilità risulta inattendibile in forza di gravi contraddizioni o irregolarità delle scritture contabili obbligatorie, oppure si riscontrano discordanze tra quanto indicato nelle stesse scritture e quanto rilevato in base all'applicazione del d.p.r. 570/1996.

Per quanto attiene alla procedura di difesa<sup>17</sup> entro 30 giorni dalla notifica del verbale di ispezione, il contribuente ha diritto di inoltrare una relazione tecnica, redatta da un professionista abilitato, che dimostri che le irregolarità riscontrate dipendono da errori formali, che non consentono di dichiarare inattendibile la contabilità. In fase di contraddittorio con l'ufficio, quest'ultimo avrà l'obbligo di valutare attentamente le motivazioni addotte dal contribuente, con particolare attenzione alla situazione dell'impresa e alla localizzazione nell'ambito del territorio. L'ufficio può respingere o accogliere anche solo parzialmente le motivazioni, ma dovrà in ogni caso giustificare l'accoglimento o il rigetto delle stes-

<sup>17</sup> Guida pratica fiscale 2A/2007, Frizzera, pag. 313

se. Se l'ufficio e il contribuente si accordano, si dà luogo ad un accertamento con adesione; diversamente, il contribuente potrà presentare ricorso contro l'accertamento presso la commissione tributaria.

Gli accertamenti basati sugli studi di settore seguono il procedimento previsto per l'accertamento con adesione: in particolare il contribuente è invitato al contraddittorio per definire l'accertamento. La mancata risposta all'invito non costituisce violazione amministrativa, tant'è che il contribuente che elude l'invito si preclude la possibilità di definire con l'adesione l'accertamento inviato dall'ufficio.

Il provvedimento dell'agenzia delle entrate 2.1.2002 stabilisce che, per i soggetti che si avvalgono del regime agevolato di cui all'articolo 14, comma 1, legge 388/ 2000 attinente al regime fiscale delle attività marginali, i ricavi e compensi minimi, derivanti dall'applicazione degli studi di settore, siano ridotti di un importo pari al 6%.

Sono previste due ulteriori riduzioni, sempre calcolate sull'importo dei ricavi e compensi minimi, pari al 4% se l'attività è svolta utilizzando unità locali situate in comuni appartenenti all'area individuata dal gruppo "5" della territorialità generale; 5% se il contribuente ha compiuto il 60° anno di età. I ricavi e compensi minimi, ridotti delle suddette percentuali, sono utilizzati per verificare il rispetto dei limiti dei ricavi e compensi previsti per l'ammissione al regime fiscale delle attività marginali.

L'articolo 87, comma 2 e 3, del decreto-legge per 223/2006, dispone l'applicazione generalizzata dell'accertamento sulla base degli studi di settore nei confronti dei contribuenti titolari di reddito di impresa e di lavoro autonomo, prescindendo dal regime di contabilità adottato. In precedenza, come ricorda la circolare ministeriale 4.8.2006, n. 28/E, l'amministrazione finanziaria poteva procedere all'accertamento sulla base degli studi di settore nei confronti degli esercenti attività di impresa in regime di contabilità ordinaria (anche per opzione) e degli esercenti arti e professioni, se in almeno due periodi d'imposta su tre consecutivi considerati, l'ammontare dei ricavi dei compensi determinabili sulla base degli studi di settore risultava superiore all'ammontare dei ricavi e dei compensi contabilizzati con riferimento agli stessi periodi d'imposta; nel caso di rilevanti situazioni di incoerenza rispetto ad indici di natura economica, finanziaria o patrimoniale; in casi di inattendibilità della contabilità ordinaria. Per effetto dell'abrogazione delle norme citate, gli uffici fiscali potranno procedere ad accertamento in base alle determinazioni degli studi di settore in caso di non conformità anche per una sola annualità.

Per quanto riguarda le novità introdotte per il 2007 l'agenzia delle entrate fornisce con la circolare ministeriale 22 maggio 2007, n. 31/E istruzioni agli uffici in merito all'applicazione delle novità introdotte in materia di studi di settore dall'articolo 37 decreto-legge 223/ 2006, convertito con modifica dalla legge del 248/ 2006 (manovra 2006 bis) e dall'articolo 1, comma dal 13 al 27, legge 296/ 2006 (finanziaria 2007).

Alcuni dei chiarimenti più rilevanti riguardano gli indicatori di normalità economica. In caso di accertamento basato sugli studi di settore gli uffici devono valutare, e se necessario rettificare, i maggiori ricavi o compensi determinati con riferimento all'indicatore rivelatosi inattendibile, utilizzando elementi di valutazione acquisiti direttamente o forniti dal contribuente in sede di contraddittorio e tenendo conto di eventuali situazioni straordinarie che possono aver causato la non coerenza. In altri termini, se gli indicatori risultano inattendibili, gli uffici devono disapplicarli. Altra novità attiene alle cosiddette attività marginali. Con riferimento alle imprese operanti in condizioni di marginalità economica, gli uffici devono tenere conto degli effetti penalizzanti che possono derivare dall'applicazione di indicatori di normalità economica. La condizione di marginalità economica rileva in particolare dai seguenti elementi: localizzazione territoriale della attività, ridotte dimensioni del mercato servito, età del contribuente, limitata dotazione o obsolescenza dei beni strumentali, assenza di dipendenti e di costi relativi a servizi.

Ad integrazione di quanto riportato nella circolare ministeriale 22.5.2007, n. 31/E, con la circolare ministeriale 12.6.2007, n. 38/E l'agenzia delle entrate fornisce ulteriori istruzioni operative agli uffici in merito alla corretta applicazione degli studi di settore in vigore dal 2006, stabilendo che l'applicazione degli stessi in sede di accertamento deve basarsi su criteri di ragionevolezza al fine di evitare la penalizzazione di quei contribuenti per i quali l'accertamento presuntivo non sarebbe idoneo ad evidenziare le effettive condizioni di esercizio dell'attività. A riguardo, il contribuente, in sede di dichiarazione dei redditi può evidenziare tutti gli elementi idonei a giustificare il mancato adeguamento ai ricavi e compensi determinati utilizzando gli studi. Per quanto attiene alle cosiddette attività marginali, un'ulteriore innovazione verrà introdotta al fine di facilitare l'individuazione della condizione di marginalità, predisponendo un apposito software che partendo dagli elementi riportati nel modello dei dati rilevanti permetterà di individuare la condizione di marginalità.

Un'ulteriore precisazione va fatta in relazione alla valenza degli indicatori di normalità economica. Con il decreto ministeriale 20 marzo 2007 sono stati approvati gli specifici indicatori di normalità economica per l'individuazione di ricavi, compensi e corrispettivi attribuibili al contribuente in base alle caratteristiche e alle condizioni di esercizio dell'attività svolta. L'articolo 15, comma 3-bis, decreto-legge 81/2007 convertito con modifica della legge 127/2007 ha disposto che gli indicatori di cui all'articolo 1, comma 14, legge 296/2006 hanno mera valenza sperimentale e, pertanto, i maggiori ricavi, compensi o corrispettivi derivanti dalla loro applicazione rappresentano solo presunzioni semplici.

Gli specifici indicatori di normalità economica si distinguono a seconda dei contribuenti:

- Esercenti attività di impresa: rapporto tra costi di disponibilità di beni mobili strumentali e loro valore; rotazione del magazzino; durata delle scorte; valore aggiunto per addetto; redditività dei beni immobili strumentali
- Esercenti attività di lavoro autonomo: rapporto tra ammortamenti dei beni immobili strumentali e loro valore; resa oraria per addetto; resa oraria del professionista

L'agenzia delle entrate fornisce con il comunicato stampa agenzia entrate del 28 giugno 2007 un elenco delle cause che possono giustificare la non congruità rispetto alle risultanze degli studi di settore, anche relativamente ai nuovi indicatori di normalità, che il contribuente può riportare nel campo "annotazioni" del modello di comunicazione dei dati rilevanti per l'applicazione degli studi di settore.

Una delle cause che il contribuente può addurre attiene alla cosiddetta "non normalità economica riferibile ai singoli indicatori"; questa situazione può essere giustificata da una serie di circostanze che riguardano l'incidenza dei costi di disponibilità di beni strumentali, (ad es. vendita di beni strumentali in corso d'anno), rotazione del magazzino o durata delle scorte (ad esempio, significativa riduzione della clientela), il valore aggiunto per addetto (ad esempio, presenza di apprendisti), la redditività dei beni strumentali (ad esempio investimenti effettuati in fase di avvio dell'attività).

Altra causa giustificativa è la marginalità economica, questo stato sussiste in presenza di situazioni riferibili a condizioni soggettive del titolare (ad esempio età avanzata, stato di salute), all'impresa (ad esempio ridotte dimensioni della struttura, assenza di investimenti, ridotta com-

pettività ), al mercato (ad esempio, clientela non agiata, scarso potere contrattuale ) e alla localizzazione dell'impresa (ad esempio scarsa presenza di infrastrutture e di potenziale economico ).

Altre condizioni che rendono non attendibili le risultanze degli studi riguardano le condizioni particolari e le specifiche situazioni che giustificano gli scostamenti dalle risultanze del singolo studio come ad esempio la mancata revisione al ribasso dei prezzi imposta dalla concorrenza, lavori pubblici che riducono l'accesso al luogo dell'attività, delocalizzazione delle attività produttive da parte del committente.

Ulteriori novità riguardanti gli studi di settore e introdotte dalla finanziaria per il 2007 riguardano:

- la revisione degli studi deve avvenire, un apposito provvedimento da emanare entro il mese di febbraio di ciascun anno, ogni tre anni (e non più 4 ) dalla data di entrata in vigore dello stesso studio o dalla data della sua ultima revisione;
- con effetto dal periodo d'imposta in corso al 31 dicembre del 2006, si applicano specifici indicatori di normalità economica per individuare i ricavi, corrispettivi o compensi attribuibili al contribuente in base alle caratteristiche e alle condizioni di esercizio dell'attività;
- dal periodo d'imposta in corso al primo gennaio 2007, il limite di ricavi e compensi entro il quale non si applicano gli studi è fissato in 7,5 milioni di euro (e non più €5,164,569 ) e, a partire dal periodo d'imposta in corso al 31.12.2006, gli studi si applicano anche in caso di inizio dell'attività da parte dello stesso soggetto entro sei mesi dalla data di cessazione o quando l'attività costituisce mera prosecuzione di attività svolte da altri soggetti;
- dal periodo d'imposta in corso al 1 gennaio 2007, le rettifiche ex articolo 39, comma 1, lett. d), secondo periodo, d.p.r. 600/1973 e articolo 54, comma 2, ultimo periodo, d.p.r. 633/1972 non si applicano nei confronti dei contribuenti che dichiarano compensi o ricavi almeno pari al livello di congruità ai fini degli studi, se le attività non dichiarate (con un massimo di €50,000 ) sono pari o inferiori al 40% dei ricavi o compensi non dichiarati;
- nei confronti delle imprese dei professionisti cui non si applicano gli studi è prevista l'individuazione di specifici indicatori di normalità economica per individuare la presenza di ricavi o compensi non dichiarati rapporti di lavoro irregolare;

- con riferimento alle società di capitali, cooperative e di mutua assicurazione e per il primo periodo d'imposta di esercizio dell'attività sono stabiliti specifici indicatori di coerenza per l'individuazione dei requisiti minimi di continuità dell'attività tesa;
- dal periodo d'imposta in corso al primo gennaio 2007 l'accertamento sulla base degli studi si effettua anche nei confronti dei contribuenti con periodo d'imposta inferiore ai dodici mesi nel caso in cui i ricavi o compensi dichiarati risultano inferiori a quelli determinati sulla base degli studi.

Con le nuove disposizioni introdotte dalla legge 296 del 2006 vengono anche inasprite le sanzioni per la compilazione dei dati richiesti nei modelli degli studi.

Sono, infatti, innalzate le sanzioni già previste dai decreti 471/1997 e 446/1997, ai fini delle imposte sui redditi, dell'Iva e dell'irap, in caso di infedele dichiarazione.

In particolare, per le sanzioni previste per questo tipo di violazione - da un minimo del 100% ad un massimo del 200% dell'imposta - è disposta la maggiorazione del 10% nell'ipotesi di omessa o infedele indicazione dei dati rilevanti ai fini degli studi di settore, nonché nel caso di indicazione, da parte del contribuente, di cause di inapplicabilità non sussistenti.

La finanziaria 2007 aveva, tra l'altro, anche inasprito gli studi di settore, introducendo i nuovi indicatori di normalità economica che hanno scatenato le proteste dei contribuenti. La pace tra fisco e categorie produttive è stata poi sancita dall'accordo del 27 giugno 2007, recepito, nel corso della conversione in legge, del decreto legge 81/2007.

In particolare viene stabilito che i nuovi indicatori di normalità economica degli studi di settore hanno natura sperimentale e costituiscono presunzioni semplici. I contribuenti che dichiarano ricavi inferiori a quelli determinati dagli indicatori non sono sottoposti ad accertamento automatico, ed in caso di controlli, l'onere della prova circa gli scostamenti rilevati grava sull'amministrazione fiscale.

### **3.4 La valenza probatoria degli studi di settore**

L'applicazione degli studi di settore in sede di accertamento deve ispirarsi a criteri di ragionevolezza tali da evitare la penalizzazione di contribuenti per i quali il meccanismo presuntivo potrebbe risultare non idoneo a cogliere le effettive condizioni di esercizio dell'attività. Dato che

gli studi di settore costituiscono una presunzione relativa gli accertamenti devono essere sempre calibrati tenendo in debito conto tutti gli elementi offerti dal contribuente<sup>18</sup> per dimostrare che i ricavi o compensi presunti non sono stati effettivamente conseguiti. Gli uffici dovranno tener in particolare considerazione le situazioni in cui sia fondatamente ipotizzabile che l'attività venga svolta in condizioni di marginalità economica. La condizione suddetta è riferibile, a tutti gli operatori i quali per cause indipendenti dalla propria volontà, non gestiscono l'attività imprenditoriale secondo logiche di mercato, ponendosi quindi al di fuori del principio di normalità che sottende l'intero impianto metodologico degli studi di settore. Il contribuente cui si applicano gli studi di settore deve confrontare i propri ricavi dichiarati con quelli risultanti dall'applicazione dell'analisi della congruità e della nuova analisi di normalità economica<sup>19</sup>. Lo studio di settore fornisce, quindi, un unico valore stimato, che si compone di ricavi da congruità e di ricavi individuati con la nuova analisi di normalità economica. Quindi è previsto un unico livello di adeguamento. La circolare 41/E del 6 luglio 2007 chiarisce meglio tale impostazione: con riferimento ai risultati derivanti dall'applicazione degli indicatori di normalità economica stabilisce che hanno valenza probatoria di presunzione semplice, il che significa che non hanno altro valore se non quello di mero indizio, proprio per tale ragione occorre implementare l'attività di verifica per cercare quegli elementi di supporto che possono avvalorare gli importi risultanti dall'applicazione degli indicatori. Ne consegue che ogni qualvolta manchino i predetti elementi di supporto, sarà carente di motivazione l'atto di accertamento il quale, sarà pertanto passibile di annullamento. Rimane invece, secondo la circolare suddetta, una

<sup>18</sup> Si ricorda, infatti, che è proprio il tenore letterale del comma 14 della legge 296/2006 che prevede l'istituzione di "specifici indicatori di normalità economica, di significativa rilevanza, idonei alla individuazione di ricavi, compensi e corrispettivi fondatamente attribuibili al contribuente in relazione alle caratteristiche e alle condizioni di esercizio della specifica attività svolta".

<sup>19</sup> 14-bis. Gli indicatori di normalità economica di cui al comma 14, approvati con decreto del ministro dell'economia e delle finanze hanno natura sperimentale e i maggiori ricavi, compensi o corrispettivi da essi desumibili costituiscono presunzioni semplici. 14-ter. I contribuenti che dichiarano un ammontare dei ricavi, compensi o corrispettivi inferiori rispetto a quelli desumibili dagli indicatori di cui al comma 14-bis non sono soggetti ad accertamenti automatici e in caso di accertamento spetta all'ufficio accertatore motivare e fornire elementi di prova per gli scostamenti riscontrati".

presunzione qualificata<sup>20</sup> quella riguardante i risultati di Gerico per la determinazione della congruità tradizionale.

Quindi in generale, per l'amministrazione finanziaria, è sufficiente il solo scostamento da Gerico per giustificare l'accertamento a mezzo studi di settore. Parte della dottrina e della giurisprudenza di merito sono, invece, convinte che la presunzione che legittima l'utilizzo degli studi di settore sia semplice e che assurge a qualificata (cioè fornita dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dagli artt. 39, primo comma, lettera d) del d.p.r. 600/ 1973 e 54 del d.p.r. n. 633/ 1972 ) solo se l'amministrazione finanziaria è in grado di trovare anche la presenza delle gravi incongruenze richieste dall'articolo 62-sexies del decreto-legge 331/ 1993.

I maggiori ricavi o compensi che scaturiscono dall'applicazione degli indicatori di normalità economica approvati con D.M. 20 marzo 2007 costituiscono presunzione semplici prive dei requisiti di precisione, gravità e concordanza. Pertanto potranno essere legittimamente utilizzati, dall'amministrazione finanziaria, in sede di accertamento solo se suffragati da ulteriori elementi probatori in grado di concretizzare i citati requisiti<sup>21</sup>.

### **3.5 Novità della finanziaria 2008**

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge 24. 12. 2007, n. 244 (finanziaria 2008 ) e dal precedente decreto-legge 2. 7. 2007, n. 81, convertito con una modificazione con legge 3. 8. 2007, n. 127, l'agenzia delle entrate interviene, con la circolare ministeriale 23.1. 2008, n. 5/E, sul-

<sup>20</sup> Per tutte Cass., Sez. I, 28 agosto 1996, n. 7931, in Corr. Trib. n. 2/1997, pag. 120, dove viene affermato anche che: "... la gravità dell'elemento indiziario ne esprime la capacità dimostrativa in funzione del tema della prova, la precisione risponde ad una esigenza di univocità, e la concordanza soddisfa la necessità di una valutazione integrata e complessiva di tutti gli elementi che presentino singolarmente una almeno parziale rilevanza probatoria positiva. Cass., Sez.I, 14 agosto 1992, n. 9583, in Corr.Trib. n.48/1992, pag. 3493; Id., 26 novembre 1994, n. 10058, in Banca Dati BIG, IPSOA;

<sup>21</sup> Al riguardo, la Cassazione, con la sentenza n. 2891 del 27 febbraio 2002, ha confermato "...la piena legittimità della utilizzazione di ragionamenti presuntivi, nell'ambito degli accertamenti analitico-presuntivi di cui all'articolo 39, comma 1, lettera d) del D.P.R. n. 600 del 1973...", sostenendo che "...non vanno fornite altre dimostrazioni...". La medesima Corte, nel citare anche gli studi di settore, "...ha confermato sempre di più la possibilità che l'Amministrazione utilizzi strumenti presuntivi legittimati dalla prassi e valutati già in sede preventiva a livello generale". Il contribuente ha "...l'onere di attivarsi e di mostrare o l'impossibilità di utilizzare le presunzioni in quella fattispecie o l'inaffidabilità del risultato ottenuto attraverso le presunzioni".

la questione della portata accertativa delle risultanze degli studi di settore, ammettendo per la prima volta in modo chiaro la natura di presunzione semplice degli stessi, così come desumibile dall'articolo 62-sexies, decreto-legge 30.8.1993, n. 331, convertito con modificazione con legge 29. 10. 1993, n. 427.

Le risultanze derivanti dall'applicazione degli studi di settore assumono la veste di presunzione semplice e, come tali non sono automaticamente sufficienti a permettere l'emissione automatica di avvisi di accertamento: questa, finalmente, è la presa d'atto dell'agenzia delle entrate che è stata resa nota all'interno della circolare ministeriale 23.1. 2008, n. 5/E, dopo che per molto tempo la stessa amministrazione finanziaria aveva tenuto una posizione diametralmente opposta, non considerando i contenuti chiari della normativa, ed in particolare dell'articolo 62-sexies.

È bene precisare che la valenza probatoria di una presunzione semplice è di fatto nulla se non è che accompagnato la ad altri elementi, la cui esistenza dovrebbe essere dimostrata, come nel caso di specie, dall'agenzia delle entrate.

Prima di procedere oltre si ritiene opportuno ripercorrere sinteticamente, gli interventi di rilievo avvenuti in materia negli ultimi mesi.

L'articolo 15, comma 3-bis, decreto-legge 2. 7. 2007, n. 81 introducendo i comma 14-bis e 14-ter dell'articolo 1, legge 27. 12. 2006, n. 296 (finanziaria 2007) ha precisato che gli indicatori di normalità economica hanno natura e i maggiori ricavi, compensi o corrispettivi da essi desumibili costituiscono presunzioni semplici; inoltre i contribuenti che dichiarano un ammontare di ricavi o compensi inferiori a quelli desumibili dagli indicatori di normalità economica non sono soggetti ad accertamenti automatici e, in caso di accertamento, spetta all'ufficio accertatore motivare e fornire elementi di prova per gli scostamenti riscontrati.

A ben vedere si è attribuito agli Ipe la forza di presunzione semplice. Nulla è invece, stato detto in merito alle risultanze ottenute tramite l'applicazione degli studi di settore.

Importante ai fini dell'analisi che si sta portando avanti è l'intervento del sottosegretario di Stato o per l'economia e le finanze, onorevole Lettieri, il quale nell'intervento al senato del 2 agosto 2007 precisò la volontà della decisione del governo in merito agli studi di settore e agli indici di normalità economica sottolineando la natura di presunzione semplice degli stessi, la non automaticità degli accertamenti, e di riflesso l'onere della prova a carico dell'amministrazione finanziaria.

Passo successivo nell'analisi dell'evoluzione della valenza probatoria degli studi di settore è la finanziaria 2008.

L'articolo 1, comma 252, della legge 24. 12. 2007, n. 244 ha ulteriormente modificato l'articolo 1, comma 14, della legge 296/ 2006, stabilendo che ai fini dell'accertamento l'agenzia delle entrate ha l'onere di motivare e fornire elementi di prova per avvalorare l'attribuzione dei maggiori ricavi o compensi derivanti dall'applicazione degli indicatori di normalità economica. In ogni caso i contribuenti che dichiarano compensi inferiori a quelli previsti dagli indicatori non sono soggetti ad accertamenti automatici.

In effetti, la legge 244/ 2007 non aggiunge nulla di rilevante rispetto al decreto-legge 81/2007, soffermandosi sulla valenza probatoria degli Ine senza considerare la precedente indicazione dell'onorevole Lettieri.

Passo successivo è la circolare ministeriale 23. 1. 2008, n. 5/E nella quale l'agenzia delle entrate propone una lettura dell'articolo 62-sexies, differente rispetto a quella finora fornita dalla stessa amministrazione finanziaria. Prima della circolare suddetta si riteneva che le risultanze degli studi di settore avessero valenza di presunzione legale, e quindi, che fossero idonee a permettere l'emissione gli abissi di accertamento automatici. La circolare che si sta analizzando far riferimento al comma 3 dell'articolo 62-sexies, il quale stabilisce che gli accertamenti di cui all' art. 39, comma 1, lettera d), D.P.R. 29.9.1973, n. 600 possono essere fondati anche sull'esistenza di gravi incongruenze tra i ricavi, i compensi e i corrispettivi dichiarati e quelli fondatamente desumibili dagli studi di settore. A ben vedere, due sono i passaggi cruciali: la necessità dell'esistenza di gravi incongruenze e che quest'ultima sia fondatamente desumibile dagli studi di settore.

Dunque, per poter emettere un avviso di accertamento basato esclusivamente sui dati desumibili dall'applicazione degli studi di settore è, quindi, indispensabile che siano soddisfatti entrambi i requisiti.

Primo requisito è l'esistenza di gravi incongruenze che è, riscontrabile ogni qualvolta vi siano scostamenti significativi tra il ricavo dichiarato e quello di congruità. La circolare non definisce in modo puntuale quali siano gli scostamenti considerabili significativi ma individua, anche se in modo generico, quelli di lieve entità, vale a dire quelli che si collocano nel cosiddetto intervallo di confidenza o al di sotto dello stesso. I contribuenti che dichiarano ricavi superiori a quello minimo di congruità anche se inferiori al ricavo puntuale vengono considerati dall'agenzia generalmente in linea con le risultanze degli studi di settore. Tali situazioni vengono considerate quindi, come sostanzialmente congrue, ragion

per cui difficilmente saranno oggetto di accertamento automatico. In definitiva in presenza di scostamenti di lieve entità i medesimi vanno considerati come elementi da utilizzare insieme ad altri elementi disponibili o acquisibili con gli ordinari poteri istruttori considerabili solo come spie per la segnalazione di situazioni anomale, nel caso in cui, invece, si è in presenza di scostamenti rilevanti, questi possono essere utilizzati per l'emissione di atti di accertamento, ma solo qualora venga soddisfatto anche il secondo requisito, quello della fondatezza dei risultati desunti dagli studi di settore. Secondo l'agenzia delle entrate, la fondatezza della stima e, quindi, la possibilità di emettere avvisi di accertamento in presenza di scostamenti rilevanti dipende dall'esistenza contemporanea di due requisiti: oggettivo, e soggettivo. Il primo riguarda la capacità del campione che è stato monitorato di rappresentare in modo adeguato le situazioni di normalità economica di una determinata realtà produttiva; il secondo requisito fa riferimento all'esistenza di un'effettiva coincidenza della situazione del singolo contribuente, oltre che con quella propria di quella realtà produttiva, anche con quella di normalità economica prese al riferimento per l'individuazione del campione rappresentativo.

È proprio in tale ambito che assume un'importanza fondamentale il ruolo del contraddittorio tra contribuente e fisco<sup>22</sup>, in quanto, è in esso che viene verificata la sussistenza della fondatezza dei valori desumibili dall'applicazione degli studi di settore. È infatti, nel contraddittorio chi si va a considerare l'eventuale l'assenza di elementi oggettivi che inducono a ritenere inadeguato il percorso tecnico metodologico seguito dallo studio per giungere alla stima, oppure la correttezza dell'imputazione al cluster di riferimento, o ancora una mancanza di cause particolari che abbiano potuto influire negativamente sul normale svolgimento dell'attività. Anche se l'agenzia delle entrate ha finalmente ammesso la reale portata accertativa degli studi di settore desumibile dalla normativa, vale a dire quella di presunzione semplice, l'onere della prova rimarrà a carico del contribuente.

Ultimo aspetto che va considerato nell'ambito dell'analisi della circolare ministeriale 5/E/2008 è la motivazione. Quest'ultima non deve es-

<sup>22</sup> F. D'Ayala Valva, *I principi di cooperazione tra amministrazione e contribuente. Il ruolo dello Statuto*, in "Riv. dir. trib." n. 10/2001, pag. 915. Sulla rilevanza del contraddittorio in sede di verifica fiscale e di indagini bancarie, A. Lattanzio, *La tutela*, cap. II.

sere di regola rappresentata dal semplice rinvio, quasi automatico, alle risultanze degli studi di settore, ma deve dare conto in modo esplicito delle valutazioni che, a seguito del contraddittorio con il contribuente, hanno condotto l'ufficio a ritenere fondatamente attribuibili i maggiori ricavi. Questo di riflesso, dovrebbe significare che gli eventuali atti di accertamento emessi in modo automatico senza tali motivazioni sono da considerarsi nulli.

In ultima analisi va ricordato che l'amministrazione finanziaria deve<sup>23</sup> proporre il contraddittorio al contribuente<sup>24</sup>, e in mancanza del correlato invito da parte dell'agenzia delle entrate, l'atto di accertamento e da intendersi nullo. Se, invece, fosse il contribuente a non parteciparvi, la valutazione dell'affidabilità dello studio sarà svolta direttamente dall'ufficio sulla base degli elementi in proprio possesso.

In definitiva l'accertamento del reddito d'impresa e/o di lavoro autonomo implica la valutazione di tutte le circostanze influenti sull'andamento dell'attività imprenditoriale e/o professionale, sui costi e sull'entità dei ricavi e dei compensi; valutazioni e circostanze che non possono essere generalizzate, ma che debbono essere verificate dagli Uffici finanziari in rapporto a ciascuna posizione imprenditoriale e/o professionale.

Da ciò discende la necessità di individuare le garanzie che l'ordinamento riconosce al contribuente, al fine di evitare che l'attività di accertamento in base agli studi di settore venga esercitata in modo arbitrario ed indiscriminato.

<sup>23</sup> La C.M. 5/E/2008 evidenzia tale obbligo in due passaggi: ove, riferendosi al contraddittorio, si specifica che esso "come è noto va obbligatoriamente tentato" e ove si specifica, con riferimento all'accertamento, che il suo contenuto dipende dall'esito, imprevedibile a priori, del contraddittorio.

<sup>24</sup> Secondo la Suprema Corte, Sez. trib., n. 19163/2003, cit., la previsione di cui all'art. 12, comma 7, della L. n. 212/2000, che costituiva una norma generale, evidenzia "un tendenziale necessario contraddittorio attraverso il quale il contribuente possa fornire dati e richieste che l'Ufficio ha l'obbligo di valutare, conferma che l'accertamento venga calibrato sempre al caso concreto, sulla base di una conoscenza più approfondita della situazione verificata". Alla stregua dell'art. 12, aggiunge la Suprema Corte, "la stessa Amministrazione deve individuare gli elementi da utilizzare nel caso concreto, potendo addirittura disattendere i coefficienti quando esistono altri dati che evidentemente esprimono meglio la situazione concreta". In argomento cfr., anche, S. Trovato, *Accertamenti induttivi ma flessibili*, in "Il Sole-24 Ore" del 7 febbraio 2004, pag. 21.

Il rispetto di tali garanzie è una proiezione, nel processo tributario, della disciplina sostanziale della fattispecie da giudicare. Prima che nel processo, il problema della legittimità e della fondatezza sostanziale della pretesa impositiva, si pone nel procedimento tributario, in relazione all'esigenza di dare attuazione imparziale (art. 97 Cost.) ad una funzione legalmente vincolata (art. 23 Cost.), tesa alla ricerca della reale ed effettiva capacità contributiva del soggetto passivo d'imposta (art. 53 Cost.).

GIUSEPPE MARIA PALMIERI

## La 'storia infinita': nuove prospettive di riforma dei reati ambientali?

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Politica criminale e prospettive di riforma. - 3. Le differenti proposte di codificazione dei delitti ambientali. - 3.1 L'inquinamento ambientale. - 3.2 L'offesa alla vita ed alla incolumità individuale come evento aggravante dell'inquinamento ambientale. - 3.3 Il disastro ambientale. - 3.4 Il delitto di traffico illecito di rifiuti. - 3.5 Reati ambientali e criminalità organizzata. - 3.6 Frode in materia ambientale. - 3.7 Delitti colposi. - 3.8 Delitto di 'violazione degli obblighi imposti dalla legge, dal giudice o da un ordine dell'autorità'. - 3.9 Il ravvedimento operoso. - 3.10 Delitto di «danneggiamento delle risorse economiche ambientali». - 3.11 La proposta responsabilità da reato delle persone giuridiche in relazione ai delitti ambientali. - 4. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma orientate all'offesa del bene.

### 1. Premessa

La vigente disciplina in materia di diritto penale dell'ambiente è raccolta nel d.lgs. n. 152 del 2006, cosiddetto codice dell'ambiente<sup>1</sup>. All'interno di tale provvedimento legislativo è contenuta una disciplina penale che è da considerarsi violatrice di una molteplicità di garanzie, affermate a livello costituzionale, che dovrebbero costantemente accompagnare la elaborazione e l'uso del sistema penale<sup>2</sup>. Tale disciplina, risultando incapace

<sup>1</sup> D. lgs. 152/2006, in *Gazz. Uff.*, n. 88 del 14 aprile 2006, *suppl. ord. n. 96*; per una recente «cronaca legislativa» relativa al d. lgs. n. 152/2006, v., Busetto, *Il nuovo testo unico in materia ambientale*, in *Iust.*, n. 4/2006, 405 ss.

<sup>2</sup> V., per tutti, sulla necessità della elaborazione di un sistema di tutela penale dell'ambiente costituzionalmente legittimo, senza pretese di esaustività, BAJNO, *Ambiente nel diritto penale, (tutela dell')*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino 1987, 115 ss.; ID., *Intervento al convegno L'iniziativa del pretore e l'inquinamento delle acque*, in *Giur. agr.* 1971, 709 ss.; ID., *La tutela dell'ambiente nel diritto penale, Relazione al convegno su "La tutela dall'inquinamento industriale"*, Abano Terme 19-20, ottobre, 1989, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1990, 341 ss.; BRICOLA, *Aspetti penalistici degli inquinamenti*, in *Riv. agr.*, 1973, I, 573-613, ora in, ID., *Scritti di diritto penale*, I, Vol. II, Milano 1997, p. 2555 ss.; ESER, *La Tutela penale dell'Ambiente in Germania*, *Ind. pen.*, 1989, 231 ss.; FIANDACA-TESSITORE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, in *Materiali per una riforma del sistema penale*, a cura del CRS, Milano 1984, p. 25 ss.; GIAMPIETRO P., *Profili di non operatività del decreto Ronchi*, in *Riv. trim. dir. pen.*

di soddisfare le esigenze di legittimità del nostro ordinamento, risulta, ad un tempo, anche ineffettiva rispetto allo scopo che, soltanto apparentemente, sembra essere rivolta a perseguire<sup>3</sup>. Sul tema, è stata evidenziata la portata criminogena che talvolta può derivare dalle modalità di intervento penale che presentano le medesime caratteristiche delle fattispecie incriminative contenute nel cosiddetto codice dell'ambiente; si tratta di un uso di fattispecie penali che, talvolta, è stato considerato aggressivo del bene dell'ambiente alla cui tutela, piuttosto, dovrebbe orientarsi<sup>4</sup>.

*econ.*, 1997, 838 ss.; GIUNTA, *Il bene giuridico dell'ambiente. Nozione e impieghi nel campo del diritto penale*, in AA.VV., *Ambiente e diritto*, a cura di, S. GRASSI-M. CECCHETTI-A. ANDRONIO, Perugia 1999, p. 575 ss.; ID., *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, 1097 ss.; HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 104 ss.; ID., *Umweltschutz durch Strafrecht*, in N. K., Heft I, 1989, 46 ss.; HEINE-MEINBERG, *Das Umweltstrafrecht. Grundlagen und Prospektiven einer erneute Reform*, in GA, 1990, 1 ss.; HOMANN, *Das Rechtsgut der Umweltschuld*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern-NewYork-Paris 1991; INSOLERA, *Modello penalistico puro per la tutela dell'ambiente*, in *Dir. pen. proc.*, III, n. 6, 1997, 737 ss.; LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, Milano 2004; MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1997, 665 ss.; ID., *Realtà e prospettive della tutela penale dell'ambiente in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1998, 851 ss.; ci sia consentito il richiamo al nostro, Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente. Dal codice Rocco al codice dell'ambiente (d.lgs.152/2006), Napoli, 2007; PATRONO, *Il diritto penale dell'ambiente. Rilievi critici e linee di politica criminale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1147; ID., *Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1989, 1019 ss.; ID., *Inquinamento industriale e tutela penale dell'ambiente*, Padova 1979; VERGINE, *Valutazioni in tema di tutela dell'ambiente nel diritto penale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, 1193 ss.; WINKELBAUER, *Zur Verwaltungskessorsorietät des Umweltstrafrecht*, Baden-Baden 1985.

<sup>3</sup> Sul binomio secondo cui il rispetto delle garanzie nei confronti del singolo sancite in Costituzione favorisce la elaborazione di un sistema penale caratterizzato da un più alto grado di effettività, MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 1997, p. 1 ss., in riferimento ai fondamentali principi normativi del sistema penale, afferma essere «posti a tutela sia dei diritti fondamentali della persona che dell'interesse pubblico alla difesa sociale» (*op. cit.*, p. 15); ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni. Tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, 343 ss., afferma che «difficilmente scorciatoie rispetto all'effettiva osservanza dei principi fondamentali portano a risultati soddisfacenti: la caduta di garanzie reca inevitabilmente con sé conseguenze negative, anche dal punto di vista del mero controllo sociale» (*op. cit.* 346).

<sup>4</sup> Per tutti, v., HASSEMER, *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit., secondo cui «ci sono buone ragioni per ritenere che un simile diritto penale dell'ambiente, tanto alla tutela dell'ambiente, quanto anche al diritto penale, nuoce più che giovare» (*op. cit.*, 49); sulle «contraddizioni ambientali», si vedano i recenti contributi di ABBAGNANO TRIONE, *Danno all'ambiente e tutela penale: spunti di riflessione*, in AA.VV., *Responsabilità da danno ambientale. Profili di diritto civile, amministrativo e penale*, a cura di GIOVA, Napoli 2005, p. 165 ss. (*op. cit.*, p. 175).

La tutela penale della salubrità dell'atmosfera, delle acque, del suolo, risulta caratterizzata dalla presenza di forme di incriminazione che, proponendo un intervento penale significativamente anticipato rispetto ai parametri costituzionali, difficilmente può considerarsi compatibile con il rispetto della concezione costituzional-personalistica del bene giuridico<sup>5</sup>; ne

<sup>5</sup> Sulle problematiche sottese alla individuazione della fonte, del contenuto e della funzione del bene giuridico, v., senza pretese di esaustività, JÄGER, *Strafgesetzbuch und Rechtsgüterschutz bei Sittlichkeitsdelikten. Eine Kriminalsoziologische Untruschung, passim*, Stuttgart, 1957; ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano 1983, *passim*, p. 161 ss.; BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, Torino 1973, 7 ss.; ID., *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto di tutela*, in *Studi in memoria di G. Delitala*, Vol. I, Milano 1984, p. 99 ss.; KIN-DHÄUSER, *Strafe, Strafrechtsgut und Rechtsgüterschutz*, in AA.VV., *Modernes Strafrecht und ultima Ratio Prinzip*, a cura di LÜDERSEN-NESTLER-TREMEL-WEIGEND, Frankfurt-Berlin-NewYork-Paris 1990, p. 29 ss.; per una interpretazione sistematica del problema relativo alla individuazione del bene giuridico, elaborata in considerazione della funzione che la pena è chiamata a svolgere all'interno dell'ordinamento, v., ROXIN, *Sinn und Grenzen der staatlicher Strafe*, ora in *Strafrechtliche Grundlagensprobleme*, Berlin-NewYork 1973, p. 13 ss.; con particolare attenzione al ruolo della persona, MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.; ID., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova 1988, p. 48, evidenzia come debba trattarsi di «situazioni di valore, preesistenti alla norma, offendibili e tutelabili, la cui tutela risulta fondamentale per lo sviluppo della personalità dell'individuo e la realizzazione di finalità superindividuali», ed ancora, come sia, «il rapporto di interesse tra una persona ed un oggetto, nella sua proiezione interindividuale, a dar vita al bene giuridico; questo rapporto integra cioè, quella situazione di valore alla cui tutela si pongono le norme penali» (*op. cit.*, p. 66); ID., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 130; per MARX, *Zur Definition des Begriffs "Rechtsgut"*, Köln 1972, p. 62 ss., sono beni giuridici, «quegli oggetti di cui l'uomo ha bisogno per la propria auto-realizzazione»; per OTTO, *Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand*, in AA.VV., *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, a cura di MÜLLER-DIETZ, Köln-Berlin-Bonn-München 1971, p. 3 ss., «è bene giuridico una relazione reale della persona con un valore concreto riconosciuto dalla comunità giuridica, nella quale il soggetto di diritto si sviluppa personalmente con l'approvazione dell'ordinamento»; per un concetto di Costituzione nel senso di 'contenitore' dei beni giuridici, in cui il valore della libertà personale deve fungere da continuo punto di riferimento nelle scelte di criminalizzazione, v., FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, 42 ss.; MAZZACUVA, *Modello costituzionale di reato. Le "definizioni" del reato e la struttura dell'illecito penale*, in AA.VV., *Introduzione al sistema penale*, a cura di INSOLERA, MAZZACUVA, PAVARINI, ZANOTTI, I, Torino 1997, p. 79 ss.; RUDOLPHI, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs*, in *Festschrift für Honig*, 1970, 151 ss., per il quale beni giuridici sono 'unità sociali di funzioni, indispensabili alla vita sociale che si svolge nel quadro della Costituzione'; cfr., sul tema, AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1972; PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, 486; HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 104 ss.; ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre, in Jenseits des Funktionalismus. Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag*, a cura di PHILLIPS-SCHOLLER, Heidelberg 1989, p. 85 ss.

derivano, dunque, carenze sul piano dell'offensività<sup>6</sup>, della riserva di legge in materia penale, della legalità/determinatezza, della personalità della responsabilità penale<sup>7</sup>.

Le violazioni del rispetto di ognuna di queste affermazioni costituzionali, inevitabilmente, determinano la sussistenza di lacune anche sul piano del rispetto del principio, costituzionalmente imposto, di integrazione sociale della pena<sup>8</sup>.

Peraltro, una simile politica criminale, adottata dal legislatore nell'elaborazione del d.lgs. n. 152 del 2006, appare perfettamente uniforme ai precedenti interventi legislativi rivolti alla disciplina di tale delicato settore del diritto penale<sup>9</sup>. Impostazioni legislative di tal fatta, piuttosto che risultare rivolte all'effettivo perseguimento della tutela dell'ambiente, in un'ottica costituzionalmente orientata e, dunque, legittimamente perseguibile, non sembrano raggiungere ulteriore traguardo rispetto al soddisfacimento di esigenze di carattere propagandistico<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Sul fondamento costituzionale di tale principio, per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 15 ss., 68 ss., 82 ss.; M.GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, 8-9; PATALANO, *Significato e limiti della dommatica del reato di pericolo*, Napoli 1975, p. 67 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale.1. Le norme penali: fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica*, 3ª ed., Milano 2001, p. 449; MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, 1006 ss.; ID., *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 343 ss.; MANTOVANI, *Il principio di offensività del reato nella Costituzione*, in *Scritti in onore di Costantino Mortati*, IV, Milano 1977, p. 449 ss.

<sup>7</sup> Sul tema della interrelazione tra tutti i principi affermati in Costituzione, nonché sulla violazione di ognuno di questi principi a fronte della inosservanza anche soltanto di uno di essi, v., MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.

<sup>8</sup> Per la elaborazione di un sistema penale teleologicamente orientato al raggiungimento del fine della pena, nel senso della «integrazione sociale», v., MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 109 ss.

<sup>9</sup> Sul tema, v., Busetto, *Il nuovo testo unico in materia ambientale*, cit., 405 ss.; per alcune riflessioni sul decreto legislativo n. 152 del 2006, ci sia consentito il richiamo al nostro, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 125 ss.

<sup>10</sup> Per appropriate considerazioni su un uso strumentale del diritto penale, nel senso di uno 'slogan', proprio con riferimento alla legislazione ambientale, nei termini che seguono, HASSEMER, *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit., p. 47: «Questo diritto penale porta con sé il segno caratteristico della legislazione simbolica. Ciò che ci si può attendere è meno di una effettiva tutela di beni giuridici, quanto la manifestazione di una legislazione dell'emergenza (...). Questo è produttivo per il 'consenso politico' ma improduttivo per la tutela dell'ambiente. Interventi penali simbolici risultano apparentemente di impatto e costano poco. (...) più incisivi ma più costosi mezzi per la tutela di beni giuridici minaccia-

In un tempo successivo rispetto alla entrata in vigore del su indicato provvedimento legislativo, in relazione al quale, peraltro, non sono mancate le oscillazioni ed i dubbi in merito ad una pacifica e coerente interpretazione, e dunque percezione, di molte delle disposizioni ivi contenute<sup>11</sup>, sono stati presentati, così come già accadeva prima del cosiddetto codice dell'ambiente, numerosi disegni di legge rivolti alla innovazione di questo delicato settore; la quasi totalità di questi disegni presenta la importante caratteristica dell'inserimento, all'interno del codice penale, dei cosiddetti reati ambientali<sup>12</sup>.

ti sono da trovare e da applicare. Chi utilizza il diritto penale non come *ultima ratio*, bensì come prima o addirittura come unica *ratio* della politica interna opera con leggerezza e va alla ricerca di strumenti di risoluzione dei problemi troppo precipitosi»; sul tema, v., BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di G. Tarello, II, Saggi teorico-giuridici*, Milano 1990, p. 94 ss.; peraltro, riguardo alla inefficacia della disciplina in esame, basti pensare che, il documento, *Rifiuti s.p.a. Traffico illecito dei rifiuti*, 25 gennaio 2005, p. 10, in *www.legambiente.com*, afferma che «i rifiuti speciali scomparsi nel nulla (...) sono 13,8 milioni di tonnellate nel 2001, (...) 14,6 milioni di tonnellate nel 2002»; per il *Rapporto ecomafia 2006* di Legambiente, p. 2, in *www.legambiente.com*, la quantità di rifiuti speciali «di cui viene stimata la produzione ma di cui non si conosce formalmente il destino è pari a 18,8 milioni di tonnellate», nell'anno 2005.

<sup>11</sup> Per alcuni tentativi di interpretazione della nozione di rifiuto di cui all'art. 183 co.1 lett. a), d.lgs. 152/2006 (ex art. 6 co.1 lett.a d.lgs. 22/1997), proposti in giurisprudenza, cfr. *Cassazione penale*, Sez. III, 31 luglio 2003, n. 32235, in *Riv. pen.*, 2004, 751; per ulteriori contributi sul tema, cfr., *Cassazione penale*, sez. III, 18 settembre 2002, n. 31011; *Cassazione penale*, sez. III, 2 ottobre 2003, n. 37508; *Cassazione penale*, Sez. III, 17 gennaio 2003, n. 2125; *Cassazione penale*, Sez. III, 17 gennaio 2003, n. 2242; *Cassazione penale*, Sez. III, 20 gennaio 2003, n. 2716; *Cassazione penale*, Sez. III, 29 gennaio 2003, n. 4052; *Cassazione penale*, Sez. III, 24 febbraio 2003, n. 8755; *Cassazione penale*, Sez. III, 26 febbraio 2003, n. 9057; *Cassazione penale*, Sez. III, 24 marzo 2003, n. 291; *Cassazione penale*, Sez. III, 15 aprile 2003, n. 17656, tutte in, *Riv. giur. amb.*, n. 1, 2004, 91-109; sull'incertezza legata alla difficoltà della definizione di un preciso ambito di applicazione della disciplina sui rifiuti, v., *Cassazione penale*, 15 aprile 2003, n. 17656, in *www.ambientediritto.it Rivista giuridica*, cit., secondo cui, «l'elenco dei rifiuti non è di per sé esaustivo, infatti, lo stesso contempla anche categorie residuali quali le voci Q1 (residui non specificati) e Q16 (sostanze non rientranti nelle categorie precedenti); oggi la lettera Q16 dell'allegato A alla parte quarta del d.lgs. 152/2006 cit., indica «qualunque sostanza, materia o prodotto che non rientri nelle categorie sopra elencate».

<sup>12</sup> Per tutti, cfr., il recente Disegno di legge n. 1536, XV legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al d. lgs. 231/2001, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, in *www.parlamento.it*; Proposta di legge n. 2461, XV Legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente* in, *www.parlamento.it*.

Al di là delle posizioni politiche dalle quali sono pervenuti, tali disegni, pur se animati da commendevoli intenti, risultano, tutti, caratterizzati da un metodo emergenziale che, qualora caratterizzi una soluzione penalistica, la rende, inevitabilmente, inaccoglibile.

Dal 2001 ad oggi sono state presentate in Parlamento, da diversi gruppi di deputati, alcune proposte di legge, nelle quali, al di là della relazione, vengono riportati, per esteso, progetti di articoli destinati ad inserirsi all'interno del vigente codice penale, pedissequamente, in una collocazione interna al libro II, mediante l'inserimento di un Titolo VI *bis* (costituito da una serie di articoli, 452 *bis* e ss.), in uno spazio interposto tra il Titolo relativo ai delitti contro l'incolumità pubblica e quello disciplinante i delitti contro la fede pubblica. Dal momento, però, che nessuna delle proposte in esame è orientata a sostituirsi alla vigente disciplina speciale rivolta alla tutela penale dell'ambiente<sup>13</sup>, vengono vanificati gli obiettivi, soprattutto in termini di prevenzione positiva della pena, connessi con una auspicabile codificazione della materia<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Si vedano, per tutte, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 239, XIV Legislatura, pp. 1-2, in *www.camera.it*, lì dove «non si regolamenta [nel presente disegno] la fattispecie del traffico illecito di rifiuti, essendo inserita nell'articolo 53 *bis* del decreto legislativo 5 febbraio 1997, n. 22, introdotto dall'art. 22 della l. 23 marzo 2001, n. 93»; in senso conforme, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, XIV Legislatura, p. 2, in *www.camera.it*; nonché, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 3127, XIV Legislatura, p. 3, in *www.camera.it*; Proposta di legge, Senato, n. 2994 del 2004, *Introduzione nel codice penale del titolo "dei delitti contro l'ambiente"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4, 2004, 1187 ss.; Proposta di legge, Senato, n. 3027, *Modifiche al codice penale in materia di delitti contro l'ambiente, e disposizioni per combattere il fenomeno della criminalità in ambito ambientale*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4, 2004, 1191 ss.; Proposta di legge, Senato, n. 3167, *Introduzione nel libro secondo del codice penale, del titolo VI bis, "Delitti contro l'ambiente e disposizioni sostanziali e processuali contro il fenomeno criminale dell'ecomafia"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4, 2004, 1194 ss.; nonché, più recenti, Disegno di legge n. 2692, Camera dei deputati, XV legislatura, *Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente. Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della relativa disciplina*, presentato il 22 maggio 2007, in *www.parlamento.it*; Disegno di legge n. 1536, XV legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al d. lgs. 231/2001, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, cit., p. 1 ss.; Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 2569, XV Legislatura, in *www.parlamento.it*.

<sup>14</sup> A favore di una collocazione sistematica di tipo codicistico dei reati ambientali, v., per tutti, LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., p. 461; MANNA, *Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente*, cit., 665 ss., 676; CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, Padova 1996, p. 252; PATRONO, *Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente*, cit., 1019 ss.

## 2. Politica criminale e prospettive di riforma

Una delle più recenti, tra le proposte di riforma che si sono succedute in tema di reati ambientali, è rappresentata dal disegno di legge n. 2692 della XV legislatura approvato dal Consiglio dei Ministri in data 24 aprile 2007, su proposta del Ministero dell'ambiente e del Ministero della Giustizia<sup>15</sup>.

L'articolato presentato in tale disegno di legge è preceduto da una relazione che se, da un certo punto di vista, evidenzia le buone intenzioni del legislatore rivolte a tutelare l'ambiente in quanto interesse costituzionalmente rilevante, d'altra parte è accompagnata da quell'uso strumentale e propagandistico del diritto penale che rende l'adozione di tale politica criminale difficilmente compatibile con i principi penalistici sanciti in Costituzione e, pertanto, inefficace in termini di effettiva tutela del bene<sup>16</sup>.

Nel corpo della relazione introduttiva all'articolato, in effetti, il potenziale legislatore non manca di evidenziare la rilevanza costituzionale del bene ambiente fondata sul dettato degli articoli 9, 32, 117 Cost., nonché la necessità di inserire all'interno del codice penale le fattispecie penali incriminatrici in materia di ambiente, attribuendo ad esse esclusivamente natura delittuosa.

In un primo momento una simile posizione potrebbe apparire condivisibile nella misura in cui sembrerebbe orientata alla realizzazione di un diritto penale minimo, sussidiario, in cui non trovano spazio fattispecie bagatellari ma esclusivamente delittuose, caratterizzate da una significativa portata offensiva nei confronti del bene di riferimento; tutte fattispecie, peraltro, concentrate all'interno del codice penale con conseguente abbandono della dispersiva, farragিনosa ed inefficace, legislazione speciale<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Disegno di legge n. 2692, Camera dei deputati, XV legislatura, *Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente. Delega al governo per il riordino, il coordinamento e l'integrazione della relativa disciplina*, presentato il 22 maggio 2007, cit., p. 1 ss.

<sup>16</sup> Sul tema, v., *supra*, nota n. 10.

<sup>17</sup> Sul problematico rapporto di coesistenza tra fattispecie codicistiche e legislazione speciale, nonché sul «processo di decodificazione» del sistema penale, determinato da «un'espansione della legislazione speciale che», piuttosto che tradursi in deflazione, ha dato vita alla «ipertrofia penalistica», v., per tutti, PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova 1985, p. 93 ss.; sulla necessità di una riserva di codice in materia penale, v., per tutti, L.FERRAJOLI, *La giustizia penale nella crisi del sistema politico*, in AA.Vv., *Governo dei giudici*, a cura di BRUTI LIBERATI, CERETTI, GIANSANTI, Milano 1996, p. 81 ss.

Pur se le premesse appaiono risultare rispettose di modalità di intervento penale che sarebbero auspicabili, non può affermarsi che simili anticipazioni corrispondono a quanto effettivamente proposto nel disegno di legge in esame.

Non può risultare pacifica, infatti, la posizione proposta nella relazione in quella parte in cui, ad esempio, viene evidenziata la necessità di conservare le vecchie disposizioni bagatellari, nella forma del pericolo astratto/presunto, in quanto «le contravvenzioni meramente formali (ad esempio, mancanza di autorizzazione), nonché i reati di cosiddetto pericolo astratto (superamento di soglie di inquinamento predeterminate dalla legge) devono continuare, per la loro stretta prossimità con la normativa di carattere tecnico, a essere disciplinate dalla normativa extracodicistica in materia di ambiente e segnatamente dal cosiddetto codice dell'ambiente (d.lgs. 152/2006), riservandosi al codice penale la materia dei delitti, dolosi o colposi di pericolo concreto o di danno. Questa soluzione, [continua la relazione], appare in maggiore sintonia con un codice penale incentrato sul rigoroso rispetto del principio di offensività del reato»<sup>18</sup>.

Una simile soluzione non riesce a risultare soddisfacente sul piano delle garanzie, nonché, dunque, di una effettiva tutela del bene; uno dei principali obiettivi della codificazione, infatti, dovrebbe corrispondere alla eliminazione delle legislazioni speciali per fini di più agevole percezione da parte di ognuno dei consociati dei fatti penalmente rilevanti; contribuiscono a delineare il volto del sistema penale anche le leggi ordinarie che esulano dal codice penale. Anche l'applicazione delle fattispecie penali incriminatrici contenute in simili provvedimenti legislativi determinano, in egual modo rispetto alle disposizioni codicistiche, l'aggressione alla libertà personale dell'individuo.

Peraltro, anche nell'ambito della analisi tecnico-normativa del disegno di legge viene affermata la esigenza di elaborare un «sistema penale armonico di delitti contro l'ambiente (...) in cui il codice penale sostanziale risulti il fulcro del sistema degli illeciti»<sup>19</sup>.

Alla luce di simili considerazioni non sembra percepibile il fondamento della motivazione secondo cui il principio di offensività dovrebbe essere rispettato nell'ambito della elaborazione delle fattispecie codicistiche e non

<sup>18</sup> Cfr., Relazione a Disegno di legge n. 2692, cit., p. 3.

<sup>19</sup> Cfr., Disegno di legge n. 2692, cit., p. 10.

anche di quelle contenute nelle legislazioni speciali, *extra codicem*; senza considerare, in questa sede, il dato relativo all'effettivo rispetto del principio di offensività caratterizzante le modalità di criminalizzazione tipizzate dal potenziale legislatore, di cui viene suggerita la codificazione.

Ulteriori riflessioni merita l'uso, effettuato nel corpo della relazione introduttiva all'articolato, di alcuni termini, oramai comunemente diffusi nel settore nonché presenti già in precedenti proposte di riforme, quali ad esempio il «disastro ambientale»<sup>20</sup>; una simile espressione corrisponderebbe, secondo quanto proposto nel progetto in esame, ad una offesa nei confronti della pubblica incolumità<sup>21</sup>, costituirebbe l'evento più grave, punto di riferimento rispetto alla gradazione del regime sanzionatorio previsto per le condotte caratterizzate da una minore portata offensiva, non ben si intende, tuttavia, rispetto a quale oggetto di tutela.

Le perplessità in merito all'effettivo bene giuridico la cui tutela sembra orientare il proponente legislatore vengono accentuate da quella parte della relazione in cui vengono riportate anticipazioni rispetto ad una tutela dell'ambiente considerato «come bene economico»<sup>22</sup>, interesse che verrebbe tutelato mediante la elaborazione di una fattispecie criminosa da inserire nel libro secondo, titolo VIII, capo I del codice penale, al primo posto tra le fattispecie rivolte alla tutela della economia pubblica<sup>23</sup>.

Un ulteriore tema che viene anticipato nella relazione riguarda il suggerito ampliamento della disciplina relativa alla cosiddetta responsabilità da reato delle persone giuridiche, così come regolata dal d.lgs. n. 231/2001, «anche ai delitti in materia di ambiente»<sup>24</sup>.

Prima di procedere ad una analisi relativa al contenuto di quanto proposto nell'articolato, appare tempestivo evidenziare che già nella re-

<sup>20</sup> Cfr., per tutte, Proposta di legge Camera dei deputati, n. 239, XIV Legislatura, art. 452 *bis*, in *www.camera.it*, pp. 1-2; per alcune riflessioni sul tema, ci sia consentito rimandare al nostro, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 186 ss., 194.

<sup>21</sup> V., *infra*, sul proposto art. 452 *quater* c.p., intitolato *Disastro ambientale* in, Disegno di legge n. 2692, cit., p. 16.

<sup>22</sup> Cfr., Disegno di legge n. 2692, cit., p. 5, in relazione al proposto art. 498 *bis* c.p.

<sup>23</sup> Cfr., *infra*, con riguardo al proposto art. 498 *bis* c.p., intitolato *Danneggiamento delle risorse economiche ambientali* in, Disegno di legge n. 2692, cit., p. 21.

<sup>24</sup> Cfr., Relazione a disegno di legge n. 2692 del 2007, cit., p. 4; in senso conforme, per tutte, Relazione a Disegno di legge n. 1536 del 2007, cit., p. 4; Relazione a Proposta di legge n. 2569 del 2007, cit., p. 3.

lazione introduttiva del disegno di legge 2692 del 2007 viene anticipata la problematica coesistenza tra le fattispecie proposte nell'articolato e le preesistenti disposizioni in materia di reati ambientali; la consapevolezza relativa ad una non pacifica ed agevole regolamentazione delle fattispecie concrete in materia emerge da quella parte della relazione in cui viene affermato che «per quanto riguarda i reati oggetto del presente disegno di legge e il preesistente quadro normativo, è stata prevista una delega al Governo per coordinare le nuove sanzioni con le precedenti, con l'abrogazione delle norme incompatibili previgenti e apportando, ove necessario, i necessari aggiustamenti alle fattispecie penali introdotte»<sup>25</sup>.

Da un orientamento politico-criminale di analoga natura rispetto a quello descritto fino ad ora, risultano caratterizzate anche le relazioni che accompagnano ulteriori, recenti, proposte di riforma del settore.

Nella relazione contenuta nel disegno di legge n.1536 del 2007, ad esempio, viene affermato che al fine di una più efficace «prevenzione e repressione dei fenomeni criminali in materia ambientale [...] appare prioritario [...] creare norme penali in bianco da riempire con il rinvio alle specifiche disposizioni di legge, essenzialmente amministrative [...] e mantenere un rapporto di accessorietà della sanzione penale rispetto al diritto amministrativo penale»<sup>26</sup>; nella medesima relazione viene, peraltro, affermato che risulta necessario «anticipare la soglia della punibilità ad ipotesi di pericolo presunto».

### 3. Le differenti proposte di codificazione dei delitti ambientali

Tutte le premesse riguardanti le anticipazioni presentate nelle relazioni di accompagnamento vengono confermate dal contenuto degli articoli di cui viene proposta la legiferazione. Si tratterebbe, in conformità con precedenti proposte di legge<sup>27</sup>, dell'inserimento, all'interno del co-

<sup>25</sup> Cfr., Relazione a Disegno di legge n. 2692 del 2007, cit., p. 4.

<sup>26</sup> Cfr., Relazione al Disegno di legge n. 1536 del 2007, cit. p. 3.

<sup>27</sup> Si vedano, per tutte, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 239, XIV Legislatura, in *www.camera.it*; Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, cit. p. 1 ss.; nonché, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 3127, XIV Legislatura, in *www.camera.it*; Proposta di legge, Senato, n. 2994, *Introduzione nel codice penale del titolo "dei delitti contro l'ambiente"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 3-4, 2004, 1187 ss.; Proposta di legge, Senato, n. 3027,

dice penale di un Titolo VI *bis*, nel libro II del codice penale, intitolato «dei delitti contro l'ambiente».

Il nuovo Titolo del codice penale verrebbe costituito da disposizioni che, sul piano delle tecniche di incriminazione, non si differenziano dalle fattispecie fino ad ora utilizzate dal legislatore nel settore del diritto penale dell'ambiente e, dunque, da quella molteplicità di disposizioni che, denominata «inquinamento da leggi»<sup>28</sup>, risulta caratterizzata da una natura prevalentemente emergenziale in ordine alle più differenti esigenze piuttosto che da una funzionalità rispetto alla salvaguardia dell'ambiente<sup>29</sup>.

### 3.1. *L'inquinamento ambientale*

Il primo degli articoli di cui viene proposto l'inserimento all'interno del codice, da parte del disegno di legge 2692 del 2007, è l'art. 452 *bis*, intitolato «Inquinamento ambientale».

La disposizione in esame prevede la sanzione penale della «reclusione da uno a cinque anni e della multa da 5.000 a 30.000 euro» nei confronti di «chiunque illegittimamente immette nell'ambiente sostanze o energie cagionando o contribuendo a cagionare il pericolo concreto di una compromissione durevole o rilevante: delle originarie o preesistenti qualità del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria; per la flora o per la fauna selvatica». Appare evidente già da una prima lettura che il testo in esame, in conformità con proposte di riforma presentate nel corso della medesima Legislatura<sup>30</sup>, non riesce a risultare soddisfacente in relazione

*Modifiche al codice penale in materia di delitti contro l'ambiente, e disposizioni per combattere il fenomeno della criminalità in ambito ambientale, cit., p. 1 ss.; Proposta di legge, Senato, n. 3167, Introduzione nel libro secondo del codice penale, del titolo VI bis, "Delitti contro l'ambiente e disposizioni sostanziali e processuali contro il fenomeno criminale dell'ecomafia", cit. p. 1 ss.*

<sup>28</sup> L'espressione è di, RAMACCI, *Le repressioni delle violazioni penali in materia ambientale: limiti attuali e prospettive future*, in *Ambiente e sviluppo*, 9/2007, 788 ss., 788.

<sup>29</sup> Con specifico riferimento al diritto penale dell'ambiente, RAMACCI, *Le repressioni delle violazioni penali in materia ambientale: limiti attuali e prospettive future*, cit., pp. 788-789, evidenzia che «le singole disposizioni [in materia] vengono emanate non in funzione di una adeguata protezione dell'ambiente ma per sopperire a situazioni particolari scaturite dall'intervento della magistratura o da esigenze di singoli settori produttivi o, nella migliore delle ipotesi, per la necessità dello Stato di adeguarsi (ma spesso in modo molto personale) alla normativa comunitaria».

<sup>30</sup> Cfr., per tutte, Disegno di legge 1536, XV Legislatura, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e al decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, nonché altre disposizioni in materia di delitti contro l'ambiente*, cit., p. 1 ss.

alle su anticipate perplessità riguardo al necessario rispetto, tra gli altri, dei principi di legalità/determinatezza, offensività, concezione costituzionale dei beni giuridici.

La prima considerazione da svolgere ha ad oggetto l'uso, per fini di elaborazione del precetto penale, della locuzione «illegittimamente»; in effetti, già nella Relazione che accompagna la proposta di articolato viene anticipato che tale locuzione serve per assorbire «in modo sintetico» tutte le numerosissime molteplicità di fonti, di imprecisato grado gerarchico, che sarebbero in grado di rendere una emissione illecita e, di conseguenza, automaticamente penalmente rilevante<sup>31</sup>. Si assiste, ancora una volta, ad un uso del diritto penale meramente sanzionatorio che, piuttosto che tutelare concreti ed afferrabili beni giuridici da offese materialmente percepibili<sup>32</sup>, si preoccupa di disciplinare le condotte che in quanto manifestanti una frattura del rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione mediante un atteggiamento di disobbedienza da parte del primo, sembrano doversi considerare 'sgradite all'ordinamento'<sup>33</sup> e, per-

<sup>31</sup> Cfr., Relazione a Disegno di legge n. 2692, cit., p. 4 in cui viene affermato che «la locuzione 'illegittimamente' esprime in modo sintetico tutti i casi in cui l'emissione non sia consentita dalla normativa o da provvedimenti dell'autorità (la citata proposta di direttiva utilizza la locuzione «illecitamente» per indicare la violazione di disposizioni legislative, regolamentari o amministrative o decisioni della Comunità, degli Stati membri o di una Autorità competente finalizzate alla protezione dell'ambiente)».

<sup>32</sup> Sul tema, BRICOLA, *Carattere sussidiario del diritto penale e oggetto della tutela*, cit., p. 100 ss.; ID., *Legalità e crisi: l'art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Quest. crim.*, 1980, 179 ss., invoca una «esigenza di precisione ancora superiore per le fattispecie (...) in cui (...) il bene può essere meno afferrabile»; per un richiamo alla materialità, anche in relazione alla individuazione del legittimo oggetto della tutela, si riportano in questa sede gli insegnamenti di BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764, a cura di BURGIO, Milano 2003, p. 46, in cui viene affermato che, «l'unica e vera misura dei delitti è il danno fatto alla nazione, e però errano coloro che credettero vera misura dei delitti l'intenzione di chi gli commette» (*op. cit.*, 213).

<sup>33</sup> In tal senso, MOCCIA, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni*, cit., 348, individua, nella trasformazione dell'illecito penale in un illecito di mera trasgressione, «il rischio dell'assunzione di schemi di tutela di funzioni», con cui «si punisce l'inosservanza di norme organizzative e non la realizzazione di fatti socialmente dannosi» (*op. cit.*, 345); per un conforme orientamento, cfr., HASSEMER, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., 104 ss., 108; MAZZACUVA, *La legislazione penale in materia economica: normativa vigente e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 498 ss.; PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114 ss.; sul tema, con specifico riferimento alla materia ambientale, cfr., GIUNTA, *Il diritto penale dell'ambiente in Italia: tutela di beni o tutela di funzioni?*, cit., 1097 ss., 1109 ss.; per ANTOLISEI, *Il problema del bene giuridico*, in ID., *Scritti di diritto penale*, Milano 1955, p. 97 ss., «la norma non può tutelare se stessa» (*op. cit.*, p. 104).

tanto, penalmente rilevanti<sup>34</sup>. Al di là delle indefinite indicazioni fornite dal testo della disposizione in esame, infatti, e delle inevitabili perplessità di carattere ermeneutico, non sembra che neppure all'esito di una forzata interpretazione in chiave di offesa, può affermarsi che l'elaborazione della fattispecie risulti priva di carenze. Dal momento che l'unica offesa che dovrebbe risultare penalmente rilevante in materia di ambiente corrisponde ad un danno o ad un pericolo concreto alla salubrità dell'aria, delle acque, del suolo in condizioni tali da risultare funzionali allo sviluppo della personalità di una molteplicità di singoli<sup>35</sup>, non sembra che la verifica di un pericolo concreto nei confronti di un simile rilevante interesse possa essere resa lecita, come invece propone la disposizione, dalla presenza di un provvedimento di carattere amministrativo<sup>36</sup>.

Ulteriori perplessità inerenti la proposta fattispecie in esame hanno ad oggetto la scelta, espressa anche nella relazione del disegno di legge, di accogliere, quale oggetto della tutela penale, piuttosto che afferribili interessi, un concetto di ambiente in particolar modo esteso comprendente «non soltanto il complesso delle situazioni di naturalità, ma anche il complesso costruito dall'uomo, suscettibile di tutela non solo per i suoi aspetti naturali ed economici, ma in quanto elemento qualificante la realizzazione di un cosiddetto sviluppo sostenibile»<sup>37</sup>.

Al di là della vaghezza relativa alle definizioni proposte per la identificazione del bene oggetto di tutela penale, non appare di agevole com-

<sup>34</sup> Sulla concezione sanzionatoria del diritto penale, cfr., BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. I, *Normen und Strafgesetze* (1872), IV ed., Leipzig 1922, p. 324 ss.; SCHAFFSTEIN, *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, in *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*, Berlin 1935, p. 8 ss.

<sup>35</sup> Sulla 'personale Rechtsgutslehre', HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechts Gutslehre*, cit., p. 85 ss.; ID, *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, cit., p. 106; per un orientamento conforme, nella specifica materia dell'ambiente, cfr., HOMANN, *Das Rechtsgut der Umweltdelikte*, cit., p. 53 ss.; nel panorama italiano, si veda, per tutti, il contributo di PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, 453 ss.; per più diffusa bibliografia sul tema, cfr., *supra*, nota n. 5.

<sup>36</sup> In tal senso, con espresso e preciso riferimento alla disposizioni ad oggetto dell'attuale indagine, v. VERGINE, *Sui nuovi delitti ambientali e sui vecchi problemi delle incriminazioni ambientali*, in *Ambiente e sviluppo*, 8/2007, 677 ss., 9/2007, 777 ss., 779; secondo l'Autrice «la condotta di dolosa messa in pericolo concreto o di danno della risorsa va sanzionata indipendentemente dal fatto che l'immissione che dette conseguenze ha provocato integri di per se stessa un altro illecito di qualsiasi natura (penale, amministrativa statale o regionale)».

<sup>37</sup> Cfr., Relazione al Disegno di legge n. 2692, XV Legislatura, cit., p. 3.

prensione la precisa portata del significato da attribuire al concetto di «compromissione durevole o rilevante delle originarie o preesistenti qualità del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria». In effetti, neppure risulta specificato cosa debba intendersi per compromissione penalmente rilevante, né tanto meno risulta agevole percepire, in assenza di una indicazione di sia pur generici parametri, quando è che tale compromissione dovrà considerarsi durevole o rilevante; neppure il tentativo di specificazione relativo al significato da attribuire al termine «rilevante», infatti, contenuto nel testo dell'articolo successivo, il 452 *ter* del disegno di legge n. 2692 del 2007, può considerarsi esaustivo<sup>38</sup>. Tanta indeterminazione, in maniera conforme alle modalità di criminalizzazione adottate di consueto in questo delicato settore, al di là di dar vita a violazioni in tema di offensività e concezione costituzionale dei beni giuridici, determina una serie di ripercussioni negative anche con riguardo al necessario rispetto dei principi di personalità della responsabilità penale (27 co.1 Cost), diritto di difesa (24 Cost.), obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale (112 Cost.)<sup>39</sup>, uguaglianza/proporzione (3 Cost.), funzione della pena in termini di integrazione sociale<sup>40</sup>. Peraltro, simili conclusioni, conse-

<sup>38</sup> Con specifico riferimento alle difficoltà derivanti dalla non agevole interpretazione del testo elaborato dal proponente legislatore, v., *Associazione nazionale magistrati. Osservazioni sul d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007 recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente"*, in [www.associazionimagistrati.it](http://www.associazionimagistrati.it), p. 3, secondo cui, tra l'altro, «L'aggettivazione durevole e rilevante crea seri problemi all'interprete»; in senso conforme, MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, in *Diritto penale e processo*, 8/2007, 1075 ss., 1077.

<sup>39</sup> Sui complessi rapporti tra principio di determinatezza ed obbligatorietà dell'azione penale v., S.FIORE, *La teoria generale del reato alla prova del processo*, Napoli 2007, p. 50 ss.

<sup>40</sup> Sul rispetto della determinatezza della norma penale sancito all'art. 25 co.2 Cost. in quanto inestricabilmente connesso, tra gli altri, anche al principio di funzione «rieducativa» della pena, v., per tutti, BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2 e 3, della Costituzione, rivisitato alla fine degli anni '70*, cit., 179 ss., 188; sulla determinatezza nel senso di percepibilità della fattispecie, PALAZZO, *Legge penale*, in *Dig. disc. Pen.*, VII, Torino 1993, 355 ss.; G. DE FRANCESCO, *Il principio della personalità della responsabilità penale nel quadro delle scelte di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1996, 21 ss., 59 ss., reclama l'«evidenza e riconoscibilità» dei valori sottostanti alle scelte di criminalizzazione; sul tema della stretta interrelazione tra i principi penalistici affermati in Costituzione, si veda, tra i contributi di, MOCCIA, *Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato*, cit., 1006 ss.; in senso conforme, CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientato*, in *Costituzione. Diritto e processo penale*, a cura di G. GIOTTA-G. INSOLERA, Milano 1998, p. 133 ss.

guenza della creazione di un sistema penale farraginoso e poco chiaro, vengono confermate da quella parte del proposto articolo 452 *bis* in cui si afferma che la relativa disciplina viene applicata a chiunque, mediante la condotta su descritta, «cagiona o contribuisce a cagionare» l'offesa indicata dalla norma; in tal modo sembra essere stata proposta la creazione di una disposizione da sottoporre ad una disciplina singolare rispetto a quelle, di portata generale, relative al nesso causale ed al concorso di persone nel reato contenute all'interno del codice penale.

Considerazioni di analogo tenore, riguardo alla indeterminatezza del precetto, possono accompagnare le previsioni contenute in ulteriori disegni di legge, presentati in un tempo pressappoco contestuale a quello in cui è stato presentata la proposta oggetto delle precedenti riflessioni. All'art. 452 *ter* del disegno di legge n. 1536, XV Legislatura, viene prospettata, infatti, la elaborazione del reato di «inquinamento ambientale», secondo cui «chiunque, in violazione di specifiche disposizioni nazionali o comunitarie, cagiona il pericolo di un concreto e rilevante danno all'ambiente mediante lo scarico, l'emissione o l'introduzione nell'aria, nel suolo o nell'acqua di sostanze, energie o radiazioni di qualunque tipo, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 10.000 a 50.000 euro».

Neppure può ritenersi esaustivo, in termini di determinatezza e riserva di legge, il suggerimento contenuto nell'art. 452 *bis* della proposta di legge n. 2569 del 2007 che, pur se differentemente intitolato, descrive una fattispecie analoga a quella del su descritto inquinamento ambientale. In tale disposizione viene proposto, infatti, che venga punito con la reclusione da sei mesi a tre anni «chiunque, in violazione di norme di legge o di regolamento fa sorgere o persistere il pericolo di un danno alla qualità dell'aria, delle acque, del suolo o del sottosuolo. [...] La pena è della reclusione da due a sei anni se dal fatto deriva un danno alla qualità dell'aria delle acque, del suolo o del sottosuolo»<sup>41</sup>.

### **3.2. *L'offesa alla vita ed alla incolumità individuale come evento aggravante dell'inquinamento ambientale***

Nell'articolo 452 *ter* c.p., proposto nel Disegno di legge n. 2692 del 2007, intitolato «Danno ambientale. Pericolo per la vita o per l'incolumità

<sup>41</sup> Cfr., Proposta di legge n. 2569 del 2007, cit., p. 4.

personale», è prevista una fattispecie di danno, costruita sulla medesima condotta della fattispecie precedente che, in specie, sancisce che «nei casi previsti dall'articolo 452 *bis*, se la compromissione si verifica, si applica la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da 20.000 a 60.000 euro».

Nella seconda parte dello stesso comma, il proponente legislatore sembra preoccuparsi della vaghezza del concetto di «compromissione rilevante», di cui all'art.452 *bis*, e fornisce una precisazione che non risulta soddisfacente in termini di determinatezza. Viene precisato, infatti, che «la compromissione si considera rilevante quando la sua eliminazione risulta di particolare complessità sotto il profilo tecnico ovvero particolarmente onerosa o conseguibile solo con provvedimenti eccezionali»<sup>42</sup>. Non soltanto non viene fornita una descrizione precisa di ciò che deve avvenire perché la fattispecie concreta assuma rilevanza penale, quanto piuttosto, per la identificazione dei parametri di riferimento da utilizzare nel relativo accertamento non sussiste neppure un rinvio a fonti secondarie, sia pur indeterminate, che vengano richiamate dalla norma penale. Si tratta, piuttosto, di un rinvio, finalizzato alla integrazione del precetto penale, il cui contenuto è rimesso esclusivamente ad un giudizio di carattere tecnico che verosimilmente verrà elaborato successivamente alla entrata in vigore della norma; un simile rimando corrisponde ad una delega in bianco verso una fonte che, in alcun modo, può considerarsi tale<sup>43</sup>.

Al comma successivo dello stesso articolo, (il proposto 452 *ter* c.p.), viene descritta una fattispecie secondo cui «se dall'illegittima compromissione deriva il pericolo concreto per la vita o per l'incolumità delle persone, si applica la pena della reclusione da due anni e sei mesi a sette anni». Una simile disposizione, che peraltro ha ad oggetto un bene giuridico differente dalle precedenti, propone i consueti problemi che accompagnano, costantemente, i cosiddetti reati aggravati dall'evento, con

<sup>42</sup> Cfr., Disegno di legge n. 2692 del 2007, XV Legislatura, cit., p. 15.

<sup>43</sup> Sul problema delle cosiddette norme penali in bianco, nonché sui limiti entro cui è consentito il rinvio a fonti secondarie per fini di integrazione del precetto penale, C.FIORE-S.FIORE, *Diritto penale*, II ediz., Torino 2004, p. 82 ss., evidenziano come nel caso di rinvio ad una fonte subordinata al fine di «specificare su un piano strettamente tecnico i presupposti per il verificarsi della condotta vietata, (...) l'integrazione normativa può risultare ammissibile, a condizione, però, che la legge predetermini almeno i criteri in base ai quali la fonte secondaria concorrerà alla specificazione del precetto» (*op. cit.*, pp. 83-84).

tutte le perplessità che ne derivano con riguardo all'osservanza del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27 co.1 Cost.<sup>44</sup>

Anche su questo tema, le ulteriori proposte elaborate non si discostano dal diffuso orientamento politico criminale secondo cui, ad esempio, se dall'inquinamento ambientale «deriva un pericolo per la vita o per l'incolumità delle persone la pena è della reclusione da due a sette anni e della multa da 25.000 a 100.000 euro»<sup>45</sup>. In conformità con simili modalità di legislazione, viene suggerito nella proposta di legge n. 2569 del 2007 che se dal pericolo o dal danno alla qualità dell'aria, dell'acqua, del suolo o del sottosuolo «deriva una lesione personale (lieve, grave o gravissima) [... oppure] la morte», il reo sarà sottoposto a regimi sanzionatori ben più severi rispetto a quelli previsti per il mero reato ambientale.

### 3.3. Il disastro ambientale

La medesima condotta su cui sono state costruite le fattispecie fino ad ora descritte viene utilizzata anche nell'art. 452 *quater* proposto nel disegno di legge n. 2692 del 2007. Anche in questo caso, si ripresentano non poche perplessità riguardo all'uso della locuzione «illegittimamente» ed alla singolarità della dizione «cagionando o contribuendo a cagionare»; ad ogni modo, l'evento che questa norma è diretta ad evitare è il «disastro ambientale» e la sanzione prevista è quella della «reclusione da tre a dieci anni e la multa da 30.000 a 250.000 euro».

Al secondo comma del medesimo articolo viene presentata una definizione del concetto di «disastro ambientale» che non può pacificamente affermarsi corrispondere a parametri di legalità / determinatezza. Viene affermato, infatti, che «si ha disastro ambientale quando il fatto, in ragione della rilevanza oggettiva o dell'estensione della compromissione ovvero del numero delle persone offese o esposte a pericolo, offende la pub-

<sup>44</sup> Sui delitti aggravati dall'evento, v., per tutti, C.F.GROSSO, *Struttura e sistematica dei cosiddetti delitti aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, 444; TAGLIARINI, *I delitti aggravati dall'evento. Profili storici e prospettive di riforma*, Padova 1979; VASSALLI, *Concorso tra circostanze eterogenee e reati aggravati dall'evento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, 3; sulla 'aporia della responsabilità oggettiva', esaminata in termini di violazione del principio della personalità della responsabilità penale, ex art. 27 co.1 Cost., in un'ottica di violazione, ancor prima di quello di colpevolezza, del principio di tipicità, v., MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 143.

<sup>45</sup> V., Disegno di legge n. 1536 del 2007, XV Legislatura, cit., p. 6.

blica incolumità». Al di là della vaghezza dei parametri nel rispetto dei quali valutare la «rilevanza oggettiva» e «l'estensione della compromissione», nonché il «numero delle persone offese» al di sopra del quale il fatto assume rilevanza penale ai sensi della norma in esame, viene da chiedersi qual è il bene giuridico oggetto di tale norma e da quale modalità aggressiva il legislatore ha inteso tutelarla.

Non sembra assumere rilevanza l'offesa alla salubrità dell'aria, delle acque, del suolo in quanto funzionale allo sviluppo del singolo, quanto piuttosto, la salvaguardia della pubblica incolumità.

Se il bene giuridico oggetto della norma in esame corrisponde, come viene evidenziato<sup>46</sup>, alla pubblica incolumità, sorgono perplessità sulla anomala collocazione di tale disposizione all'interno del proposto Titolo VI *bis* del codice penale disciplinante i reati contro l'ambiente. Nel caso descritto da tale norma, infatti, l'offesa all'ambiente costituisce, meramente, una modalità aggressiva, peraltro sanzionata in maniera più lieve<sup>47</sup>, nei confronti di un bene giuridico già tutelato con altre disposizioni a livello codicistico.

Simili perplessità, riguardanti la in-effettività della norma in esame, vengono incrementate dal dato secondo cui è previsto un unico regime sanzionatorio a fronte di una non meglio definita 'offesa' alla pubblica incolumità; potrà, dunque, trovare applicazione un trattamento penale di pari intensità a fronte di una offesa che potrà concretarsi in un danno, in un pericolo concreto, nonché, visto l'indirizzo politico criminale del proponente legislatore, in un pericolo astratto o presunto nei confronti del bene della pubblica incolumità.

All'ultimo comma dell'art. 452 *quater*, infine, viene affermato che la stessa pena prevista per colui che ha cagionato o contribuito a cagionare il non meglio definito disastro ambientale si applica anche se questo «fatto cagiona una alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema». Ebbene, seppure nel corso della relazione viene definito il concet-

<sup>46</sup> V., per tutti, MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1075 ss., 1077.

<sup>47</sup> Sulla comparazione tra la disciplina proposta dall'art. 452 *quater* c.p. ed il vigente art. 434 c.p. «Crollo di costruzioni o altri disastri dolosi» in quanto «disastro ambientale cd. innominato», cfr., *Associazione nazionale magistrati, Osservazioni sul d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007 recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente"*, cit., p. 4.

to di ecosistema in quanto «un ambito più circoscritto rispetto al concetto di ambiente [che serve] ad indicare una situazione di equilibrio naturale autonomo rispetto ad altri ecosistemi»<sup>48</sup>, residua, se non altro, la necessità di identificare una precisa sfera di applicabilità relativa alla dizione «alterazione irreversibile». Una simile espressione, dalla natura tanto simbolica quanto ineffettiva, risulta, in maniera inevitabile, di non agevole applicabilità; le perplessità sorgono in relazione alla possibilità che una perizia tecnica possa fornire una risposta certa in merito ad un «dato tanto futuro e lontano»<sup>49</sup>. Anche se in questa sede, dunque, non viene esplicitato dal legislatore un rinvio ad un giudizio tecnico, si assiste nuovamente, nella formulazione del precetto penale, ad una delega in bianco a favore di una fonte del tutto indefinita.

Il concetto di “disastro ambientale”, ancora in qualità di evento aggravante, risulta sovente utilizzato nelle proposte di riforma in materia. Anche nel disegno di legge n. 1536 del 2007, infatti, viene affermato che «se dal fatto (inquinamento ambientale) deriva un disastro ambientale la pena [è più grave]; [...] per disastro ambientale si intende, agli effetti della legge penale, il deterioramento durevole, rilevante e sostanziale dello stato della flora, della fauna, del patrimonio naturale, dei singoli beni riconducibili all'ecosistema e di ogni altro bene ricompreso nella nozione di ambiente»<sup>50</sup>. Appare opportuno precisare che la nozione di ambiente a cui si fa riferimento corrisponde a quella descritta nel proposto art. 452 bis del disegno di legge n. 1536 del 2007 in cui viene affermato che «agli effetti della legge penale, per ambiente si intende l'insieme del-

<sup>48</sup> V., Relazione a disegno di legge n. 2692 del 2007, cit., p. 3.

<sup>49</sup> In tal senso, cfr., *Associazione nazionale magistrati, Osservazioni sul d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007 recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente"*, cit., p. 4, in cui viene proposto di «tralasciare l'irreversibilità che diventerebbe il terreno di scontro sulla prova di un dato futuro e lontano (esistono danni irreversibili? E fino a quando? Una perizia lo potrebbe dimostrare?)»; in senso conforme, MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1078, affermano trattarsi, in relazione alla fattispecie oggetto della presente indagine nella parte in cui si riferisce all'«alterazione irreversibile dell'equilibrio dell'ecosistema», «di una ipotesi destinata a rimanere priva di effettività e, quindi, con una esclusiva valenza simbolico-espressiva in quanto, da un lato, pare davvero difficoltoso provare la irreversibilità dell'alterazione, dall'altro, qualsiasi alterazione che sia riferita all'ecosistema (Italia?) e non a un singolo ecosistema o, meglio ancora, ad un suo elemento, rischia di essere affetta da un insanabile "gigantismo"».

<sup>50</sup> Cfr., art. 452 *ter* commi 4 e 5, Disegno di legge n. 1536/2007, cit., pp. 6,7.

le risorse naturali, sia come singoli elementi che come cicli naturali, del territorio e delle opere dell'uomo protette dall'ordinamento per il loro interesse ambientale, paesaggistico, artistico, archeologico, architettonico e storico». Si tratta, dunque, di una definizione che in quanto a determinatezza non risulta essere caratterizzata da un maggior grado di esautività rispetto alla descrizione del concetto di ambiente, su riportata, proposta nella relazione del disegno di legge n. 2692 del 2007.

### 3.4. Il delitto di traffico illecito di rifiuti

Nel disegno di legge n. 2692 del 2007, all'art. 452 *septies*, intitolato *Traffico illecito di rifiuti*, recante la medesima intitolazione ma contenuto differente rispetto all'art. 259 d. lgs. n. 152 del 2006<sup>51</sup>, viene sanzionata, con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa da 10.000 a 30.000 euro, la condotta di «chiunque, illegittimamente, con una o più operazioni, cede, acquista, riceve, trasporta, importa, esporta, procura ad altri, tratta, abbandona o smaltisce ingenti quantitativi di rifiuti». Tale disposizione, in buona sostanza, ripresenta il contenuto già descritto dall'art. 256 co.1 d.lgs. n. 152 del 2006, intitolato *Attività di gestione di rifiuti non autorizzata*, contravvenzione rivolta a sanzionare «chiunque effettua una attività di raccolta, trasporto, recupero, smaltimento, commercio ed intermediazione di rifiuti in mancanza della prescritta autorizzazione, iscrizione o comunicazione»<sup>52</sup>. La differenza principale tra le due disposizioni è rappresentata dalla natura delittuosa della prima, rispetto a quella contravvenzionale della seconda, a fronte, esclusivamente, di una quantità di rifiuti che è necessario che risulti «ingente»<sup>53</sup>. Le pene previste dal primo comma sono aumentate, è sancito nei commi secon-

<sup>51</sup> Per alcune considerazioni in merito al reato di «Traffico illecito di rifiuti», descritto, inizialmente, dall'art. 53 d.lgs. 22/1997 e, successivamente, recepito nell'art. 259 d.lgs. 152/2006, v., LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente. Tra esigenze di effettività e simbolismo involutivo*, cit., p. 95 ss., 102.

<sup>52</sup> Cfr., art. 256, d.lgs. n. 152/2006 in *www.parlamento.it*.

<sup>53</sup> Per una espressa critica rivolta a simili modalità di legiferazione, v., VERGINE, *Sui nuovi delitti ambientali e sui vecchi problemi delle incriminazioni ambientali*, cit., p. 780, secondo cui si dovrebbe «dedurre che la contravvenzione sia [...] promossa a delitto allorché la condotta abbia ad oggetto ingenti quantitativi di rifiuti»; in senso conforme, *Associazione nazionale magistrati, Osservazioni sul d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007 recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente"*, cit., p. 5.

do e terzo, se la medesima condotta «ha per oggetto rifiuti pericolosi [oppure] radioattivi». Un ulteriore aggravio di pena, è previsto al comma che segue, «se dal fatto derivi un pericolo concreto di una compromissione durevole o rilevante: 1) delle originarie o preesistenti qualità del suolo, del sottosuolo, delle acque o dell'aria; 2) per la flora o per la fauna selvatica». Al di là delle carenze in tema di legalità / determinatezza da cui simili tecniche legislative risultano caratterizzate, appare opportuno evidenziare l'interesse rivolto, da questa disposizione, verso la tutela della qualità del suolo, delle acque, dell'aria, della flora e della fauna; una simile attenzione, tuttavia, non appare esente da lacune. La criminalizzazione della fattispecie descritta al quarto comma, in cui viene richiesta la verifica di un pericolo concreto verso beni ambientali, lascia intendere che le fattispecie descritte ai commi che precedono rappresentano forme di tutela eccessivamente anticipata del bene ambiente, oppure, ed il risultato è il medesimo, forme di tutela di danno di un bene giuridico che, non costituendo legittimo oggetto di tutela penale, non può esistere in quanto tale<sup>54</sup>. All'ultimo comma del proposto art. 452 *septies*, è prevista una ulteriore ipotesi aggravante del regime sanzionatorio qualora «dal fatto deriv[i] il pericolo concreto per la vita o per l'incolumità delle persone». Una simile disposizione rappresenta una ipotesi di tutela di beni giuridici differenti dall'ambiente in quanto bene giuridico costituzionalmente legittimo, corrispondente, dunque, ad una situazione di valore offendibile e tutelabile, funzionale allo sviluppo della persona<sup>55</sup> che, con riguardo all'ambiente potrebbe pacificamente essere rappresentata dalla salubrità dell'aria, delle acque e del suolo, in una composizione tale da riuscire a risultare strumentale al soddisfacimento di esigenze di una molteplicità di singoli<sup>56</sup>.

Riflessioni di analogo tenore rispetto a quelle esposte fino ad ora possono accompagnare la disposizione che segue. In tal caso, al proposto art. 452 *octies*, viene descritta una fattispecie molto simile a quella precedente con la differenza che l'oggetto della condotta è rappresentato dalle non meglio definite, «sorgenti radioattive»; neanche in questo caso, la fattispecie appare descritta in maniera sufficiente al punto da rendere age-

<sup>54</sup> A fronte di simili operazioni, PATRONO, *Inquinamento idrico da insediamenti produttivi e tutela penale dell'ambiente*, cit., 1027, afferma trattarsi di «una truffa delle etichette» e di «un mero travestimento formale della fattispecie».

<sup>55</sup> Per tutti, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 175.

<sup>56</sup> V., per tutti, ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3 Auflage, München 1997, p. 18 ss.

volmente percepibile la differenza tra i «rifiuti radioattivi» di cui al co.3 dell'art. 452 *septies* del disegno di legge n. 2692 del 2007 e le «sorgenti radioattive» richiamate dalla disposizione in esame<sup>57</sup>.

Il delitto di «traffico di rifiuti e di sostanze pericolose per l'ambiente», descritto nel proposto art. 452 *quater* del disegno di legge n. 1536 del 2007, pur presentando alcuni termini differenti<sup>58</sup>, risulta accompagnato nella struttura, nel contenuto e nelle sue caratteristiche principali da profili analoghi alle disposizioni contenute nel disegno di legge n. 2692 del 2007, già oggetto d'esame. Da simili considerazioni si deduce che non possono considerarsi superati i limiti caratterizzanti la fattispecie descritta all'art. 452 *quater* della, più datata, proposta di legge n. 3127 del 2002<sup>59</sup>, secondo cui viene punito «chiunque illegittimamente produce, acquista, cede riceve a qualsiasi titolo, trasporta, esporta, importa, procura ad altri, o comunque detiene, sostanze o energie di qualsiasi natura che siano dannose o pericolose per l'ambiente».

### 3.5. Reati ambientali e criminalità organizzata

Al proposto art. 452 *novies* del disegno di legge n. 2692 del 2007, in analogia con quanto già proposto in disegni di legge precedentemente elaborati<sup>60</sup>, vengono sanzionati i «delitti ambientali in forma organizzata».

<sup>57</sup> Sul tema, v., il recente contributo di MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1078.

<sup>58</sup> V., Disegno di legge 1536 del 2007, cit., p. 7 in cui si fa riferimento a «rifiuti, sostanze, radiazioni o energie di qualsiasi natura che siano dannose o pericolose per l'ambiente».

<sup>59</sup> Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 3127, XIV Legislatura, in *www.camera.it*; per ulteriori esempi di indeterminatezza caratterizzante le proposte di riforma dei reati ambientali, cfr., Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, cit., art. 452 *quater* co.1, in cui è sanzionata penalmente la condotta di «chiunque illegalmente provochi rumori, vibrazioni, infiltrazioni, smottamenti, ovvero abbandoni rifiuti, effettui estrazioni, escavazioni, sbancamenti e captazione di acque, emetta radiazioni nocive, immetta o depositi nell'atmosfera, nel suolo, nel sottosuolo, nelle acque terrestri, marine, lacuali o sotterranee, sostanze che possono pregiudicare gravemente l'equilibrio dei sistemi naturali»; al comma successivo è previsto un aggravamento della sanzione della metà «se il fatto è relativo ad ingenti quantità»; costruito secondo analoghe modalità di incriminazione, v., art. 452 *quinqies* co.1, in, Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 5783, XIV Legislatura, in *www.camera.it*, ora in *Riv. trim dir. pen. econ.*, n. 1-2, 2005, 525 ss.

<sup>60</sup> Cfr., Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, cit., p. 6; Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 3127, cit., nella previsione dell'art. 452 *sexies*, p. 8, in *www.camera.it*; Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 5783, XIV Legislatura, nella previsione dell'art. 452 *ter*, p. 7, in *www.camera.it*, ora in *Riv. trim dir. pen. econ.*, n. 1-2, 2005, 525 ss.

In specie, viene stabilito un aumento di pena di un terzo rispetto a quello previsto dall'art. 416 c.p., qualora l'associazione «è diretta, anche in via non esclusiva o prevalente, allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo». La principale perplessità che sorge in merito ad una simile affermazione è quella secondo cui la stessa associazione potrebbe essere finalizzata alla commissione di reati ben più gravi rispetto a quelli descritti nel proposto titolo e, nonostante questo, incontrare un regime sanzionatorio non aggravato<sup>61</sup>. Queste medesime osservazioni possono rivolgersi anche verso il proposto art. 452 sexies, disegno di legge n. 1536 del 2007, intitolato «aggravanti per le associazioni di tipo mafioso», in cui viene affermato l'aumento di pena di un terzo rispetto a quanto stabilito all'art. 416 bis c.p., qualora «le attività economiche delle quali gli associati intendono assumere o mantenere il controllo, siano finanziate in tutto o in parte con il prezzo, il prodotto o il profitto di reati contro l'ambiente».

Tornando all'art. 452 novies, d.d.l. n. 2692 del 2007, al secondo comma è prevista un'altra ipotesi aggravante ma caratterizzata da una prospettiva differente dalla precedente; mentre al primo comma, infatti, è prevista una ipotesi aggravata del reato di cui all'art. 416 c.p., nel secondo comma del proposto art. 452 novies è prevista, piuttosto, una ipotesi aggravata dei delitti del titolo oggetto del presente esame, qualora taluno di questi sia «commesso avvalendosi delle condizioni di cui al terzo comma dell'art. 416 bis c.p. ovvero avvalendosi dell'associazione di cui al medesimo articolo 416 bis c.p.»<sup>62</sup>.

Una ulteriore ipotesi di «associazione a delinquere finalizzata al crimine ambientale», sanzionata mediante un regime sanzionatorio più se-

<sup>61</sup> Sul punto, v. MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1079, secondo cui «non si capisce perché un'associazione di sicari, finalizzata alla esecuzione di omicidi su commissione debba ritenersi meno grave di una finalizzata, occasionalmente, alla realizzazione di delitti ambientali»; sulle perplessità inerenti l'effettività della fattispecie in esame, nonché i problematici rapporti con la disciplina codicistica, v. *Associazione nazionale magistrati, Osservazioni sul d.d.l. approvato dal Consiglio dei Ministri il 24 aprile 2007 recante "Disposizioni concernenti i delitti contro l'ambiente"*, cit., p. 6, in cui viene affermato che, tale fattispecie implicitamente afferma che «associazioni a delinquere finalizzate alla commissione di omicidi, rapine a mano armata o estorsioni siano meritevoli di sanzioni più lievi».

<sup>62</sup> Sul tema, cfr., MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1078.

vero di quello previsto dall'art. 416 c.p. è descritta dall'art. 452 *ter* del d.d.l. 2569 del 2007, in cui viene affermato che «quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti [contro l'ambiente] chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore quindici anni»<sup>63</sup>. Nel medesimo disegno di legge, all'art. 2, viene anche prospettato l'inserimento di un articolo, il 416 *quater* c.p., in cui verrebbe sanzionata in maniera più severa l'associazione di cui all'art. 416 *bis* c.p., qualora questa sia finalizzata alla commissione di reati ambientali<sup>64</sup>.

A differenza di simili orientamenti, una singolare ipotesi di «associazione per delinquere contro l'ambiente» in cui il regime sanzionatorio risulta più mite rispetto alla disposizione codicistica di cui all'art. 416 c.p. viene descritta, nel disegno di legge n. 1536 del 2007, all'art. 452 *quinquies*. In tale disposizione, infatti, nel recepimento di quanto già in precedenza, talvolta, proposto<sup>65</sup>, viene affermato che la tradizionale associazione criminale formata da tre o più persone, qualora sia finalizzata «allo scopo di commettere più delitti previsti dal presente titolo è punito con la reclusione da due a sei anni».

Le fattispecie su descritte, ad ogni modo, presentano, tutte, una duplice problematica connessa non soltanto con il non agevole accertamento dei delitti ambientali oggetto della presente indagine, quanto anche con

<sup>63</sup> Cfr. art. 452 *ter*, Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 5.

<sup>64</sup> Cfr. art. 452 *quater*, Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 5.

<sup>65</sup> Sul tema, cfr., *Proposta di legge, Camera dei deputati*, n. 368, cit., p. 6, in cui all'art. 452 *sexies* è previsto che «Chiunque fa parte di un associazione formata da tre o più persone allo scopo di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo [si tratta, di reati di pericolo presunto, caratterizzati da indeterminatezza dell'offesa nei confronti del bene ambiente], è punito, per il solo fatto di partecipare al sodalizio, con la reclusione da due a sei anni»; Nella Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 3127, cit., nella previsione dell'art. 452 *sexies*, p. 8, in [www.camera.it](http://www.camera.it), per la stessa condotta è prevista la reclusione da quattro a otto anni; per una impostazione sostanzialmente analoga, v., Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 5783, XIV Legislatura, nella previsione dell'art. 452 *ter*, p. 7, cit., 525 ss., in cui, la pena prevista per il partecipe di simili associazioni non è inferiore a otto anni di reclusione; in relazione a fattispecie costruite in tal modo, SPAGNOLO, *Dai reati meramente associativi ai reati a struttura mista*, in AA.Vv., *Beni e tecniche della tutela penale*, a cura del CRS, Milano 1987 p. 156, osserva trattarsi di fattispecie per la cui sussistenza si richiede, «una struttura associativa nei suoi elementi tradizionali [accompagnata da] una ulteriore attività, degli affiliati, concreta e verificabile che costituisca un inizio di realizzazione del programma criminoso dell'associazione».

le altrettanto significative difficoltà applicative derivanti dalla natura dei reati di cui agli articoli 416 e 416 *bis* c.p.<sup>66</sup>.

### 3.6. Frode in materia ambientale

Anche la criminalizzazione del delitto di Frode in materia ambientale viene proposto da più di un progetto di riforma. Secondo l'art. 452 *decies*, d.d.l. n. 2692 del 2007, infatti, verrebbe punito «chiunque, al fine di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, ovvero di conseguirne l'impunità, falsifica in tutto o in parte, materialmente o nel contenuto, la documentazione prescritta, ovvero fa uso di documentazione falsa».

Le principali perplessità in merito alla opportunità di una simile proposta derivano dalla previa vigenza all'interno del nostro ordinamento di fattispecie codicistiche che già disciplinano ipotesi di questo tipo e che corrispondono, in specie, ai reati di falso materiale e di falso ideologico. In effetti, alla prima appare corrispondere la falsificazione «materialmente», alla seconda la falsificazione «nel contenuto»<sup>67</sup>.

Considerazioni di analogo tenore possono rivolgersi a proposte molto simili di legiferazione del reato di «frode in materia ambientale», qua-

<sup>66</sup> Per una limpida ricostruzione dei problemi di carattere, anche sociale, ma prevalentemente, dogmatico, nonché processuale, che sono insiti nella vigente disciplina dei reati associativi, connessi alla 'inafferrabile tipicità' di fattispecie quali quelle previste dagli artt. 416 e 416*bis* c.p., v., per tutti, CAVALIERE, *Il concorso eventuale nel reato associativo. Le ipotesi delle associazioni per delinquere e di tipo mafioso*, Napoli 2003, *passim*, p. 82 ss., *Tipicità ed offesa nei reati associativi*, in *Nuove strategie per la lotta al crimine organizzato transnazionale*, a cura di PATALANO, Torino 2003, p. 53 ss.; sul tema, cfr., PATALANO, *L'associazione per delinquere*, Napoli 1971, *passim*; S.FIORE, *Modelli di intervento sanzionatorio e criminalità organizzata: pericolose illusioni e inquietanti certezze della recente legislazione antimafia*, in AA.Vv., *Criminalità organizzata e risposte ordinarie mentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di S.MOCCIA, Napoli 1999, cit., p. 261 ss.; DE VERO, *I reati associativi nell'odierno sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 390 ss.; FIANDACA, *La criminalità organizzata e le sue infiltrazioni nella politica, nell'economia e nella giustizia in Italia*, in AA.Vv., *Il crimine organizzato come fenomeno transnazionale*, a cura di MILITELLO-PAOLI-ARNOLD, Milano-Friburgo 2000, p. 259 ss.; MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 53 ss.; per recenti considerazioni relative alle problematiche inerenti i reati contro l'ordine pubblico, v., INSOLERA, *Ordine pubblico e ordine democratico: le stagioni dell'emergenza*, in *Crit. dir.*, 2003, 19 ss.

<sup>67</sup> Per alcune lucide considerazioni sui rapporti tra la fattispecie in esame e quelle di falsità contenute nel codice penale, si veda, VERGINE, *Sui nuovi delitti ambientali e sui vecchi problemi delle incriminazioni ambientali*, cit., p. 782; per una esaustiva analisi in merito all'oggetto della tutela nei reati di falso, v., S. FIORE, *Ratio della tutela e oggetto dell'aggressione nella sistematica dei reati di falso*, Milano 2000, pp. 7 ss., 41 ss., 91 ss.

li ad esempio, quelle descritte dagli articoli 452 *octies* d.d.l. n. 1536 del 2007<sup>68</sup> nonché 452 *quinquies* d.d.l. n. 2569 del 2007<sup>69</sup>.

Simili modalità di criminalizzazione, comuni anche ad ulteriori proposte di riforma sul tema, presentano norme dirette a sanzionare condotte, oggettivamente inoffensive, quali l'omettere o il falsificare «in tutto o in parte la documentazione prescritta dalla normativa ambientale, [ovvero fare] uso di documentazione falsa»<sup>70</sup>, il cui unico legame con il bene giuridico di riferimento è costituito dal dolo specifico dell'autore, rivolto al fine «di commettere taluno dei delitti previsti nel presente titolo»<sup>71</sup>. Si assiste, dunque, alla descrizione di una fattispecie oggettiva di per sé priva di disvalore che sembra, tuttavia, acquisire rilevanza penale in virtù, meramente, di una precisa finalità che è necessario che accompagni la condotta dell'autore.

<sup>68</sup> Cfr. art. 452 *octies*, Disegno di legge n. 1536/2007, cit., p. 9, in cui il reato di «frode in materia ambientale» riguarda «chiunque [...], al fine di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, [...], omette o falsifica in tutto o in parte la documentazione prescritta dalla legge in materia ambientale, ovvero fa uso di documentazione falsa o attestante cose non vere o di analisi non veritiere ovvero omette informazioni dovute per legge».

<sup>69</sup> Cfr. art. 452 *quinquies*, Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 5, secondo cui commette reato di «frode in materia ambientale», «chiunque, al fine di commettere taluno dei delitti previsti dal presente titolo, ovvero di conseguirne l'impunità, omette o falsifica in tutto o in parte la documentazione prescritta dalla normativa ambientale ovvero fa uso di documentazione falsa ovvero illecitamente ottenuta».

<sup>70</sup> Cfr., oltre alle proposte riportate nel testo, art. 452 *quater*, in Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 239, cit., p. 5; in senso conforme, art. 452 *quater*, in Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, cit., p. 5; nonché, art. 452 *quinquies*, in Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 5783, cit., p. 8; risulta opportuno, in questa sede, riportare alcuni passi: «la totale mancanza di lesività della condotta nei reati di pericolo astratto (...) rende difficilmente percepibile il disvalore del fatto, sia per la generalità dei consociati, sia per l'eventuale reo, che potrà non rendersi affatto conto, all'atto della inflizione e della esecuzione della sanzione dell'estrema gravità (...) della sua condotta, solo astrattamente pericolosa»; a questa situazione si accompagna «il rischio elevato di una perdita di credibilità per il sistema che, dovendo intervenire con la sanzione penale, per fatti di lieve entità, spunta le sue armi (...), per le ipotesi di pericolo astratto, una soluzione depenalizzata appare, quindi, la più congrua; pensiamo all'illecito amministrativo», così, MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 185-186; sul tema, v., l'importante contributo di BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetto e limite della legge penale*, cit., 443 ss.

<sup>71</sup> Cfr., oltre alle proposte riportate nel testo, art. 452 *quater*, in Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 239, cit., p. 5, in cui: «Chiunque, al fine di commettere uno dei delitti previsti nel presente titolo, ovvero di conseguirne l'impunità, omette o falsifica in tutto o in parte la documentazione prescritta dalla normativa ambientale, ovvero fa uso di documentazione falsa, è punito»; in senso conforme, art. 452 *quinquies*, in Proposta di legge, Camera dei deputati, n. 368, cit., p. 6.

### 3.7. *Delitti colposi*

All'articolo 452 *duodecies* d.d.l. n. 2692 del 2007, in analogia con quanto avviene anche in altre proposte<sup>72</sup>, è prevista la estensione della rilevanza penale a tutti i casi in cui i delitti in esame vengano realizzati mediante una condotta colposa; le eccezioni a questa disposizione sono costituite, secondo quanto proposto nel disegno di legge n. 2692 del 2007, dai «delitti ambientali in forma organizzata» ex art. 452 *novies*, dalla «frode in materia ambientale» di cui all'art. 452 *decies*, dall'«impedimento al controllo» sanzionato dal proposto art. 452 *undecies*<sup>73</sup>.

### 3.8. *Delitto di 'violazioni degli obblighi imposti dalla legge, dal giudice o da un ordine dell'autorità'*

Nel proposto articolo 452 *quater decies* d.d.l. n. 2692 del 2007, in maniera singolare rispetto al altre proposte presentate sul tema, è prevista, ancora una volta, una ipotesi delittuosa di non agevole applicabilità. Viene affermato, infatti, senza specificare che le sentenze di cui si dirà debbano riferirsi ai delitti contenuti nel titolo di cui il disegno di legge in esame propone la codificazione, che in caso di sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p., «il giudice ordina la bonifica, il recupero e, ove tecnicamente possibile, il ripristino dello stato dei luoghi». Viene precisato, inoltre, che «l'eventuale concessione della sospensione condizionale della pena è in ogni caso subordinata all'adempimento degli obblighi di cui al primo comma». Si assiste, dunque, ad un obbligo nei confronti del giudice in ogni ipotesi di affermazione di responsabilità penale dell'imputato relativa, pur se non specificato dal testo della disposizione, ai delitti contenuti nel titolo VI *bis* del codice penale. In ognuna di queste ipotesi il giudice sarà tenuto ad ordinare quanto meno la bonifica ed il recupero, anche a fronte, ad esempio, di falsificazione di documentazione di cui all'art. 452 *decies* d.d.l. n. 2692 del 2007, a seguito della quale non è scontato che si sia concretiz-

<sup>72</sup> Cfr., per tutti, la recente formulazione di, art. 452 *septies*, Disegno di legge n. 1536/2007, cit., p. 8, nonché art. 452 *quater* Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 5.

<sup>73</sup> Sui dubbi relativi alla compatibilità dell'atteggiamento psicologico della colpa con riferimento ai delitti contenuti nel presente titolo ed, in specie, con il delitto di «traffico illecito di rifiuti», v., VERGINE, *Sui nuovi delitti ambientali e sui vecchi problemi delle incriminazioni ambientali*, cit., 779-780.

zata una alterazione afferrabile dello stato dell'aria, delle acque o del suolo. All'ultimo comma dello stesso articolo, infine, è prevista una fattispecie delittuosa dai confini in particolar modo vaghi ed indefiniti secondo cui «chiunque non ottempera alle prescrizioni imposte dalla legge, dal giudice ovvero da un ordine dell'autorità per il ripristino, il recupero o la bonifica dell'aria, delle acque, del suolo, del sottosuolo e delle altre risorse ambientali inquinate è punito con la reclusione da uno a quattro anni».

Al di là della vaghezza relativa a simili definizioni relative alla fonte ed al contenuto dell'obbligo a cui è tenuto il reo, è possibile affermare che l'obbligo di ottemperare alle descritte disposizioni giudiziali risulta determinante per una duplice finalità; costituisce presupposto, non soltanto per la concessione della sospensione condizionale della pena, quanto, anche, per evitare che il reo incorra nella realizzazione della fattispecie criminosa descritta nell'ultimo comma della norma in esame<sup>74</sup>.

Tale fattispecie incriminatrice risulta caratterizzata da un precetto formulato in maniera quanto mai indefinita; la elaborazione del relativo contenuto, infatti, essendo incentrata sulla violazione di «prescrizioni imposte dalla legge, dal giudice ovvero da un ordine dell'autorità», viene rimessa, in conformità allo schema della norma penale in bianco, ad indeterminate fonti di natura extrapenale<sup>75</sup>.

### 3.9. Il ravvedimento operoso

La norma che segue all'interno del disegno di legge 2692 del 2007, l'art. 452 *quinquies decies* intitolato *Ravvedimento operoso*, sancisce, in conformità con quanto prospettato anche in differenti proposte sul tema<sup>76</sup>,

<sup>74</sup> Per lucide considerazioni in merito, v., VERGINE, *Sui nuovi delitti ambientali e sui vecchi problemi delle incriminazioni ambientali*, cit., pp. 783-784, in cui, peraltro, la doppia funzione degli obblighi imposti dal giudice nei casi descritti dall'art. 452 *quater decies*, corrisponde ad «una sorta di paghi uno e prendi due, applicato al processo penale per delitti ambientali».

<sup>75</sup> Sul tema, si veda, Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 1990, n. 282, giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge 7 dicembre 1984, n. 818, con nota di VICE-CONTE, *Nuovi orientamenti della Corte costituzionale sulla vecchia questione delle norme penali in bianco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1991, 996 ss., in cui la Corte afferma che «quando il precetto penale assume una funzione *lato sensu* sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dalla autorità amministrativa, è onere del legislatore determinare con precisione il tipo di provvedimento cui la tutela si riferisce, consentendone l'individuazione sicura e fissandone i presupposti, in modo da assicurare un efficace controllo incidentale di legalità».

<sup>76</sup> Cfr., per tutti, l'art. 452 *sexies*, Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 6.

che le pene previste per ognuno dei delitti contenuti nel proposto titolo VI *bis* c.p. sono ridotte dalla metà a due terzi qualora il reo si adoperi, non per evitare la verifica dell'evento, quanto, semplicemente «per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori». A questo punto viene in evidenza la irragionevolezza legata al reale significato che si è inteso attribuire alla intera proposta in esame. La fattispecie, di natura premiale, che prevede il ravvedimento operoso, infatti, presenta la caratteristica di svilire il significato di ognuna delle precedenti fattispecie incriminatrici. La realtà fenomenica a fronte della quale troverebbe applicazione questa norma è una realtà in cui si sarebbe realizzata la verifica dell'evento per cui la singola norma prevede un dato regime sanzionatorio, dunque, un'offesa penalmente rilevante, tuttavia, se il reo si adopera, non per evitare la verifica dell'offesa o mitigarne l'intensità per fini di salvaguardia dell'interesse che la norma dovrebbe essere rivolta a tutelare, quanto, semplicemente, per evitare non più precisamente definite «ulteriori conseguenze», verrà sottoposto ad un regime sanzionatorio significativamente più mite.

Ulteriore incertezza in merito al regime sanzionatorio a cui l'autore di un delitto ambientale andrà incontro è determinata da quella parte, sempre dell'art. 452 *quinquies decies*, d.d.l. n. 2692 del 2007, in cui viene affermato che l'attenuante appena descritta potrà trovare applicazione anche quando le «ulteriori conseguenze» vengano evitate «aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi di prova decisivi per la ricostruzione dei fatti, nella individuazione o nella cattura di uno o più autori di reati, nell'evitare la commissione di ulteriori reati e nel consentire la sottrazione di risorse rilevanti per la commissione di delitti». Dunque, non si assiste alla elaborazione di un sistema penale in cui il regime sanzionatorio previsto da ogni singola fattispecie incriminatrice trova la propria ragione in relazione, ed in proporzione, alla intensità dell'offesa al bene giuridico di riferimento, quanto piuttosto ad un uso del diritto penale rivolto, in modo evidente, a finalità differenti, ben più ampie rispetto ad una tutela minima, dunque efficace, di beni giuridici.

Anche con riguardo alla ipotesi di non punibilità prevista dalla norma che segue, l'art. 452 *sexies decies*, d.d.l. n. 2692/2007, non può dirsi che non sussistano difficoltà applicative. Viene affermato, infatti, che «non è punibile l'autore di taluno dei fatti puniti dal presente titolo che volontariamente rimuove il pericolo ovvero elimina il danno da lui provocati

prima che sia esercitata l'azione penale»; inevitabilmente, in presenza della criminalizzazione di offese mal definite verso beni inafferrabili come quelle descritte sino ad ora, anche una simile causa di non punibilità risente di tale indeterminatezza e, dunque, di incertezza applicativa.

### 3.10. *Delitto di «danneggiamento delle risorse economiche ambientali»*

Riguardo all'ultima delle fattispecie incriminatrici di cui viene proposta la codificazione all'interno del disegno di legge n. 2692 del 2007, infine, viene previsto che questa non venga inserita nel titolo dei delitti ambientali quanto, piuttosto, mediante la elaborazione dell'art. 498 *bis* c.p., venga collocata nel titolo VII del codice penale in cui vengono descritti i «delitti contro l'economia pubblica, l'industria e il commercio». Si tratta di una fattispecie rivolta alla tutela degli interessi della «collettività, degli enti pubblici e delle imprese di rilevante interesse» in cui l'offesa alle risorse ambientali rileva esclusivamente in quanto strumentale al soddisfacimento degli interessi su descritti.

Precisamente, viene previsto che «chiunque offende le risorse ambientali in modo tale da pregiudicarne l'utilizzo da parte della collettività, degli enti pubblici o di imprese di rilevante interesse è punito con la reclusione da uno a quattro anni e con la multa da 20.000 a 50.000 euro». Non più precisamente viene descritta l'offesa alle risorse ambientali che rende la condotta penalmente rilevante, né, tantomeno, vengono definite, in modo sufficiente, la natura e le caratteristiche del pregiudizio, conseguenza dell'offesa, né, infine, viene specificato in maniera sufficientemente determinata quali sono i precisi parametri di riferimento che permettono di catalogare una impresa tra quelle di «rilevante interesse». Può concludersi, con riguardo a tale «progettato delitto di danneggiamento delle risorse economiche ambientali» che una simile fattispecie «sembra inserirsi perfettamente nella "tradizione" di ineffettività che, notoriamente, contraddistingue i delitti contro l'economia pubblica»<sup>77</sup>.

<sup>77</sup> In questi termini, MANNA-PLANTAMURA, *Una svolta epocale per il diritto penale ambientale italiano?*, cit., 1081; sul tema della ineffettività della disciplina penale della pubblica economia v., PATALANO, *Beni costituzionali e tutela penale degli interessi economici*, in *Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale*, in *Studi in onore di G. Vassalli*, Milano 1991, p. 629 ss.

### 3.11. La proposta responsabilità da reato delle persone giuridiche in relazione ai delitti ambientali

Al di là della elaborazione di tutte le su descritte fattispecie, la novità più rilevante di recente proposta risulta essere l'estensione della responsabilità da reato nei confronti delle persone giuridiche anche a fronte dei reati ambientali che, dall'originario testo del d.lgs. n. 231 del 2001, nonché dalle successive, recenti, modifiche, erano stati esclusi<sup>78</sup>.

In conformità con quanto suggerito anche in ulteriori proposte<sup>79</sup>, all'art. 2 del disegno di legge n. 2692 del 2007, viene proposta «l'introduzione dell'articolo 25quinquies.1 del d.lgs. 231/2001» secondo cui «dopo l'articolo 25 *quinquies.1* del decreto legislativo n. 231/2001» verrebbe inserito l'art. 25 *quinquies.1* disciplinante le sanzioni pecuniarie da applicarsi nei confronti dell'ente «in relazione alla commissione di taluno dei delitti previsti dal titolo VI *bis* del codice penale» relativo ai delitti contro l'ambiente. In specie, con riferimento a quanto disposto dalla proposta contenuta nel disegno di legge n. 2692 del 2007, è previsto che per i delitti di «inquinamento ambientale», «danno ambientale», «alterazione del patrimonio naturale, della flora o della fauna selvatica», «traffico illecito di rifiuti» (soltanto con riferimento al primo e secondo comma) e «traffico di materiale radioattivo o nucleare», la sanzione pecuniaria prevista a carico

<sup>78</sup> L'originario testo del d.lgs. 231 del 2001, in *Gazz. Uff.* n. 140 del 19 giugno 2001, in relazione ai reati rilevanti ai fini della configurabilità della responsabilità delle persone giuridiche ha subito le seguenti modificazioni: con l. 409/2001 è stato inserito l'art. 25 *bis* disciplinante i reati di *Falsità in monete, in carte di pubblico credito e in valori di bollo*; con l. 61/2002 è stato inserito l'art. 25 *ter* disciplinante i *Reati societari*; con l. 7/2003 è stato inserito l'art. 25 *quater* disciplinante i *Delitti con finalità di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico*; con la l. 7/2006 è stato inserito l'art. 25 *quater.1* disciplinante le *Pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*; con l. 228/2003 è stato inserito l'art. 25 *quinquies* disciplinante i *Delitti contro la personalità individuale*; con l. 62/2005 è stato inserito l'art. 25 *sexies* disciplinante gli *Abusi di mercato*; con l. 123/2007 è stato inserito l'art. 25 *septies* relativo a *Omicidio colposo e lesioni colpose gravi o gravissime, commessi con violazione delle norme antinfortunistiche e sulla tutela dell'igiene e della salute sul lavoro*; de infine, con l. 231/2007 è stato inserito l'art. 25 *octies* disciplinante i reati di *Ricettazione, riciclaggio e impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita*; chiarificatore in merito al sistema sanzionatorio contenuto nel d.lgs. n. 231/2001, il lavoro di FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 1-2, 63 ss., 81 ss.

<sup>79</sup> Cfr., per tutti, art. 2 Disegno di legge n. 1536/2007, cit., p. 10, e art. 3 Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 8, che, rispettivamente intitolati «Sanzioni per le persone giuridiche» e «Responsabilità delle persone giuridiche», propongono l'inserimento, nel testo della l. 231/2001, di una disciplina relativa alla responsabilità delle persone giuridiche relativa alla realizzazione di reati ambientali.

dell'ente va da duecento a cinquecento quote»; per il reato di «disastro ambientale», per le più significative tra le ipotesi aggravate dei delitti di «traffico illecito di rifiuti» e di «traffico di materiale radioattivo o nucleare», la sanzione pecuniaria a carico dell'ente va da trecento a mille quote. Peraltro, in relazione a queste ultime ipotesi, è anche previsto che, in caso di condanna per uno dei su indicati delitti «si applicano le sanzioni interdittive di cui all'art. 9 co.2 [del d.lgs. n. 231/2001] per una durata non inferiore a un anno». Qualora, infine, «l'ente o una sua unità organizzativa viene stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di consentire o di agevolare la commissione dei reati di *traffico illecito di rifiuti* e *traffico di materiale radioattivo o nucleare*, si applica «la sanzione dell'interdizione definitiva dell'esercizio dell'attività di cui all'art. 16 co.3 [del d.lgs. n. 231 del 2001]».

Al di là delle perplessità derivanti dal dato secondo cui, presupposto per l'affermazione della responsabilità dell'ente risulta essere l'accertamento in merito al realizzarsi delle descritte, indefinite, fattispecie criminose, non appare di agevole comprensione il motivo per il quale da simili previsioni sono stati esclusi i delitti di «frode in materia ambientale», «impedimento al controllo», omessa bonifica, «danneggiamento delle risorse economiche ambientali, nonché tutti i «delitti colposi contro l'ambiente» previsti dal proposto art. 452 *duodecies*, d.d.l. n. 2692 del 2007.

Tale soluzione non è stata, in altre occasioni, pacificamente accolta. Infatti, nella formulazione dell'art. 25 *septies* d.lgs. 231 del 2001 suggerita dal disegno di legge n. 1536 del 2007 viene proposta, in tema di responsabilità delle persone giuridiche, una sanzione pecuniaria per il reato di «frode ambientale» equivalente a quella prevista per l'inquinamento ambientale; in una parte successiva del medesimo articolo viene suggerita, peraltro, mediante la individuazione di sanzioni pecuniarie ridotte rispetto alle rispettive ipotesi dolose, una disciplina relativa alla responsabilità delle persone giuridiche nella ipotesi in cui vengano realizzati delitti colposi contro l'ambiente.

Parzialmente differente si presenta la disciplina proposta sul tema nel d.d.l. n. 2569 del 2007. In tal caso, sempre mediante la suggerita introduzione di nuovi articoli nel testo del d.lgs. n. 231 del 2001, viene prospettata una disciplina relativa alla responsabilità da reato delle persone giuridiche che, al di là di poter derivare, indistintamente, da ognuna delle fattispecie costituenti il proposto Titolo VI *bis* del codice penale, ri-

sulterebbe invariata a fronte di ognuna delle medesime<sup>80</sup>.

#### 4. Considerazioni conclusive e prospettive di riforma orientate all'offesa al bene

Le considerazioni conclusive riguardo alle più recenti ipotesi di riforma del settore non si discostano né rispetto a quelle che hanno accompagnato le precedenti proposte in materia, né da quelle relative alla vigente disciplina.

Come è stato anticipato, infatti, si assiste, anche nella proposta in esame, ad un assetto ipertrofico del diritto penale, finalizzato ad una tutela prodromica di un bene inafferrabile e del tutto incapace di fronteggiare le esigenze di tutela in tema di inquinamento<sup>81</sup>.

Si assiste alla elaborazione di fattispecie incriminatrici caratterizzata da violazioni costanti del principio di legalità, in specie di determinatezza e riserva di legge, dall'uso di forme di tutela eccessivamente anticipate rispetto ai parametri costituzionali, dalla identificazione di beni giuridici che, risultando eccessivamente vaghi ed inafferrabili, dunque lontani dalla concezione costituzionale del bene giuridico, non riescono a svolgere una funzione critica<sup>82</sup>; in effetti, legittimo oggetto di tutela penale dovrebbe essere costituito, esclusivamente, da una situazione di valore, di rilevanza costituzionale quanto meno proporzionata alla libertà personale<sup>83</sup>, che risulti offendibile e tutelabile, nonché strumentale allo sviluppo della personalità dell'individuo<sup>84</sup>.

<sup>80</sup> Cfr., il proposto art. 25 *septies*, in Proposta di legge n. 2569/2007, cit., p. 6.

<sup>81</sup> LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., p. 451; sulle conseguenze negative derivanti da un «oscuramento del ruolo del bene giuridico», v., per tutti, PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione di beni, e criteri di criminalizzazione*, cit., 97 ss.; sulla legislazione speciale penale, 'ipertrofica e dell'emergenza', v., MOCCIA, *La perenne emergenza*, cit., p. 5.; sulla efficacia di un uso minimo del diritto penale, da realizzare mediante un attento processo di depenalizzazione, v., S.FIORE, *L'occasione mancata. La depenalizzazione timida dell'era progressista*, in AA.VV., *La riforma continua. Il riformismo giuridico dell'«era progressista»*. Tentativo di bilancio, a cura di S. MOCCIA, Napoli 2002, p. 89 ss.

<sup>82</sup> Sulla definizione della fonte, del contenuto e della funzione del concetto di bene giuridico, si rinvia, senza pretese di esaustività, alla bibliografia riportata *supra*, in nota n. 5.

<sup>83</sup> Per tutti, BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 14 ss; CAVALIERE, *Riflessioni sul ruolo dell'offensività nella teoria del reato costituzionalmente orientata*, cit., p. 149.

<sup>84</sup> Sulla 'personale *Rechtsgutslehre*', si rinvia a *supra*, nota n. 35.

Simili conclusioni, riferite al diritto penale dell'ambiente divengono utili al fine di delimitare i confini di una sfera di tutela penale dell'ambiente che possa risultare ad un tempo non soltanto legittima rispetto ai parametri costituzionali, ma anche più efficace rispetto ad una effettiva tutela del bene.

Una legittima prospettiva di riforma del settore dovrebbe porsi il principale obiettivo di identificazione di un oggetto della tutela che risulti conforme ai parametri costituzionali. Ebbene, in osservanza di quanto disposto dalla Legge fondamentale, nonché nel rispetto di quanto già autorevolmente proposto «corretta è l'idea secondo cui l'ambiente (così come l'ordine pubblico e la morale) è troppo vago per poter assurgere ad autonomo, indipendente, bene giuridico. Ma la pulizia del suolo, dell'aria, dell'acqua (...) può essere pacificamente concretizzabile. Bisogna ricavare, dunque, una molteplicità di beni giuridici, in relazione all'ambiente e descriverli, con esattezza, ciascuno per conto suo. Successivamente è da considerare che non bisogna tutelare solo la vita e la salute delle persone dai pericoli derivanti dall'ambiente. Anche le molteplicità di flora e fauna e l'integrità della natura appartengono ad una vita degna della persona e possono essere integrate in una concezione di bene giuridico riferita ad esigenze umane»<sup>85</sup>.

<sup>85</sup> V., ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, *Grundlagen der Aufbau der Verbrechenlehre*, 3 Auflage, cit., pp. 18 ss.; per un concetto di ambiente inteso nel senso di «bene giuridico di categoria», che «rappresenta una sintesi categoriale, le cui singole componenti (acqua, aria, suolo) possono legittimamente porsi come oggetto della tutela penale e, pertanto, quali idonei beni di singole fattispecie incriminatici», v., LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., p. 238; per un diverso orientamento in rapporto al problema dell'individuazione del bene ambiente, nonché della tipizzazione delle relative offese penalmente rilevanti, v., CATENACCI, *La tutela penale dell'ambiente. Contributo all'analisi delle norme penali a struttura "sanzionatoria"*, cit., p. 238 ss., che formula una proposta di riforma della materia avente come fine la creazione di 'fattispecie di disobbedienza' (chiamate 'interattive'), in cui sia presente, però, «un'adeguata tipizzazione delle note offensive derivanti dall'inosservanza del precetto amministrativo» (*op. cit.*, p. 261). Il bene giuridico, dotato di sufficiente determinatezza, viene individuato nell'«equilibrio ecologico di acqua, aria e suolo» (*op. cit.*, p. 265 ss., 269), l'offesa penalmente rilevante, nella «grave alterazione [di tale bene, intesa nel senso di] potenziale pregiudizio per la sicurezza, la salute o il benessere delle persone, per le risorse economiche ambientali, o per una delle utilità sociali cui, nella zona inquinata, quell'equilibrio è manifestamente strumentale; ovvero per la conservazione di formazioni fisiche, geologiche, geomorfologiche e biologiche sottoposte ad uno speciale regime di tutela secondo le leggi vigenti al momento della commissione del fatto» (*op. cit.*, pp. 269-270). La rilevanza penale del pericolo astratto rispetto al bene, continua l'Autore,

Nel rispetto di tali acquisizioni in merito ad una legittima identificazione dell'oggetto della tutela, sembra opportuno precisare che l'unica offesa penalmente rilevante, verso un simile bene giuridico, corrisponde ad una offesa in termini di danno oppure, al più, di pericolo concreto<sup>86</sup>. Le relative fattispecie incriminatrici, in conformità con quanto affermato in Costituzione ed in una prospettiva di abbandono di un diritto penale sanzionatorio di disposizioni di carattere amministrativo<sup>87</sup>, potrebbero essere caratterizzate da una descrizione quanto più precisa e chiara del precetto penale. Simili modalità di legiferazione risulterebbero di più agevole percezione da parte di ogni singolo, risultando, dunque, più efficaci anche in termini di prevenzione generale positiva.

Per la materia che ci occupa, potrebbe risultare adeguata la elaborazione di fattispecie di danno, rivolte alla tutela di ognuno degli elementi, acqua, aria, suolo, costitutivi il più ampio bene giuridico, di categoria<sup>88</sup>, ambiente.

Le fattispecie penali rivolte alla tutela di questo legittimo interesse potrebbero essere elaborate in maniera simile alla norma relativa al reato di danneggiamento, contenuta nell'art. 635 c.p., in quella parte in cui, al primo comma, punisce «chiunque distrugge, (...), deteriora, o rende in tutto o in parte inservibili cose mobili o immobili altrui»<sup>89</sup>.

sarebbe legittimata dalla «difficile e complessa ricostruzione [dell'evento] alterazione dell'ecosistema (equilibrio ecologico)» (*op. cit.*, p. 272). La consequenziale fattispecie penale punirebbe la condotta di, «chiunque, sfornito dell'autorizzazione ad effettuare scarichi o emissioni di sostanze o energie imposta dalla legge, da atti avente valore di legge, o comunque conformi alla legge, ovvero attraverso l'inosservanza di prescrizioni cautelari a tutela dell'equilibrio ecologico di acque, aria, o suolo imposte da quelle stesse fonti, contribuisce in misura non manifestamente irrilevante a determinare il pericolo o comunque ad aumentare le probabilità di una grave alterazione dell'equilibrio ecologico nelle acque, nell'aria, sul suolo o nel sottosuolo» (*op. cit.*, p. 300).

<sup>86</sup> Sulla insuperabilità del pericolo concreto come limite di utilizzabilità del diritto penale, v., per tutti, CANESTRARI, *Reato di pericolo*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVI, Roma 1991, 1 ss., secondo cui, «la scelta tecnica di orientare la tutela penale sull'evento di danno o di pericolo concreto, lungi dal rappresentare un ingombrante retaggio vetero-liberale, mantiene intatti il suo ruolo e la sua funzione» (*op. cit.*, 9); sul tema, v., MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., pp. 185 ss., 275.

<sup>87</sup> Per tutti, in tal senso, LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 459-460.

<sup>88</sup> Sul tema, v., *supra*, nota n. 85.

<sup>89</sup> Sul reato di danneggiamento ex art. 635 c.p., v., per tutti, ASSUMMA, *Danneggiamento*, in *Enc. giur. Treccani*, X, Roma 1988, 1 ss.; per una ampia analisi del vigente sistema penale rivolto alla tutela del patrimonio, v., MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., *passim*, p. 39 ss.

In tale prospettiva, la 'distruzione', il 'deterioramento' ed, in special modo, l' 'inservibilità' del bene, corrisponderanno ad una situazione da valutare alla luce della concezione personalistica del bene giuridico<sup>90</sup>.

Dato il rilievo del bene oggetto della tutela, peraltro, potrebbe essere opportuna anche una legiferazione a forma aperta, improntata, esclusivamente, alla salvaguardia del bene giuridico. L'acqua, l'aria, il suolo, nel superamento della valutazione relativa alle modalità di offesa, saranno da considerarsi 'inservibili' qualora non saranno più in grado, data l'alterazione delle loro qualità naturali, di risultare strumentali allo sviluppo della personalità del singolo. Gli interessi individuali che si pongono sullo sfondo di tali fattispecie potranno essere, sì la vita e la salute delle persone, quanto anche, così come accade per tutti gli altri tradizionali beni giuridici e così come ci insegna Roxin, un interesse del singolo ad una «vita degna della persona»<sup>91</sup>.

In presenza di fattispecie elaborate nel rispetto delle indicazioni costituzionali, potrebbe risultare in particolar modo produttiva, al fine di segnare il confine tra una alterazione del bene di legittima rilevanza penale ed una condotta che, piuttosto, non può rilevare se non per settori del diritto diversi da quello penale<sup>92</sup>, l'adozione della disciplina delle microviolazioni non autonome<sup>93</sup>, con conseguente inserimento dei reati ambientali all'interno del codice penale.

<sup>90</sup> Per tutti, HASSEMER, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, in *ZStW*, 1975, 146 ss.; ID., *Umweltschutz durch Strafrecht*, cit., 47 ss.; ID., *Grundlinien einer personalen Rechtsgüterslehre*, cit., p. 85 ss., 91; ID., *Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz*, in *ZStW*, 1989, 553 ss.; ID., *Theorie und Soziologie des Verbrechenens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgüterslehre*, Frankfurt am Main, 1973, p. 19 ss.

<sup>91</sup> ROXIN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, cit., p. 18 ss.

<sup>92</sup> Per alcune «alternative di tutela come proiezione del principio di sussidiarietà concreta», accompagnate da una ampia ed attenta analisi in relazione alle possibili soluzioni di carattere civilistico ed amministrativo, dotate di maggiore effettività, in alcuni casi, rispetto al macchinoso e farraginoso strumento penale, in tema di ambiente, v., LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., pp. 373 ss., 399 ss.

<sup>93</sup> MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., p. 181 ss., propone, in relazione a dati beni giuridici in grado di essere aggrediti mediante offese di variabile intensità, una «soluzione intrasistematica di parte generale», con la creazione di una norma, inserita nella parte generale del codice, che fissi «gli indici di levità dell'illecito sulla base dell'esiguità dell'offesa e dello scarso disvalore della condotta», da combinarsi di volta in volta con le singole norme di parte speciale, seguendo lo schema logico sotteso alla figura del tentativo» (*op. cit.*, p. 183); per i precedenti contributi sul tema, rivolti, sempre, alla individuazione

La clausola inserita nella parte generale del codice potrebbe richiamare, espressamente, la fonte tecnica di riferimento al fine di individuare i limiti di alterazione del bene tali da esigere, nel rispetto di quanto esposto finora, l'attivazione dello strumento penale; le condotte produttive di una alterazione ambientale di inferiore rilevanza potranno costituire, al più, illeciti amministrativi. Soltanto le condotte, invece, che superano tale limite, potranno essere considerate tipiche, e pertanto penalmente rilevanti.

Il superamento di tali limiti non costituirebbe, ad ogni modo, una condizione di per sé sufficiente perché possa considerarsi verificato un evento di danno nei confronti del bene di riferimento. Piuttosto, soltanto tale superamento è in grado di costituire una condizione necessaria ai fini della configurazione di un'offesa penalmente rilevante. Una simile fattispecie concreta dovrà poi trovare sussunzione, a seconda della portata offensiva e delle modalità di concretizzazione del caso specifico, sotto la disciplina dei reati di danno, oppure di pericolo concreto, in ogni caso rivolti alla tutela del bene ambiente, nelle sue componenti, aria, acqua, suolo.

Tali fattispecie, di tipo delittuoso, in una prospettiva di riforma dell'attuale codice penale<sup>94</sup> da realizzarsi nel rispetto delle gerarchie tra i beni

di «una proposta di soluzione globale», finalizzata alla disciplina delle «fattispecie bagattellari autonome» e «fattispecie bagattellari non autonome», v., MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, cit., p. 97 ss. (op. cit., p. 98); per uno storico contributo rivolto all'adozione del controllo amministrativo per fatti di scarsa dannosità sociale, riferiti al diritto penale sessuale, v., AA.VV., *Alternativ-Entwürfe eines Strafgesetzbuches. Besonderer Teil. Sexualdelikte*, a cura di J.BAUMANN, A.E.BRAUNECK, G.GRÜNWARD, E.W. HANACK, Arm.KAUFMANN, Art.KAUFMANN, U.KLUG, E.J.LAMPE, T.LENCKNER, W.MAIHOFER, P.NOLL, C.ROXIN, R.SCHMITT, H.SCHULTZ, G.STRATENWERTH, W.STREE, Tübingen 1968, §223 e §224., p. 45; per una soluzione di carattere processuale rivolta alla disciplina della lieve e media criminalità, si veda, AA.VV., *Alternativ-Entwurf. Novelle zur Strafprozessordnung. Strafverfahren mit nichtöffentlicher Hauptverhandlung*, a cura di J.BAUMANN, A.E.BRAUNECK, R.P.CALLIES, Arm.KAUFMANN, U.KLUG, T.LENCKNER, S.QUENSEL, K.ROLINSKI, C.ROXIN, H.SCHÜLER-SPRINGORUM, H.SCHULTZ, W.STREE, Tübingen, 1980, pp. 3, 21 ss.; per la prima definizione di «fattispecie bagattellari autonome e non autonome», v., KRÜPELMANN, *Die Bagatelldelikte*, Berlin 1966, p. 36 ss.

<sup>94</sup> Per una attenta quanto esaustiva analisi relativa alla inadeguatezza dell'uso della legislazione speciale al fine di affrontare problemi di natura penalistica, v., PALIERO, *Mi-nima non curat praetor*, cit., pp. 93 ss., per l'Autore un simile fenomeno legislativo determina «un'ipercriminalizzazione delle bagattelle ed una sottopenalizzazione delle aggressioni più gravi ed insidiose: vuoi perché non ancora tipizzate da un legislatore che stenta a metterle a fuoco, vuoi perché 'protette' dallo schermo diffuso delle 'microincriminazioni', che in virtù di perversi meccanismi di specialità, neutralizzano le poche macrofattispecie esistenti» (op. cit., p. 121); sul tema si rimanda a, *supra*, nota n. 14.

indicate nella Carta fondamentale, dovrebbero trovare collocazione, in maniera differente da quanto viene costantemente proposto, in uno spazio successivo a quello destinato ai delitti contro la persona, nonché antecedente rispetto al titolo relativo ai delitti contro il patrimonio<sup>95</sup>.

Alla luce di simili considerazioni, sembra che una riforma del diritto penale dell'ambiente, rispondente ad esigenze di legalità e di tutela effettiva di beni giuridici possa realizzarsi mediante un uso degli strumenti classici del diritto penale.

Nonostante le apparenze, in effetti, non si assiste alla nascita di alcun nuovo bene giuridico che necessiterebbe di essere tutelato mediante nuovi strumenti normativi; piuttosto, si assiste a nuove forme di aggressione nei confronti di interessi che, seppur definiti collettivi<sup>96</sup>, dunque in apparenza vaghi ed indeterminati, riescono, tuttavia, ad assumere rilevanza penale nell'abbandono di prospettive di carattere super-individuale ed in un'ottica di tutela di beni giuridici tradizionali, agevolmente concretizzabili, inscindibili dagli interessi personalistici<sup>97</sup> che vi risultano connessi.

<sup>95</sup> Per limpide riflessioni sulla concezione antropocentrica dell'ambiente e, dunque, sulla inscindibile interrelazione tra «ambiente, salute e bisogno di vita delle persone», e per una tutela del primo, esclusivamente, in un ottica di salvaguardia degli altri due, v., HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 91; per una definizione del bene salute in quanto «primo requisito essenziale per la libertà dell'individuo», v., MONTUSCHI, *Art. 32*, in AA.VV., *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma 1975-1995, p. 146 ss.; sulla 'concezione economocentrica' in relazione alla tutela dell'ambiente, secondo cui nel rapporto tra ecologia ed economia, è quest'ultimo interesse ad essere oggetto della tutela più attenta, ci sia consentito il rinvio al nostro, *Contributo ad uno studio sull'oggetto della tutela nel diritto penale dell'ambiente*, cit., p. 116, nota n. 238; sul 'rapporto problematico tra sviluppo economico ed interessi ambientali, in un'analisi improntata al rispetto delle gerarchie sancite in Costituzione, v., LO MONTE, *Diritto penale e tutela dell'ambiente*, cit., p. 287 ss.; BARATTA, *Ecologia, economia, democrazia e il patto sociale della modernità*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 9 ss.; sul tema, v., LUTHER, *Antropocentrismo ed egocentrismo nel diritto dell'ambiente in Germania e in Italia*, in *Pol. dir.*, 1989, 673 ss.

<sup>96</sup> Sul tema, per tutti, SGUBBI, *Tutela penale degli interessi diffusi*, in *Quest. crim.*, 1975, 439 ss.; DE VITA, *I reati a soggetto passivo indeterminato. Oggetto dell'offesa e tutela processuale*, Napoli 1999, *passim*.

<sup>97</sup> Giova, in questa sede, ricordare le considerazioni di, HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgutslehre*, cit., p. 89 ss., secondo cui la concezione personalistica del bene giuridico risulta in grado di fornire risposte esaurienti anche in relazione alla tutela di quei beni, cosiddetti, collettivi (l'Autore fa espresso riferimento al traffico di stupefacenti, agli inquinamenti ambientali, al buon funzionamento dell'economia, e delle tecnologie di comunicazione), la cui offesa costituisce uno dei principali problemi nella moderna società.

DOMENICO RICCIO

## **Il sistema delle fonti del diritto processuale tributario**

SOMMARIO: 1. Specialità, autonomia ed unità del diritto processuale tributario. - 2. Il rinvio generale non recettizio (art. 1, comma 2, DLGS 546/1992). - 3. La disciplina previgente. - 4. I rinvii speciali non recettizi. - 5. I rinvii speciali recettizi. - 6. Condizioni per l'applicabilità delle norme del codice di procedura civile. - 7. Le singole norme ritenute compatibili. - 8. Le ipotesi controverse: l'interrogatorio libero e l'interrogatorio formale. - 9. Segue: limiti di ammissibilità. - 10. La genesi del sistema processuale speciale.

### **1. Specialità, autonomia ed unità del diritto processuale tributario**

La materializzazione della consapevolezza della sussistenza di un complesso normativo speciale, autonomo ed unitario volto alla regolamentazione del processo dinanzi alle commissioni tributarie (fattore regolante) ha seguito la medesima linea evolutiva di tale regolamentazione (fatto regolato), sicché – iniziata con l'istituzione delle commissioni sull'imposta di ricchezza mobile ad opera della *L* 14 luglio 1864, n. 1830 – può dirsi compiuta solo con le modifiche apportate dall'art. 12, comma 2, *L* 28 dicembre 2001, n. 448, all'art. 2, *DLGS* 546/1992, allorquando, per l'effetto dell'omnicomprensività del nuovo testo del richiamato art. 2, *DLGS* 546/1992, è venuta a cadere la necessità di un'analitica individuazione delle controversie assoggettate alla giurisdizione speciale, stabilendosi – nel contempo – l'unicità della giurisdizione tributaria<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> In generale, sull'argomento, v. E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, (1969), soprattutto pp. 35 ss.; F. TESAURO, *Processo tributario*, in "Digesto discipline privatistiche sezione commerciale aggiornamento", Torino, (2000), pp. 579 ss.; P. RUSSO, *Il processo tributario*, Milano, (2005), pp. 1-16; F. GALLO, *Sullo stato attuale della riforma del contenzioso tributario*, in "Rassegna tributaria", (2000), pp. 13 ss.; F. BATTISTONI FERRARA, *Appunti sul processo tributario*, Padova, (1995); C. BAFI, *Il nuovo processo tributario*, Padova, (1994); A. e M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, (1996); F. MOSCHETTI, *Profili costituzionali del nuovo processo tributario*, in "Rivista di diritto tributario", (1994), I, pp. 837 ss.; G. BELLAGAMBA, *Il nuovo contenzioso tributario*, Torino, (1996); F. TESAURO (a cura di), *Il processo tributario*, Torino, (1998); L. TOSI-A. VIOTTO (a cura di), *Il nuovo processo tributario*, Padova, (1999); S. LA ROCCA, *La legge finanziaria 2002 e l'ampliamento della giurisdizione delle commissioni tributarie*, in "Il Fisco", (2002), p. 3175 e ss.

In tal senso è oggi possibile affermare con sufficiente sicurezza l'esistenza di un diritto processuale tributario – tanto nelle regole ordinamentali quanto nell'esegesi dei giuristi – come branca autonoma del diritto<sup>2</sup>.

Invero, la disciplina speciale sorge ogni volta che l'assetto normativo fondato sulla disciplina comune o generale non è sufficientemente adeguata alle peculiarità della materia e determini una necessità di una diversa e più specifica designazione di un più appropriato sistema normativo.

In questo modo nascono le norme speciali. Queste non vanno semplicemente viste in contrapposizione alle norme generali, quanto piuttosto ne rappresentano il naturale sviluppo, la specificazione e puntualizzazione necessaria determinata dal peculiare ambito di applicazione che alle stesse si richiede<sup>3</sup>.

Le norme speciali per loro natura nascono eccezionali, nel senso che comunque si pongono quale eccezione alla applicazione della norma generale normalmente applicabile al caso in questione.

Definita la norma speciale in termini di puntualizzazione ed eccezione si comprende come essa possa trovare applicazione in via preferenziale sulla norma generale pari ordinata.

Non vi è tecnicamente necessità di stabilire una applicabilità preferenziale che non sia quella dettata da criteri logici. È la ricostruzione del sistema normativo generale che impone di dare un senso alla norma particolare ricollegandola alla norma generale in un tutt'uno logico. In sostanza si tratta di leggere il combinato disposto in un *continuum* ontologico per cui «nelle ipotesi in cui ... allora ... tranne che per i più limitati casi in cui ... per i quali ...».

La singola norma speciale non esaurisce l'intera casistica dell'atteggiarsi dell'ordinamento. È ben possibile infatti che vi sia un raggruppamento di norme caratterizzato da presupposti ed esigenze proprie, diversi da quelli degli altri rami del diritto, riconducibili tutti a comuni elementi e ad una logica di base unitaria. Tale raggruppamento al-

<sup>2</sup> Nei sensi spiegati, tra gli altri, da G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, Padova, (2007), p. 5, per il quale «sussiste autonomia di una branca del diritto qualora tale branca possieda: 1) principi peculiari cui attingere per la creazione delle norme; 2) tecniche interpretative proprie e diversificate rispetto a quelle precipuamente utilizzate nei settori contigui».

<sup>3</sup> La «derivazione» piuttosto che la «contrapposizione» fa della normativa speciale un «diritto di II grado» (G. FALSITTA, *Corso istituzionale di diritto tributario*, cit., p. 5).

lora realizza un complesso organico, ossia un diritto speciale, che – in quanto tale – va studiato ed inquadrato nel sistema generale.

Nello specifico, sulla base di quanto previsto dall'art. 30, lett. g), della legge-delega 30 dicembre 1991, n. 413, attraverso il DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, si è creato un *corpus* normativo per certi versi inedito ed unitariamente ispirato<sup>4</sup>.

La norma, com'è noto, dopo aver dettato i criteri «organizzativi» e passando alla «revisione della disciplina» del contenzioso tributario, poneva quale primo generale criterio direttivo l'«adeguamento delle norme del processo tributario a quelle del processo civile», aggiungendo quindi «in particolare» una vasta gamma di c.dd. indicatori su temi circoscritti (interventi, sospensione, interruzione ed estinzione, comunicazioni e notificazioni, gravami, assistenza tecnica, inibitorie cautelari, ecc.), pur essi estrapolati in uno stato di perdurante caoticità e approssimazione. Proprio siffatta «delega», tutt'altro che felice, ha in definitiva facilitato il compito del legislatore delegato, legittimando, attraverso l'imposto generico riferimento alle norme del codice di procedura civile, la più ampia libertà circa la disciplina concretamente adottata, e dando quindi vita, come detto nel testo, alla vera e propria creazione, anche sul piano legislativo, del diritto processuale tributario.

La materia del diritto processuale tributario viene dunque disciplinata attraverso un complesso organico di norme coordinate dal DLGS 542/1992, che si colloca in posizione speciale rispetto alla disciplina comune o generale. Il diritto processuale tributario è perciò speciale rispetto al diritto processuale generale.

La disciplina del processo civile ha certamente contribuito alla sua formazione. Ma non quale semplice parametro di rinvio, né, tanto meno, quale mera espressione di un «diritto processuale comune»<sup>5</sup>, bensì, per

<sup>4</sup> C. GLENDI, *Le fonti del diritto processuale tributario*, in "Il Corriere tributario", (2001), p. 47 e ss.; F. SORRENTINO, *Applicabilità delle norme del codice di procedura civile nel processo tributario*, in "Il Fisco", (2003), p. 4495 e ss.; V. CARBONE, *I poteri istruttori delle Commissioni tributarie*, in "Il Corriere tributario", (2002), p. 1671 e ss.

<sup>5</sup> La locuzione è usata nei sensi indicati da E. Allorio, per il quale il «concetto del diritto processuale comune, o diritto processuale generale, ... trascende le particolari manifestazioni del diritto processuale nel riconoscimento dell'unità del processo» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 45, nota 41); «La nozione del diritto processuale comune trae origine da un rilievo positivo: quello dell'esistenza di problemi e d'esigenze pratiche che, inerenti alla funzione stessa della giustizia, almeno così come questa è concepita in un dato ordinamento, si pongono e reclamano soluzione in ogni tipo di processo» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., pp. 45-46).

l'appunto, quale parte integrante di un nuovo complesso normativo dotato ormai di propria autonomia e come tale da interpretare ed applicare.

L'autonomia è un concetto di ordine storico e di diritto positivo e può considerarsi esistente solo quando nell'ordinamento giuridico si determina una particolare ed organica disciplina per una categoria di rapporti rispondenti a particolari esigenze, disciplina che, come avviene nel processo tributario è caratterizzata dal concorso di molteplici elementi privatistici e soprattutto pubblicistici

Questo risultato, ricco di implicazioni, è stato raggiunto, a livello legislativo, attraverso una serie di tecniche o moduli di collegamento tra il vecchio ceppo della disciplina del processo davanti alle commissioni tributarie e l'attuale del codice di procedura civile, che devono essere opportunamente analizzati.

## **2. Il rinvio generale non recettizio (art. 1, comma 2, DLGS 546/1992)**

Ai sensi dell'art. 1, comma 2, DLGS 546/1992, «i giudici tributari applicano le norme del presente decreto e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile».

Il legislatore ha così attuato un vero e proprio «principio di integrazione»<sup>6</sup>, che va latamente inteso a tutti i principi generali che regolano il processo<sup>7</sup>.

La norma si differenzia profondamente dal suo immediato precedente storico, costituito dall'art. 39, DPR 26 ottobre 1972, n. 636, che, al primo comma, stabiliva che «al procedimento dinanzi alle commissioni tributarie si applicano, in quanto compatibili con le norme del presente decreto e delle leggi che disciplinano le singole imposte, le norme con-

<sup>6</sup> Così E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 47; v. pure U. APICE, *Le regole del processo civile applicate nel processo tributario*, in "Il Fisco", (2001), p. 13022. Per Allorio «Questo principio dell'integrazione del diritto processuale tributario non contrasta punto con l'autonomia del processo tributario, cui si deve anzi tener fermo. Il diritto processuale tributario ha, come s'è detto, suoi principi e una sua fisionomia: ma le leggi processuali tributarie non hanno compiutamente regolato tutti i problemi processuali» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 47).

<sup>7</sup> Il che comporta che devono ritenersi applicabili anche le norme processuali contenute, ad esempio, nel codice civile (in tal senso, cfr. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, [1997], p. 337).

tenute nel libro I del codice di procedura civile, con esclusione degli articoli da 61 a 67, dell'art. 68, primo e secondo comma, degli articoli da 90 a 95», mentre nel secondo comma prevedeva che «per le attività degli impiegati di cui al primo comma dell'articolo 13 valgono le disposizioni degli articoli 57 e 58 del codice di procedura civile concernenti le attività dei cancellieri».

A parte le formali differenze nella collocazione (l'art. 39, *DPR* 636/1972 era relegata alla fine, mentre l'art. 1, comma 2, è situato all'inizio dalla disciplina del processo tributario) e nelle rubriche (quella dell'art. 39 del decreto citato parlava di «norma di rinvio», laddove la rubrica dell'art. 1, *DLGS* 546/1992 riguarda «gli organi della giurisdizione tributaria»), tra l'una e l'altra disposizione sussistono profonde diversità di contenuti.

Nell'art. 1, comma 2, *DLGS* 546/1992 manca, anzitutto, qualsiasi riferimento alle «leggi che disciplinano le singole imposte» e la scomparsa di questo riferimento segna evidentemente l'intervenuto superamento della confusione, prima esistente, tra norme sostanziali e norme processuali.

A parte ciò, mentre l'art. 39, *DPR* 636/1972 mirava direttamente ad indicare altre disposizioni applicabili al processo tributario, individuandole in quelle contenute nel libro I del codice di procedura civile, con alcune specifiche esclusioni (artt. da 61 a 67; 68, primo e secondo comma, da 90 a 97, 128), sia pure «in quanto compatibili con le norme del presente decreto e delle leggi che disciplinano le singole imposte», il comma 2 dell'art. 1, *DLGS* 546/1992 stabilisce subito che le norme che i giudici devono applicare sono quelle del presente decreto, considerando sol dopo tutte le altre eventuali norme applicabili, «per quanto da esse non disposto e con esse compatibili». Sicché viene, ancor più che in passato, immediatamente messo in evidenza il carattere gerarchicamente primario della fonte normativa processuale costituita dalle speciali disposizioni contenute nel decreto legislativo di cui trattasi.

Alle norme del *DLGS* 546/1992 va, dunque, fatto prioritario riferimento e oltre ad esse è possibile transitare, secondo il modulo di raccordo segnato dall'art. 1, comma 2, solo se le stesse, ancorché sistematicamente interpretate, mostrino un'oggettiva lacuna, cioè un reale vuoto normativo, al quale è consentito rimediare facendo richiamo ad altre norme, ma unicamente se ed in quanto compatibili con la normativa del decreto.

Inoltre, mentre l'art. 39, *DPR* 636/1972 comprendeva, solo implicitamente, senza espressamente indicarlo, il presupposto del difetto di una specifica normativa primariamente applicabile, il comma 2 dell'art.

1, *DLGS 546/1992* fa esplicito riferimento ad esso, subordinando espressamente il passaggio all'applicazione delle norme del codice di procedura civile «a quanto non disposto» dalle norme del *DLGS 546/1992*, di cui viene perciò chiaramente riconosciuta la priorità applicativa.

Si deve aggiungere, poi, che qui il vuoto da riempire con il richiamo alle norme del codice di procedura civile non s'identifica affatto con la lacuna normativa che genericamente si richiede *ex art. 12*, comma 2, delle preleggi ai fini dell'integrazione analogica attraverso l'ulteriore requisito della *eadem ratio*, in quanto l'applicazione delle norme del codice di rito civile non avviene per analogia, ma direttamente (sulla base del richiamo contenuto per l'appunto nella norma in esame), ancorché subordinatamente alla rilevata lacuna e ad una valutazione in termini di compatibilità.

Proprio l'art. 1, *DLGS 546/1992*, quindi, è esemplare della intersecazione tra le fonti del diritto processuale tributario. L'articolo in questione stabilisce che nella materia processuale tributaria si applicano le norme previste dal *DLGS 542/1992* «e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile».

Il corrispondente art. 12 *DPCC*, rubricato «Interpretazione della legge», assume al secondo comma conformemente che «Se una controversia non può essere decisa con una precisa disposizione, si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe; se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato». Il combinato disposto delle due norme richiamate fa sì che nelle fattispecie proprie della materia del processo tributario, in ipotesi in cui la questione non possa essere risolta con la applicazione di una specifica regola, alla ipotesi va applicata, in prima istanza e direttamente, una norma propria del codice di procedura civile se compatibile<sup>8</sup>; poi «si ha riguardo alle disposizioni che regolano casi simili o materie analoghe»<sup>9</sup>; infine<sup>10</sup>, «se il caso rimane ancora dubbio, si decide secondo i principi generali dell'ordinamento giuridico dello Stato»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Il richiamo è all'art. 1, comma 2, *DLGS 542/1992*.

<sup>9</sup> È *l'analogia legis* regolata dall'art. 12, comma 2, prima parte, *DPCC*.

<sup>10</sup> La norma di chiusura del sistema giuridico, *l'analogia juris* di cui all'art. 12, comma 2, ultima parte, *DPCC*.

<sup>11</sup> Quanto al filtro di «compatibilità», che tanto la vecchia disposizione dell'art. 39, comma 1, *DPR 636/1972*, quanto la nuova norma dell'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992* poneva e pone nel regolare i rapporti tra l'una e l'altra disciplina, vale identicamente l'inse-

### 3. La disciplina previgente

La disposizione contenuta nell'art. 1, DLGS 546/1992 si discosta dalla previgente regolamentazione.

Tale conclusione, pervero, non è incontrovertibile<sup>12</sup>. Si è, infatti, sostenuto che l'art. 1, comma 2, DLGS 546/1992 conterrebbe una disposizione che ha «solo apparentemente natura innovativa»<sup>13</sup>, rispetto alla disciplina previgente, giacché la giurisprudenza, nonostante il limitato richiamo di cui all'art. 39, DPR 636/1972, aveva già affermato l'applicabilità di disposizioni del codice di procedura civile contenute in libri diversi dal primo.

In particolare si era sostenuta l'applicabilità degli artt. 287, 288, 308, 329, 345 CPC<sup>14</sup> (ai quali può aggiungersi l'art. 327 CPC<sup>15</sup>), sul presupposto che detti articoli recano «disposizioni di carattere generale che, per l'unità dell'ordinamento giuridico e per la corrispondenza a generali esigenze del medesimo, appaiono necessariamente applicabili, salva espressa disposizione contraria o comunque incompatibile»<sup>16</sup>.

In contrario va rimarcata la discordante lettera delle due norme che evidenzia una difformità di prospettiva almeno nella intenzione iniziale del legislatore. In primo luogo, l'art. 39, DPR 636/1972 si riferisce soltanto alle «norme contenute nel libro I del codice di procedura civile», mentre l'art. 1, comma 2, DLGS 546/1992 richiama generalmente e onnicomprensivamente tutte «le norme del codice di procedura civile»<sup>17</sup>.

gnamento dottrinale e giurisprudenziale secondo cui l'incompatibilità, quale ragione ostativa all'accesso alla disciplina processualciviltistica, deve essere intesa, «non solo come contrasto assoluto, ma anche limitato e tuttavia tale da comportare una disarmonia che non può ritenersi autorizzata» (Cass., SU, 16 gennaio 1986, n. 210, in "Rassegna tributaria", [1986], II, p. 238).

<sup>12</sup> A. e M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 9.

<sup>13</sup> A. e M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 9.

<sup>14</sup> Così A. e M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 10, nota 12.

<sup>15</sup> Cass., 11 luglio 1981, in "Massimario della Giurisprudenza italiana", (1981), voce *Imposte e tasse in genere*; Cass., SU, 15 novembre 1995, 37778, in "Giurisprudenza italiana", (1985), III, 2, c. 17; contra F. TESAURO, *Lineamenti del processo tributario*, Rimini, (1986), p. 65; C. GLENDI, *Sui termini per impugnare le decisioni delle commissioni tributarie*, in "Giurisprudenza italiana", (1985), III, 2, c. 17.

<sup>16</sup> Cass., 11 luglio 1981, cit. Sul tema v. C. GLENDI, *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, Milano, (1990), p. 914. In ordine alla disciplina vigente, cfr. C. GLENDI, *Le fonti del diritto processuale tributario*, cit., p. 47; V. CARBONE, *I poteri istruttori delle Commissioni tributarie*, cit., p. 1671.

<sup>17</sup> Così è venuta meno l'originaria limitazione, ampiamente superata anche in sede applicativa, nonostante l'improprio utilizzo talvolta fattone sul piano motivazionale. L'arbitrarietà di questa limitazione era già stata subito rilevata da M. COGLIATI DEZZA, *Il pro-*

Inoltre, i rinvii non venivano esauriti in un'unica norma, infatti l'art. 39, comma 1, DPR 636/1972 faceva riferimento solo al «procedimento dinanzi alla commissione tributaria» e non anche a tutto il «processo regolato dal presente decreto», secondo la formula già adoperata, ma senza seguito, nel corso dei lavori preparatori del decreto correttivo n. 739/1981<sup>18</sup>; poi, per il processo davanti alla corte d'appello, valeva l'apposito richiamo fatto dall'art. 40, comma 5, DPR 636/1972 alle «disposizioni del codice di procedura civile sul giudizio d'appello»; infine, per il giudizio davanti alla Corte di cassazione – solo incidentalmente menzionato in quel testo legislativo<sup>19</sup> e nell'art. 43, comma 4<sup>20</sup> – vigevano di per sé le norme del codice di procedura civile.

Oggi, invece, l'art. 1, comma 2, ha tolto ogni limitazione, statuendo *expressis verbis* che «i giudici tributari» (in quanto tali) applicano le norme del DLGS 546/1992 e, per quanto da esse non disposto e con esse compatibili, le norme del codice di procedura civile.

In conclusione, per il richiamo espresso dall'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, l'intero codice di procedura civile, nei limiti sopra precisati, si pone generalmente quale diretta fonte del diritto processuale tributario. Questo risultato fa risaltare la diversità di prospettiva in cui si pongono le due norme, non senza rimarcare nuovamente e comunque che l'essersi già posta in tale identica posizione tanto la dottrina<sup>21</sup> (almeno *de iure condendo*), quanto (nella misura possibile) la giurisprudenza<sup>22</sup>, ha reso se non altro meno inaspettata e più desiderata la innovazione in parola.

*cesso nel contenzioso tributario*, in "La riforma tributaria", Milano, (1975), p. 67, e poi da tutti rimarcata in dottrina. Nella giurisprudenza, peraltro, la limitazione era spesso utilizzata per giustificare sbrigativamente la mantenuta avversione all'apertura del processo tributario ad istituti particolarmente impegnativi, come, ad es., quello della tutela cautelare (cfr. sul punto quanto rilevato da C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, (1984), p. 832 e nota 80).

<sup>18</sup> Cfr. art. 26 dello Schema di decreto legislativo integrativo e correttivo, poi superato dal DPR 739/1981 (sul punto v. C. GLENDI, *Brevi note sugli ulteriori progetti di riforma del processo tributario*, in "Diritto e pratica tributaria", [1981], I, p. 1195).

<sup>19</sup> Precisamente nell'art. 29, ultimo comma (dov'era previsto che, «se nel termine di ottanta giorni dalla notificazione della decisione di rinvio non è stata richiesta la trasmissione del fascicolo alla Corte di cassazione, la segreteria lo trasmette alla Commissione cui è stato rinviato il processo»).

<sup>20</sup> Dove è stabilito che «nelle controversie decise entro la data di insediamento di cui al primo comma le parti possono esperire l'azione giudiziaria dinanzi ai tribunali, secondo le disposizioni di legge anteriormente vigenti, ovvero proporre il ricorso per cassazione, sempre che i rispettivi termini non siano decorsi».

<sup>21</sup> A. e M. FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, cit., p. 9.

<sup>22</sup> Cass., 11 luglio 1981, cit.

#### **4. I rinvii speciali non recettizi**

Oltre al generale rinvio operato dall'art. 1, comma 2, alle «norme del codice di procedura civile», nel *DLGS 546/1992*<sup>23</sup> risultano specifici richiami a singole norme o a gruppi di norme del codice di procedura civile, senza, peraltro, alcun aggancio con l'art. 1, comma 2, così rimarcandosi una chiara scissione tra il ruolo predominante delle prime norme rispetto a quello essenzialmente complementare delle seconde.

Rientrano tra i richiami positivi quelli fatti con tecniche nient' affatto uniformi, ed anzi di volta in volta opportunamente dosate, dall'art. 6, comma 1, alle «disposizioni del codice di procedura civile», relativamente all'astensione e alla ricusazione dei componenti delle commissioni tributarie; dall'art. 15, comma 1, alla disposizione «dell'articolo 92, secondo comma, del codice di procedura civile», sulla compensazione totale o parziale delle spese; dagli artt. 16, comma 2; 20, comma 1; 22, comma 1; 24, comma 4; 28, comma 1; 38, comma 1; 53, comma 2; 65, comma 3, agli artt. 137 e seguenti del codice di procedura civile circa le notificazioni degli atti processuali; dall'art. 35, comma 3, alle «disposizioni di cui agli articoli 276 e seguenti del codice di procedura civile», riguardo alle deliberazioni del collegio; dall'art. 28, comma 3, all'art. 327, comma 1, *CPC*, concernente il c.d. termine lungo per impugnare le sentenze; dall'art. 49 alle «disposizioni del titolo III, capo I, del libro II del codice di procedura civile» sulle «impugnazioni in generale»; dall'art. 51, comma 2, e dagli artt. 61, commi 1 e 2, e 67, comma 1, alla «revocazione» ed in particolare ai «motivi di cui all'art. 395 del codice di procedura civile»; dall'art. 62, comma 1, «ai motivi di cui ai numeri da 1 a 5 dell'articolo 360, comma 1, del codice di procedura civile» e dall'art. 62, comma 2, alle «norme dettate dal codice di procedura civile» per il «ricorso per cassazione» e il «relativo procedimento»; dall'art. 69 all'art. 475 *CPC* quanto al rilascio di copia di sentenza spedita in forma esecutiva, mentre l'art. 70, comma 1, fa «salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione forzata della sentenza costituente titolo esecutivo».

Rientrano tra le «specifiche esclusioni» quelle fatte dall'art. 5, comma 4, alle «disposizioni del codice di procedura civile sui regolamenti di competenza» e dall'art. 49 all'art. 337 *CPC*, nonché il divieto del giura-

<sup>23</sup> Già presente, del resto, come pure ripetuto più volte, nel *DPR 636/1972*, sia pure in minor misura.

mento e della prova testimoniale contenuto nell'art. 7, comma 4, e la san-cita inammissibilità delle «sentenze non definitive o limitate solo ad alcune domande» contenuta nell'art. 35, comma 3, *DLGS 546/1992*.

Come già si è avuto modo di far rilevare, la vera ragione di questi frazionati rimandi a singole disposizioni, o a gruppi di disposizioni, contenute nel codice di procedura civile, disgiuntamente, quanto meno sul piano formale, a quanto previsto in generale dall'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*, è molto semplice e concreta. Stante l'oggettiva difficoltà, che si sarebbe potuta presentare agli interpreti, di una compiuta integrazione tra le norme del *DLGS 546/1992* e quelle del codice di procedura civile, così come previsto dall'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*, in termini di «compatibilità» fra le une e le altre, lo stesso legislatore si è fatto espressamente carico di ovviarvi o di agevolarla, in passaggi ritenuti cruciali, attraverso una sorta di predeterminazione normativa, specificamente dislocata in singole disposizioni, del giudizio di compatibilità generalmente enunciato dall'art. 1, comma 2, del citato decreto.

La conferma ne è data, testualmente, dall'attenta analisi di questa trama di riferimenti specifici, in alcuni dei quali nulla è detto al riguardo (restando per così dire la specifica indicazione in termini di compatibilità discretamente sfumata)<sup>24</sup>, mentre in molti altri, dove più ardua avrebbe potuto essere la problematica interpretativa, il richiamo dalle singole disposizioni della legge processuale tributaria a quello del processo civile viene accompagnato da una sorta di segnalazione di specificità variamente espressa attraverso l'inciso «in quanto applicabili»<sup>25</sup> o facendo «salvo quanto disposto» in genere «dal presente decreto»<sup>26</sup> o, più

<sup>24</sup> Cfr. in particolare gli artt. 3, comma 2; 15, comma 1; 38, comma 2, 62, comma 1, e 69, *DLGS 546/1992*; di contro, nell'art. 20, comma 1, facendo «salvo quanto previsto dalle norme del codice di procedura civile per l'esecuzione forzata delle sentenze costituenti titolo esecutivo», è stata sottolineata la peculiarità del giudizio di ottemperanza a cui è stato fatto subito dopo specifico riferimento.

<sup>25</sup> Cfr., segnatamente, l'art. 6, comma 1, che richiama «in quanto applicabili» le disposizioni del codice di procedura civile in tema di astensione e di ricasazione dei componenti delle Commissioni tributarie.

<sup>26</sup> In tal senso, ad esempio, l'art. 49, *DLGS 546/1992*, dove il «fatto salvo quanto disposto nel presente decreto» vale, in effetti, sia in senso positivo, riguardo alle disposizioni del codice di procedura civile sulle impugnazioni in generale, sia in senso negativo, relativamente all'esclusione dell'art. 337 *CPC*.

specificamente, da alcune disposizioni dello stesso<sup>27</sup> o, ancora, esponendo, in vario modo, particolari limitazioni o precisazioni applicative all'atto del richiamo<sup>28</sup>, ovvero inserendo questo richiamo all'interno di una completa disciplina già specialisticamente elaborata<sup>29</sup> o, infine, rimarcando proprio la necessità di un giudizio di compatibilità per così dire mirato<sup>30</sup>, in aggiunta a quello che già risulta previsto in linea generale dall'art. 1, comma 2, *DLGS* 546/1992.

Comunque, quello sopra rappresentato non è l'unico metodo di integrazione normativa adottato dal *DLGS* 546/1992, occorre infatti tener presente che esistono anche altre tipologie di tecniche integrative nella nuova disciplina del processo tributario.

Diversa, in parte, la *ratio* riscontrabile nelle norme (artt. 5, comma 2; 7, comma 4; 35, comma 3; 45 *DLGS* 546/1992) che pongono esplicite «esclusioni» all'applicabilità di alcune precise norme o gruppi di norme o veri e propri istituti (disposizioni sui regolamenti di competenza; giuramento e prova testimoniale; sentenze non definitive o parziali; art. 337) del codice di procedura civile. In questi casi, infatti, la specifica volontà legislativa pone, in termini perentori, la necessità di una ricostruzione della disciplina specialistica sostitutiva di quella codicistica, di cui è stata espressamente esclusa l'applicabilità. Si ha, in altre parole, l'espressione normativa di un giudizio d'incompatibilità già tassativamente predeterminato.

È ovvio, *a contrario*, che anche le esclusioni stabilite espressamente conducono, in termini ancora più netti, alla formazione di un diritto processuale tributario specialisticamente autonomo.

<sup>27</sup> Art. 16, comma 2, *DLGS* 546/1992, secondo cui le notificazioni sono fatte secondo le norme degli artt. 137 e ss. *CPC*, «salvo quanto disposto dall'articolo 17».

<sup>28</sup> Art. 51, comma 2, *DLGS* 546/1992, dove il richiamo ai motivi di cui ai numeri 1) 2) 3) e 6) dell'art. 395 *CPC* è subito seguito da specifiche indicazioni sulla decorrenza dei termini per la proposizione della revocazione straordinaria non perfettamente coincidenti con quelli indicati dal codice di procedura civile.

<sup>29</sup> Tale è la tecnica usata per la generica enunciazione, fatta dall'art. 64, comma 1, *DLGS* 546/1992, circa l'ammissibilità della revocazione «ai sensi dell'art. 395 del codice di procedura civile» in un contesto disciplinare che già in realtà, almeno tendenzialmente, assorbe tutta la disciplina processualcivile dell'istituto.

<sup>30</sup> Questa ribadita esigenza di uno specifico riscontro di compatibilità è significativamente manifestata dall'art. 62, comma 2, *DLGS* 546/1992 riguardo all'applicazione delle norme dettate dal codice di procedura civile «al ricorso per cassazione ed al relativo procedimento».

## 5. I rinvii speciali recettizi

Nel DLGS 546/1992, oltre al generale richiamo di cui all'art. 1, comma 2, e oltre agli specifici richiami, positivi o negativi, alle norme del processo civile in genere o ad alcune di esse, è possibile riscontrare la trasposizione di norme o complessi di norme od anche veri e propri istituti del processo civile<sup>31</sup>.

A parte le disposizioni entrate a far parte di più articolati contesti normativi, che hanno sol ora formato oggetto di espresso recepimento o di rinnovato «impasto» disciplinare con il DLGS 546/1992<sup>32</sup>, si pensi, tanto per fare esempi, nell'ambito della rifatta disciplina dell'appello<sup>33</sup>, alle disposizioni relative al c.d. effetto devolutivo, alle nuove domande ed eccezioni ovvero alle nuove prove, alla rimessione del secondo grado al primo grado, alla riproponibilità dell'appello non ancora dichiarato inammissibile e alla stessa norma finale di rinvio alle disposizioni dettate per il primo grado. Ancora si pensi, passando ad altro tema, alla regolamentazione del giudizio di rinvio dopo la relativa pronuncia della Corte di cassazione<sup>34</sup>, che mancava del tutto nel DPR 636/1972.

La derivazione dalla normativa del codice di procedura civile è chiarissima, anche se, proprio attraverso la rilevata rielaborazione *ex novo*, il legame con quella di origine resta, per così dire, assorbito dalla formazione di una speciale disciplina ormai completamente autonoma, mentre in altri casi, anziché la riformulazione, più o meno diversificata, di norme di stampo processualciviltistico, si ha l'originale estrapolazione del nucleo essenziale di una disciplina più ampia e complessa, come tale operante solo nel processo civile<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> A. CHIZZINI (*I rapporti tra codice di procedura civile e processo tributario*, in "Il processo tributario", Torino, [1998], pp. 7 e ss.) ha parlato in proposito di una complessa «tecnica mista di rinvio» in aggiunta a quelle del generale richiamo compiuto dall'art. 1, comma 2, DLGS 546/1992 e degli specifici richiami fatti da altre norme del citato decreto alle norme del codice di procedura civile.

<sup>32</sup> Basti richiamare la nuova disciplina della sospensione, interruzione ed estinzione del processo (artt. 39-46, DLGS 546/1992), quella sulla competenza (art. 5 del DLGS cit.) o sul processo litisconsortile (art. 14 del DLGS cit.).

<sup>33</sup> Artt. da 52 a 61, DLGS 546/1991. In precedenza la disciplina dell'appello si esauriva negli artt. 22-23-24 del DPR 636/1972.

<sup>34</sup> Art. 63, DLGS 546/1992.

<sup>35</sup> È quanto precisamente accaduto riguardo alla «costituzione» delle parti disciplinata dagli artt. 22 e 23, DLGS 546/1992 e norme di richiamo (artt. 14, comma 4; 17, com-

In realtà, la trasposizione di norme e il trapianto di istituti tipici del processo civile nell'alveo della nuova disciplina del processo tributario rappresenta qualcosa di qualitativamente diverso rispetto al rinvio di cui appena si è detto, tant'è che talvolta è dato riscontrare l'impiego del semplice rinvio nell'ambito di questa stessa più vasta e complessa trasfusione di norme e di istituti.

In tal modo la norma originaria del codice di procedura civile, divenuta ormai norma del *DLGS 546/1992*, così come quivi risultante, funge da parametro per il giudizio di compatibilità riguardo ad altre norme dello stesso codice viceversa non introitate, né fatte proprie dal *DLGS 546/1992* citato.

Ad esempio, la proposizione secondo cui l'estinzione del processo «rende inefficaci gli atti compiuti», che l'art. 45, comma 3, ultima parte, *DLGS 546/1992* deriva dall'art. 310, comma 2, *CPC*, proprio perché non accompagnata dalla «salvezza» delle sentenze non definitive di merito e di quelle che riguardano la competenza, espressamente contenuta nell'art. 310, comma 2, *CPC*, in uno al mancato richiamo del primo comma di siffatta norma, per cui «l'estinzione del processo non estingue l'azione», diventa parametro di incompatibilità per l'applicazione di siffatta proposizione, ancorché non esplicitamente esclusa, e quindi generalmente assoggettabile alla regola di cui all'art. 1, comma 2, del *DLGS* citato in perfetta armonia con la conformazione del processo tributario quale processo di annullamento di atti dotati di propria diretta normatività, che si consolida definitivamente ove il processo si chiuda anche solo con una pronuncia in rito.

ma 1; 30, comma 1; 31, comma 1; 33, comma 1; 37, comma 2; 47, comma 1; 53, comma 2; 54, comma 1; 65, comma 3), sulla base di quanto prescritto, per vero in forma piuttosto criptica, dall'art. 30, comma 1, lett. t), della legge delega n. 413/1991, in stretta connessione con l'istituto del c.d. obbligo di patrocinio, viceversa mancante nella precedente normativa (cfr. C. GLENDI, *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, cit., pp. 862, 917 e 926). Dall'insieme delle norme sopra ricordate risulta chiaramente introdotto nel nuovo processo tributario l'istituto della costituzione in giudizio quale forma necessaria per rendere un soggetto parte in senso formale nel giudizio stesso, con tutte le inerenti implicazioni processuali attive (formulazione di istanze, presentazione di memorie, ecc.) e passive (comunicazioni di atti e così via). Restano peraltro ancora oggi estranee al processo tributario, sia la particolare disciplina delle costituzioni tempestive, o ritardate, o tardive, o ultratardive, o financo postume, che complicano non poco la fase introduttiva del processo civile, sia le disposizioni relative al c.d. processo contumaciale.

Lo stesso vale, per ulteriormente specificare l'esempio appena fatto, riguardo all'art. 63, comma 2, *DLGS 546/1992*, dove la disposizione per cui la mancata riassunzione in termini del processo o l'estinzione dello stesso una volta che sia stato tempestivamente riassunto, dopo la pronuncia della Corte di cassazione, determinano l'estinzione dell'intero processo, non accompagnata dall'esplicita «salvezza» del principio di diritto sancita nell'ultima parte dello stesso art. 393 *CPC* da cui deriva, porta, come sopra già si è visto, ad escludere che nel processo che ne occupa questo principio di diritto possa trovare concreta attuazione fungendo la sola parte della disposizione riportata da parametro negativo riguardo al giudizio di compatibilità in ordine a quell'altra parte della stessa disposizione di provenienza, secondo la regola generale dell'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*.

Alla base v'è certamente stata, anche qui, da parte del legislatore, l'esigenza comune di facilitare l'opera d'integrazione, eliminando sul piano interpretativo le maggiori incertezze, inevitabilmente lasciate dal troppo generale criterio indicato dall'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*. Peraltro, il modo attraverso il quale questa esigenza è stata soddisfatta non è lo stesso e, nel caso qui specificamente considerato, appare molto più avanzato ed evoluto.

Non si è più in presenza di un semplice rinvio positivamente o negativamente fatto a singole disposizioni o a gruppi di disposizioni del codice di procedura civile. Si ha qui la predisposizione di tessuti normativi ormai completi nella loro autonoma specialità e quindi direttamente entrati a far parte di quelle «norme del presente decreto» a cui si riferisce l'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*. In quanto tali, sono ormai in grado di fungere, essi stessi, quali parametri per il giudizio di compatibilità ai fini dell'applicabilità di altre norme del codice di procedura civile in questo contesto.

È quanto può riscontrarsi riguardo all'art. 23, comma 3, *DLGS 546/1992*, che mantiene la propria valenza anche in ordine alla prescritta proposizione nelle controdeduzioni (peraltro senza comminatoria di specifiche sanzioni in difetto) delle «eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio», benché siffatta prescrizione, contenuta nell'art. 167 *CPC*, così come risalente all'epoca dell'entrata in vigore del *DLGS 546/1992*, sia poi stata tolta con l'art. 3 della legge 20 dicembre 1995, n. 534.

## **6. Condizioni per l'applicabilità delle norme del codice di procedura civile**

La possibilità per l'interprete di fare ricorso, nel processo tributario, alle disposizioni del codice di procedura civile è subordinata, come si è avuto modo di ricordare più volte, a norma della citata disposizione di cui all'art. 1, comma 2, *DLGS 546/1992*, alla sussistenza di due condizioni: la prima (negativa) è l'omessa previsione della fattispecie da parte del *DLGS 546/1992*; la seconda (positiva) è la sussistenza della compatibilità tra la norma del codice di procedura civile da applicare e le disposizioni del *DLGS 546/1992*.

Quanto alla prima condizione essa consiste nel fatto che la ricognizione delle norme di cui al *DLGS 546/1992* non consente di trovare una disposizione applicabile alla fattispecie da risolvere. Da rimarcarsi al riguardo che la mancata disciplina da parte del *DLGS 546/1992* deve risultare tale anche all'esito infruttuoso di un'interpretazione estensiva delle norme in tale decreto legislativo contenute<sup>36</sup>.

Verificata la condizione negativa sopra indicata, va quindi riscontrata la sussistenza della seconda condizione (compatibilità tra la norma del codice di procedura civile da applicare e le disposizioni del *DLGS 546/1992*). Al riguardo l'interprete deve innanzitutto individuare la norma del codice di procedura civile idonea a risolvere il caso sottoposto al suo giudizio; in secondo luogo deve effettuare la valutazione di compatibilità fra la disciplina generale contenuta nel *DLGS 546/1992* e quella risultante dall'applicazione della specifica norma del codice di procedura civile come sopra individuata, in modo che la disciplina risultante non risulti viziata sotto il profilo della razionalità del sistema ovvero, in positivo, sia apprezzabile in termini di coerenza e adeguatezza.

Secondo la dottrina la valutazione di compatibilità fra due norme si risolve in sostanza nel riconoscimento del loro simultaneo impiego in termini corrispondenti alla funzione propria di ciascuna di esse<sup>37</sup>.

Più in particolare, secondo una pronuncia della Suprema corte richiamata anche dalla circolare n. 98/E del 23 aprile 1996 del Ministero delle finanze<sup>38</sup> «l'indagine ricognitiva va scandita in due momenti, occorren-

<sup>36</sup> V. circolare n. 98/E del 23 aprile 1996 del Ministero delle finanze, in "Il Fisco", (1996), p. 4526.

<sup>37</sup> C. GLENDI, *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, cit., p. 838.

<sup>38</sup> In dottrina vedi M. SCUFFI, in *Il nuovo processo tributario*, Milano, (1997), p. 7.

do accertare se anche nel processo tributario si configuri, senza essere disciplinata direttamente o indirettamente dalla legge relativa, una situazione processuale avente le stesse caratteristiche di quella oggetto delle disposizioni richiamate; e, in secondo luogo, se la disciplina risultante dalle stesse sia compatibile, o meno, con norme del processo tributario ..., intesa l'incompatibilità non solo come contrasto assoluto, ma anche limitato e tuttavia tale da comportare una disarmonia che non può ritenersi autorizzata»<sup>39</sup>.

Invero il limite della compatibilità è da considerarsi connaturato all'applicazione di norme di rinvio, come già affermato dalla giurisprudenza della Suprema corte. Al riguardo infatti si era osservato che quando, per espresso rinvio di legge, un complesso di norme, dettate per la disciplina di una determinata materia, debba applicarsi anche ad un istituto analogo, la concreta applicabilità della singola disposizione di quel complesso di norme all'istituto regolato *per relationem* trova limite nella compatibilità della disposizione medesima con la peculiarità dell'istituto in questione; limite che normalmente viene espressamente formulato dalla norma di rinvio con le espressioni «in quanto compatibile», od «in quanto non diversamente disposto», od altre analoghe, ma che comunque, anche se non espressamente formulato, deve ritenersi necessariamente implicito nell'ampia e generica portata del rinvio in questione; da ciò consegue che, al fine di stabilire se una singola disposizione, compresa nel complesso normativo richiamato dalla norma di rinvio, sia applicabile o meno all'istituto disciplinato *per relationem*, l'interprete deve compiere una duplice indagine: la prima, diretta ad individuare il significato ed il valore normativo della disposizione della cui applicabilità si discute, cogliendone il criterio precettivo, reso più ampio dalla norma di rinvio e, quindi, eventualmente trascendente la formulazione meramente letterale, che potrebbe riferirsi solo alla materia specificamente disciplinata; la seconda, volta a stabilire se la disposizione, così interpretata, non trovi ostacolo alla sua applicazione in qualche aspetto o caratteristica particolare dell'istituto disciplinato mediante rinvio<sup>40</sup>.

<sup>39</sup> Cass., 16 gennaio 1986, n. 210, in "Il Fisco", 1986, p. 655; v. pure P. Russo, *Il processo tributario*, cit., p. 11; già Allorio avvertiva che «l'analogia dal diritto processuale civile al diritto processuale tributario dovrà poi escludersi per talune norme, che attentamente considerate rivelano la loro non assimilabilità, nell'ambito d'un processo officioso» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 49).

<sup>40</sup> Cass., 10 marzo 1976, n. 1531, in "Il Fisco", (1976), p. 1976.

## 7. Le singole norme ritenute compatibili

Da un'analisi della giurisprudenza di legittimità possono ricavarsi indicazioni concrete circa la ritenuta applicabilità di norme del codice di procedura civile al contenzioso tributario.

In particolare sono state espressamente ritenute compatibili con il DLGS 546/1992 un cospicuo e rilevante numero di norme del codice di procedura civile.

Segnatamente, l'art. 5 CPC, relativo al principio della *perpetuatio iurisdictionis* (di particolare rilievo a seguito della riforma dell'art. 2, DLGS 546/1992 ad opera dell'art. 12, comma 2, della L 28 dicembre 2001, n. 448, che, senza norme transitorie, a decorrere dal 1° gennaio 2002 ha ampliato la competenza giurisdizionale delle Commissioni tributarie)<sup>41</sup>; l'art. 39 CPC, sulla litispendenza e continenza di cause<sup>42</sup>; gli artt. 115 e 116 CPC, sui poteri del giudice nella valutazione delle prove<sup>43</sup>; l'art. 134 CPC, sugli obblighi di comunicazione delle ordinanze<sup>44</sup>; l'art. 214 CPC, sull'onere

<sup>41</sup> V. Cass., SU, 22 febbraio 2007, n. 4109 e Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in "Il Fisco", (2007), p. 4152, che danno il via libera all'introduzione nel nostro sistema processuale della *translatio iudicii* dal giudice ordinario a quello speciale (e viceversa), ammessa fino ad oggi dal codice di procedura civile soltanto per le questioni di competenza tra giudici della stessa giurisdizione. V. pure Cass., 5 maggio 2003, n. 6774, in "Il Fisco", (2003), p. 3673; nel caso affrontato dalla Cassazione in tale sentenza l'applicazione del principio di cui all'art. 5 del codice di procedura civile al processo tributario è avvenuta secondo l'interpretazione che dello stesso articolo è stata data dalla giurisprudenza, nel senso che le controversie rientranti prima del 1° gennaio 2002 nella giurisdizione del giudice ordinario, ma per errore promosse all'epoca avanti alle Commissioni tributarie, rimangono definitivamente radicate presso queste ultime: ciò poiché il suddetto principio di cui all'art. 5 del codice di procedura civile sancisce l'irrelevanza, ai fini della determinazione della giurisdizione, dei mutamenti legislativi successivi alla proposizione della domanda nei soli casi in cui il sopravvenuto mutamento normativo privi il giudice della giurisdizione, ma non invece nei casi in cui esso comporti l'attribuzione della giurisdizione al giudice che ne era privo, ma avanti al quale il processo venne erroneamente instaurato (Cass., SU, 19 febbraio 2002, n. 2415, in "Giurisprudenza italiana", [2002], I, 1, c. 1708; Cass., 6 maggio 2002, n. 6487, in "Massimario della Giurisprudenza italiana", [2002], voce *Competenza e giurisdizione civile*).

<sup>42</sup> Cass., 30 ottobre 2000, n. 14281, in "Il Fisco", (2001), p. 1919, e con nota di C. GLENDI, in "GT - Rivista di giurisprudenza tributaria", (2001), p. 1223; Cass., 10 aprile 2000, n. 4509, in "Il Fisco", 2000, p. 12049, con nota di G. LAMBERT; in "Rivista del notariato", (2001), II, p. 182, con nota di GARREFFA.

<sup>43</sup> Cass., 17 gennaio 2002, n. 443; Cass., 3 settembre 2001, n. 11354, entrambe in banca dati "Il fiscovideo".

<sup>44</sup> Cass., 19 aprile 2001, n. 5807, in "Giurisprudenza delle imposte", (2001), p. 1018.

di disconoscimento della sottoscrizione<sup>45</sup>; gli artt. 274 e 335 *CPC*, sulla riunione dei giudizi (sia in primo grado sia in appello), nonché sulla natura di tale provvedimento giudiziale di riunione (a carattere meramente ordinatorio, insuscettibile di impugnazione) e sugli effetti (non invalidanti) della erronea adozione o mancata adozione del provvedimento di riunione medesimo<sup>46</sup>; l'art. 295 *CPC*, sulla sospensione necessaria in caso di «questione incidentale pregiudiziale» pendente in altro processo, senza che si ponga di ostacolo all'applicazione dell'art. 295 *CPC* la formulazione limitativa di cui all'art. 39, *DLGS* 546/1992<sup>47</sup>; gli artt. 101 e 156 *CPC*, sulla nullità del procedimento quale conseguenza della violazione della disposizione relativa all'obbligo della segreteria della competente Commissione di dare comunicazione alle parti della data stabilita per la trattazione della controversia almeno trenta giorni liberi prima della data all'uopo fissata<sup>48</sup>; gli artt. 291 e 350 *CPC*, sugli obblighi del giudice di ordinare la rinnovazione della notifica nulla<sup>49</sup>; gli artt. 343 e 346 *CPC*, nel senso che la parte totalmente vittoriosa in primo grado non ha l'onere di proporre, in ipotesi di gravame presentato dal soccombente, appello incidentale per dolersi del mancato accoglimento di eccezioni di rito o di merito o di ragioni della domanda, essendo a tal fine sufficiente una loro specifica riproposizione a norma dell'art. 346 *CPC*<sup>50</sup>.

### 8. *Le ipotesi controverse: l'interrogatorio libero e l'interrogatorio formale*

Accanto alle norme compatibili, bisogna ricordare l'esistenza di quei principi speciali, i quali fanno della materia del processo tributario un autonomo ramo del diritto e non permettono l'assimilazione di istituti precipui del processo civile.

<sup>45</sup> Cass., 28 agosto 1999, n. 9054, in "Il Fisco", (2000), p. 9083.

<sup>46</sup> Cass., 11 febbraio 2003, n. 2013, in "Il Fisco", (2003), p. 1870.

<sup>47</sup> Cass., 18 luglio 2002, n. 10509, in "Il Fisco", (2002), p. 6749; Cass., 20 novembre 2001, n. 14587, in "Giurisprudenza delle imposte", (2002), p. 303; Cass., 22 giugno 2001, n. 8567, in "Il Fisco", (2002), p. 2144; Cass., 4 giugno 2001, n. 7506, in "GT - Rivista di giurisprudenza tributaria", (2001), p. 1218; Cass., 10 aprile 2000, n. 4509, cit.

<sup>48</sup> Cass., 12 febbraio 2002, n. 1951, in banca dati "Il fiscovideo"; Cass., 6 marzo 2000, n. 2509, in "Massimario della Giurisprudenza italiana", voce *Imposte e tasse in genere*.

<sup>49</sup> Cass., 2 agosto 2000, n. 10136, in banca dati "Il fiscovideo".

<sup>50</sup> Cass., 27 novembre 2002, n. 16768, in banca dati "Il fiscovideo".

In particolare, l'istruzione probatoria del processo tributario pone degli elementi di differenziazione con la relativa regolamentazione processuale civile, tali che più di una volta sono state sollevate eccezioni di incostituzionalità delle norme processual-tributaristiche.

Se dunque il divieto di prova testimoniale resta una delle peculiarità più evidenti della differente disciplina, alcuni istituti trovano menzione nel DLGS 546/1992 in funzione della disciplina che ne regola la ammissibilità o, al contrario, che ne statuisce la preclusione all'interno del processo tributario; in tal senso e per mero esempio, si rammentano, da un lato, l'esperibilità della consulenza tecnica e, dall'altro, l'inammissibilità già richiamata della prova testimoniale e del giuramento.

Altri mezzi istruttori tipici del processo civile, invece, non sono affatto citati nel corpo normativo del DLGS 546/1992 e l'indagine su tale carenza immediatamente riconduce all'interrogatorio libero e all'interrogatorio formale, rispettivamente previsti agli artt. 117 e 230 e ss. CPC, nonché alla possibilità di ammissione di queste due figure processuali nel rito tributario<sup>51</sup>.

L'interrogatorio formale (artt. 230 e ss. CPC) è il mezzo di prova che il giudice ammette con ordinanza e che tende a provocare la confessione giudiziale della parte, differenziandosi in tal modo dalla prova testimoniale che, invece, implica dichiarazioni rese da un terzo.

Condizione necessaria di tale mezzo istruttorio è che la parte interrogata risponda personalmente. Essa, ex art. 231 CPC, non può servirsi di scritti preparati, ma il giudice può consentire di valersi di note o appunti, quando deve fare riferimento a nomi o a cifre, o quando particolari circostanze lo consigliano.

La conseguenza della mancata presentazione della parte all'udienza fissata ovvero del rifiuto di quest'ultima a rispondere non formano la cosiddetta *ficta confessio*, di cui all'abrogato art. 218 CPC, ma solo una presunzione semplice che, secondo quanto statuito dalla giurisprudenza della Suprema corte<sup>52</sup>, consente di desumere solo elementi indiziari a favore della avversa tesi processuale, prevedendo così che il giudice possa ritenere come ammessi i fatti dedotti nell'interrogatorio «valutato ogni altro elemento di prova».

<sup>51</sup> Sul punto, v. A. RUSSO, *L'ammissibilità dell'interrogatorio, libero e formale, nel processo tributario*, in "Il Fisco", (2007), p. 2659.

<sup>52</sup> In tal senso, per esempio, Cass., 26 febbraio 2003, n. 2864, in "Massimario della Giurisprudenza italiana", voce *Interrogatorio civile*.

L'interrogatorio formale ad istanza di parte è composto da articoli separati e specifici ed in quanto tale si differenzia dall'interrogatorio libero delle parti, che, viceversa, rientra nei poteri del giudice ed è esperibile in qualunque stato e grado del processo.

L'interrogatorio libero riscontra natura diversa da quello formale ad istanza di parte anche perché il primo può anche giovare alla parte<sup>53</sup>, essendo funzionale ad un miglior chiarimento ovvero ad una spiegazione al giudice delle ragioni addotte dalla stessa, mentre il secondo è diretto a provocare dichiarazioni contrarie all'interesse di chi le rende.

Tanto premesso, resta la necessità di procedere alla verifica intorno l'esistenza (ed eventualmente individuarne la precisa identità) di una legittima porta di ingresso per tali istituti nel processo tributario. In tal senso, l'esame deve preliminarmente sempre tener conto dei principi contenuti nella norma di cui al comma 2 dell'art. 1, *DLGS 546/1992* e del rinvio, in esso contenuto, alle norme del codice di procedura civile. Quindi, l'intervento delle norme del codice di procedura civile è configurabile solo nel concorso dei tre presupposti, individuabili in una lacuna nella normativa speciale del *DLGS 546/1992*<sup>54</sup>; l'impossibilità di superare detta lacuna per mezzo di una interpretazione estensiva di una o più norme dello stesso decreto legislativo; la compatibilità della norma del codice di procedura civile, eventualmente adottata, con i principi della normativa speciale<sup>55</sup>.

Di conseguenza, accantonando – solo in via temporanea – la verifica su eventuali interpretazioni estensive di una o più norme del citato decreto legislativo, possono essere individuate una astratta lacuna nel corpo normativo del *DLGS 546/1992*, stante il fatto che il legislatore – all'interno del medesimo – non ha speso, ad alcun titolo, il termine «interrogatorio» e una potenziale compatibilità dell'interrogatorio – libero

<sup>53</sup> V. C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, vol. II, Torino, (2007), p. 176, per il quale «l'interrogatorio libero si contrappone all'interrogatorio formale proprio perché, non potendo dar luogo ad una vera e propria confessione, consente alla parte di parlare al giudice liberamente – e non senza la prospettiva di giovare alla propria tesi – dei fatti di causa, mentre consente al giudice – che perciò può disporlo d'ufficio – di informarsi liberamente su quei fatti, superando i rigidi schemi delle contrapposte allegazioni».

<sup>54</sup> Così la locuzione «per quanto da esse non disposto e con esse compatibili» usata dal legislatore, *ex* comma 2 dell'art. 1, *DLGS 546/1992*, in riferimento alle norme contenute nell'intero decreto legislativo citato.

<sup>55</sup> Cfr. anche F. BARTOLINI e N. REPREGOSI, *Il codice del nuovo contenzioso tributario*, Piacenza, (1996), p. 47.

e formale – con i principi del processo tributario.

Si può, infatti, rilevare che il legislatore del nuovo rito quando ha voluto porre un limite all'introduzione di mezzi istruttori ha agito in maniera chiara e diretta; infatti ha espressamente vietato solo la prova testimoniale ed il giuramento e pertanto, *tam dixit quam voluit*, non si vede come si possa inibire il ricorso all'interrogatorio, formale o libero.

Inoltre, entrambi i tipi di interrogatorio finiscono con l'assumere una funzione «garantista» perché demandano ad un soggetto *super partes* (il giudice) il potere di esaminare i fatti attraverso un mezzo analogo a quello che altre leggi conferiscono, nella fase amministrativa stragiudiziale, solo ad una delle parti in causa (l'ufficio impositore)<sup>56</sup>.

I mezzi processuali di cui trattasi concorrono, sia pure in maniera diversa, al convincimento del giudice e, pertanto, favoriscono non poco l'esigenza di certezza intorno all'istruzione probatoria della causa e la debenza del tributo cui la medesima è diretta.

In particolare, l'interrogatorio libero, pur non essendo un vero e proprio mezzo di prova e pur non determinando dichiarazioni di natura confessoria, può concorrere – anche unicamente – a costituire il fondamento del convincimento del giudice<sup>57</sup>. Allo stesso modo, l'interrogatorio formale è direttamente correlato, come detto, a rendere la confessione che, vista la «disponibilità» *lato sensu* intesa dell'obbligazione tributaria per intervento della conciliazione giudiziale<sup>58</sup> (art. 48, DLGS 546/1992), può<sup>59</sup>

<sup>56</sup> Così, ad esempio, in una lite in materia di IRPEF la Commissione tributaria potrà esercitare i poteri disciplinati dagli artt. 32 e 33, DPR 29 settembre 1973, n. 600 e terrà in debita considerazione il limite espresso nella parte finale dell'art. 7, comma 1, DLGS 546/1992 («Le commissioni tributarie, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta») che confina tali poteri alla imposta per la quale si controverte, escludendosi l'esercizio di poteri attribuiti per altri tributi (v. L.P. COMOGLIO, *Istruzione probatoria e poteri del giudice nel nuovo processo tributario*, in "Diritto e pratica tributaria", [1994], p. 49).

<sup>57</sup> Cass., 15 maggio 2005, n. 15019, in "Giurisprudenza italiana", (2006), I, 1, c. 469; Cass., 2 aprile 2004, n. 6510, in "Massimario della Giurisprudenza italiana", (2004), voce *Interrogatorio civile*.

<sup>58</sup> Sulla natura transattiva della conciliazione giudiziale si rinvia a D. RICCIO, *La conciliazione giudiziale*, in "Rivista della Scuola superiore dell'economia e delle finanze", (2007), fasc. 2, soprattutto *sub* §§ 2, 3 e 4.

<sup>59</sup> A. SOCCI e P. SANDULLI, *Manuale del nuovo processo tributario*, Bologna, (1997), p. 203; G. BELLAGAMBA, *Il nuovo processo tributario*, Torino, (1993), p. 68.

essere resa anche dal contribuente nei confronti dell'Amministrazione non intervenendo il divieto di cui all'art. 2733, comma 2, CC<sup>60</sup>.

A questo punto resta da esaminare la possibilità di ricorrere ad interpretazioni estensive delle norme del DLGS 546/1992 che, se adottate, relativamente al tema di cui trattasi, finirebbero con l'inibire o limitare la applicabilità della norma di rinvio di cui all'art. 1, DLGS 546/1992 e quindi l'ammissibilità di una o entrambe le figure di interrogatorio contemplate dal codice di procedura civile.

Tale taglio restringe il suo campo d'azione ad uno dei principali punti di riferimento normativo dell'istruzione probatoria nel rito tributario: il comma 1 dell'art. 7, DLGS 546/1992<sup>61</sup>.

Va preliminarmente sottolineato che la disposizione di cui sopra permette alle Commissioni tributarie, parimenti alle facoltà concesse dalla normativa tributaria – in via stragiudiziale – all'Amministrazione, di invitare il contribuente a comparire di persona al fine di fornire dati, chiarimenti e notizie rilevanti per la decisione; la *ratio* della norma concede così al giudice un potere analogo a quello del Fisco, utile a determinare – come dianzi già si è accennato – un sostanziale riequilibrio tra le parti in contraddittorio; infatti, conferendo tale potere al giudice, l'art. 7 opera una vera e propria compensazione della posizione di privilegio sostanziale delle facoltà che il fattore temporale, necessariamente e preliminarmente, concede agli operatori dell'interesse pubblico erariale.

Ebbene, si rammenta, infatti, che l'art. 7 consente alle Commissioni tributarie di «richiedere apposite relazioni ad organi tecnici dell'amministrazione dello Stato o di altri enti pubblici» (comma 2) e dà, inoltre, alle stesse la facoltà di ordinare «accessi» (comma 1)

Ora, appare abbastanza chiaramente una certa identificazione tra l'art. 7, DLGS 546/1992 e gli artt. 118 e 213 CPC<sup>62</sup>.

<sup>60</sup> Art. 2733 CC («Confessione giudiziale»), commi 1 e 2: «È giudiziale la confessione resa in giudizio [2735 CC; 228 CPC]. Essa forma piena prova contro colui che l'ha fatta, purché non verta su fatti relativi a diritti non disponibili [c.c. 2730 e 2731]».

<sup>61</sup> Per il quale «Le commissioni tributarie, ai fini istruttori e nei limiti dei fatti dedotti dalle parti, esercitano tutte le facoltà di accesso, di richiesta di dati, di informazioni e chiarimenti conferite agli uffici tributari ed all'ente locale da ciascuna legge d'imposta».

<sup>62</sup> Art. 118 CPC («Ordine d'ispezione di persone e di cose»), comma 1: «Il giudice può ordinare alle parti e ai terzi di consentire sulla loro persona o sulle cose in loro possesso le ispezioni che appaiono indispensabili per conoscere i fatti della causa [art. 258 CPC; artt. 92, 93, 94, 95, DACPC], purché ciò possa compiersi senza grave danno per la parte [artt.

Infatti, le facoltà «di accesso» e «di richiesta di apposite relazioni» costituiscono poteri istruttori conferiti al giudice tributario e rispettivamente riconducibili a quelli contenuti nel codice di procedura civile agli artt. 118 (disposizione d'ufficio di ispezione di persone o di cose) e 213 (richiesta d'ufficio di informazioni scritte alla pubblica amministrazione).

Tali norme processual-civilistiche formano quei «casi previsti dalla legge» di cui all'art. 115 *CPC* che si pongono come eccezioni alla regola – contenuta nella medesima norma – del c.d. «principio dispositivo», laddove quest'ultimo criterio vieta al giudice di fondare il proprio convincimento mediante mezzi istruttori disposti d'ufficio, quindi non proposti dalle parti.

Dunque, la risposta, al quesito sul rapporto tra art. 7, *DLGS* 546/1992 e art. 117 *CPC*, ovvero sulla possibilità che una interpretazione estensiva del primo finisca con l'assorbire il secondo, deve ritenersi affermativa, alla luce di una analisi strutturale dell'intero art. 7 da compararsi con alcune norme parallele del codice di procedura civile in tema di istruzione probatoria.

A questo punto, è tesi tutt'altro che peregrina ritenere che anche la richiesta di chiarimenti, di cui all'art. 7, comma 1, *DLGS* 546/1992 rifletta l'art. 117 *CPC*; tale opinione è rafforzata dalla considerazione che il legislatore, nel rispetto dell'art. 30 della legge delega n. 413/1991, volendo adottare nelle controversie tributarie un modello pressoché analogo a quello del procedimento civile, abbia inteso tradurre gli artt. 117, 118 e 213, *CPC* all'interno dell'art. 7, facendo in modo che gli effetti tipici dei primi si riproducessero attraverso l'ingresso creato da quest'ultima norma.

Pertanto, l'interpretazione estensiva dell'art. 7, *DLGS* 546/1992 finisce con il colmare il silenzio intorno il termine «interrogatorio libero», non adottato dal legislatore in materia di contenzioso tributario, rendendo nel contempo inapplicabile il rinvio *ex* comma 2 dell'art. 1, *DLGS* 546/1992 all'art. 117 *CPC*. Pur tuttavia, va evidenziato che la «richiesta ... di informazioni e chiarimenti» *ex* art. 7, utile ad ordinare la comparizione personale

260, 262, *CPC*] o per il terzo, e senza costringerli a violare uno dei segreti previsti negli articoli 351 e 352 [artt. 351, 352, *CPC*] del codice di procedura penale [artt. 13, 14 *Cost.*]. Art. 213 *CPC* («Richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione»): «Fuori dei casi previsti negli articoli 210 e 211, il giudice può richiedere d'ufficio alla pubblica amministrazione le informazioni scritte relative ad atti e documenti dell'amministrazione stessa, che è necessario acquisire al processo».

della parte, comprende (in un'ottica interpretativa estensiva degli effetti della norma) l'interrogatorio libero *ex art. 117 CPC*, riproducendone largamente gli esiti. La comparazione dei principi che reggono l'istruzione probatoria dei due riti non fa altro che confortare la tesi appena espressa.

In effetti, l'art. 7 è utile a conferire al rito tributario natura di «processo dispositivo con poteri di acquisizione probatoria»<sup>63</sup>; concordemente la dottrina prevalente ritiene tale procedimento regolato dal principio dispositivo quanto all'allegazione dei fatti e da un, non illimitato<sup>64</sup>, principio inquisitorio per quanto concerne l'acquisizione della prova.

L'istruzione probatoria del giudizio civile, regolata secondo autorevole dottrina da un «principio dispositivo attenuato»<sup>65</sup>, è retta da un criterio largamente simile che prevede maggiori restrizioni alle ipotesi di iniziativa d'ufficio del giudice<sup>66</sup>, salvo poi un regime specifico quando si discute di controversie di lavoro o di divorzio.

In tal senso, la larga comunanza che regge l'istruzione probatoria di entrambi i procedimenti implica, giocoforza, la trasmigrazione – a titolo diretto o, come si è visto, indiretto – degli istituti processuali del rito civile in quello tributario e, pertanto, dell'interrogatorio libero *ex art. 117 CPC* nella richiesta di chiarimenti di cui all'art. 7.

L'interrogatorio formale *ex artt. 230 e ss. CPC*, invece, è un procedimento probatorio strumentale che, in quanto soggetto alla regola della disponibilità delle prove in capo alle parti (art. 115 *CPC*), può essere disposto soltanto ad istanza dell'interessato<sup>67</sup> e, pertanto, non appartiene ai poteri d'ufficio del giudice.

<sup>63</sup> V. AZZONI, *Considerazioni sui poteri istruttori del giudice tributario anche alla luce dei corsi organizzati dal Consiglio di Presidenza*, in "Il Fisco", (2002), p. 4131.

<sup>64</sup> A. COLLI VIGNARELLI, *Limiti all'esercizio dei poteri istruttori delle Commissioni e natura del processo tributario*, "Il Fisco", (2002), p. 5729; C. GLENDI, *Commentario alle leggi sul contenzioso tributario*, cit., p. 753; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, (1999), p. 671; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, (1999), p. 481; L.P. COMOGLIO, *Istruzione probatoria e poteri del giudice nel nuovo processo tributario*, cit., p. 70.

<sup>65</sup> C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 93.

<sup>66</sup> C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 93; V. AZZONI, *Considerazioni sui poteri istruttori del giudice tributario anche alla luce dei corsi organizzati dal Consiglio di Presidenza*, cit., p. 4131.

<sup>67</sup> L'istanza di parte non obbliga il giudice all'ammissione dell'interrogatorio: l'effettiva utilità di questo istituto nel processo in corso va valutata mediante l'esercizio dei poteri discrezionali del giudice, insindacabili in sede di legittimità, ben potendosi rigettare la rela-

Tale estraneità pone detto istituto fuori del campo d'azione delle ordinanze istruttorie disposte d'ufficio mediante i «poteri delle commissioni tributarie», ex art. 7, DLGS 546/1992, impedendo pertanto il ricorso ad ogni tipo di interpretazione estensiva della citata norma.

Inoltre, come già accennato, l'interrogatorio formale può ritenersi altresì ammissibile in quanto il divieto di confessione operante in presenza di diritti indisponibili, di cui all'art. 2733 CC, non può esplicare effetti nel contenzioso tributario per la presenza dell'art. 48, DLGS 546/1992 («Conciliazione giudiziale») che permette alle parti di transigere intorno all'oggetto della lite<sup>68</sup>.

### 9. Segue: limiti di ammissibilità

In ordine ai limiti di ammissibilità ed opportunità degli istituti illustrati occorre soffermarsi sulla parte, o sulle parti, che ne restano processualmente coinvolte.

In tal senso, si deve evidenziare che lo *ius impositionis* vantato dall'ufficio necessariamente deve concretizzarsi in una prova che non può maturare nel corso del processo e che, pertanto, resta avulsa da qualsivoglia tipo di integrazione probatoria.

Ebbene, poiché, come si è avuto modo di rilevare *supra*, l'interrogatorio libero (rappresentato, in materia, dalla richiesta di informazioni e chiarimenti ex art. 7) è un mezzo che sostanzialmente può anche giovare alla parte che rende la dichiarazione, allora il campo dei chiarimenti riservati all'ufficio è da ritenersi estremamente ristretto e dovranno ritenersi inammissibili tutte quelle dichiarazioni che finiscano con il sanare eventuali carenze dell'attività accertatrice.

Diversamente, entrambe le parti sono da ritenersi legittimate a produrre istanza di interrogatorio formale alla controparte al fine di farle rendere la confessione, sebbene appaia più probabile un utilizzo maggiore da parte degli uffici finanziari. Quest'ultima, infatti, generalmente è resa

tiva richiesta, qualora egli ritenesse che l'esistenza dei fatti, oggetto dell'interrogatorio, sia già esclusa dalle prove raccolte (in tal senso, v. Cass., 13 giugno 2005, n. 12702, in "Guida al diritto", (2005), fasc. 28, p. 77). In effetti, le esigenze di speditezza e celerità alle quali è improntato il processo tributario impongono alle Commissioni tributarie una ristretta applicazione dell'interrogatorio, che spesso viene utilizzato per finalità meramente dilatorie.

<sup>68</sup> V. D. RICCIO, *La conciliazione giudiziale*, cit., sub § 4.

dalla parte convenuta, mentre è notorio che l'Amministrazione finanziaria, pur non avendo instaurato la lite, assume nel processo tributario il ruolo di parte attrice, essendo gravata dall'onere probatorio ovvero dalla dimostrazione dei fatti costitutivi della sua pretesa (*onus probandi incumbit ei qui dicit*), sia con riguardo all'*an* che al *quantum debeatur*.

Infatti, nel processo tributario ed in tema di atti impositivi, relativamente all'assolvimento dell'*onus probandi*, la giurisprudenza è univoca e costante nel conferire, in via pregiudiziale, valenza determinante alla motivazione<sup>69</sup> dell'avviso di accertamento.

Anche l'abrogazione del comma 3 dell'art. 7, DLGS 546/1992 («È sempre data alle commissioni tributarie facoltà di ordinare alle parti il deposito di documenti ritenuti necessari per la decisione della controversia»), intervenuta ex art. 3-bis, comma 5, DL 30 settembre 2005, n. 203, e vari responsi giurisprudenziali della Suprema corte<sup>70</sup> hanno di fatto imposto all'ufficio una posizione largamente «attiva» nel processo tributario, finanche nelle liti in cui la materia del contendere (esempio: istanze di rimborso rigettate dall'Amministrazione ovvero coinvolte da silenzio-rifiuto da parte di quest'ultima) comportava oneri probatori meno rigidi in capo a quest'ultimo.

La possibilità di introduzione dell'interrogatorio, libero e formale, nel processo tributario deve necessariamente essere valutata all'interno delle norme che lo disciplinano (DLGS 546/1992) e nella medesima ottica legislativa che ha voluto il contenzioso tributario assimilato al processo civile. Pertanto, nel rispetto del principio «*ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*»: la «richiesta ... di informazioni e chiarimenti» di cui all'art. 7, DLGS 546/1992, interpretata estensivamente, contiene le medesime finalità e gli effetti dell'interrogatorio libero che, pertanto, trova ingresso nel processo tributario sotto la veste giuridica rappresentata dalla predetta norma, senza ricorso al combinato disposto degli artt. 1, com-

<sup>69</sup> Essa è una componente necessaria dell'atto amministrativo così come prescritto dalla L 7 agosto 1990, n. 241 e ha assunto il rango di principio con l'intervento dello Statuto del contribuente (L 27 luglio 2000, n. 212).

<sup>70</sup> Così Cass., 11 gennaio 2006, n. 366, in «Il Fisco», (2006), p. 725: «l'art. 3-bis della L 248/2005 elimina ogni possibile limitazione al principio di legalità consacrato sul piano probatorio dall'art. 2697 CC che impone dimostrazione – da parte di chi esercita lo *ius impositionis* – dei presupposti di fatto del credito fiscale controverso». V. pure Cass., 2 marzo 2004, n. 4239, in «Il Fisco», (2004), p. 2955.

ma 2, DLGS 546/1992 e 117 CPC; l'interrogatorio formale, ex art. 230 CPC, è da ritenersi ammissibile – in considerazione della sussistenza della fattispecie astratta prevista dal comma 2 dell'art. 1, DLGS 546/1992 – e deferibile solo alla parte contribuente, unica deputata a rendere la confessione e sostanzialmente convenuta in giudizio.

Tuttavia, è comunque doveroso sottolineare che l'istruzione probatoria del contenzioso tributario, necessariamente celere e largamente improntata su elementi documentali, impone alle Commissioni tributarie un utilizzo, in via estremamente residuale, degli strumenti processuali offerti dalla richiesta ex art. 7, comma 1, DLGS 546/1992 e dall'interrogatorio formale ex art. 230 CPC.

### **10. La genesi del sistema processuale speciale**

Da quanto sopra esposto, possono in larga misura farsi derivare conseguenze di ordine sistematico in tema di diritto processuale tributario. Ciò non involge il concetto di «diritto processuale comune»<sup>71</sup> (che, per taluno è una anacronistica riesumazione di un vecchio mito<sup>72</sup>), ma va considerato che, già a partire dalla riforma del 1972, la realtà dei rapporti fra normativa processuale tributaria e diritto processuale civile risultava profondamente cambiata, costituendo il DPR 636/1972, integrato dal DPR 739/1981, un *corpus* di norme processuali sufficientemente omogenee e in grado di esprimere al proprio interno potenzialità interpretative difficilmente accreditabili alla normativa tributaria anteriforma. Inoltre, l'art. 39 del DPR 636/1972, non esauriva la sua portata in un esplicito riconoscimento del richiamo al diritto processuale civile, ma prescindeva da questo profilo, dettando, invece, una graduatoria di riferimenti che attribuivano alla norma stessa un contenuto più vario e rigido, ponendo così le basi per genesi di un vero e proprio sistema di diritto processuale (tributario).

Sicché l'attuale portata dell'art. 1, comma 2, DLGS 546/1992 e dell'insieme delle norme risultanti da questo decreto e dalle norme del codice di procedura civile, va per l'appunto considerata in tale direzione<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> V. soprattutto, E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., pp. 1-9.

<sup>72</sup> C. GLENDI, *Rapporti tra regole generali del processo civile e disciplina speciale del processo tributario*, in "Il Corriere tributario", (2007), fasc. 38, p. 3067 e ss.

<sup>73</sup> V. A. CHIZZINI, *I rapporti tra codice di procedura civile e processo tributario*, cit., p. 9,

Occorre, pertanto, prendere atto che esiste ormai un diritto processuale tributario a livello di legislazione sistematicamente coordinata<sup>74</sup> anche attraverso il generale modulo di raccordo dell'art. 1, comma 2, e con gli altri richiami fatti dal *DLGS* 546/1992 a singole disposizioni o gruppi di disposizioni, oltre che con il vero e proprio assorbimento di istituti del codice di procedura civile, superando così ogni inutile richiamo, non soltanto al parametro del diritto processuale comune, ma pure alla logica dei rapporti disciplinari tra processo tributario e processo civile in termini di rinvio.

Da quanto si è detto discendono, anzitutto, importanti corollari sul piano ermeneutico, essendo per l'appunto l'attività interpretativa delle norme processuali tributarie riconducibile *in toto* ai comuni criteri che la disciplinano, da rapportarsi, nel caso, alla base normativa come sopra autonomamente individuata e così da considerare anche a tale riguardo.

Oltre a ciò, deriva dalle considerazioni esposte una diversa impostazione metodologica nello studio della materia.

Secondo la vecchia impostazione, risultante dall'art. 39, *DPR* 636/1972, la problematica dei rapporti tra processo tributario e processo civile si esauriva nell'analisi del confronto tra norme contenute nella legge processuale tributaria e le norme del codice di procedura civile da essa, generalmente o specificamente, direttamente o indirettamente, positivamente o negativamente, richiamate.

Tale impostazione è stata superata dallo stesso legislatore, il quale – con il *DLGS* 546/1992 – ha mostrato di venire incontro alla esigenza del-

per il quale «la presenza attuale di una norma come quella del 2° comma dell'art. 1 acquista precipuo significato teorico ed applicativo soprattutto in quanto conferma che l'applicazione delle disposizioni del *CPC* al processo tributario sia possibile solo ogni volta che essa non sia in contrasto con l'indole propria di questo. Il valore di quella disposizione, allora, diviene, da un lato, quella di offrire il supporto positivo alla possibilità di una integrazione mediante quelli che appaiono essere i principi del *diritto processuale comune* [corsivo nostro], in questo senso operando anche quale asseverazione specifica di quel canone interpretativo che emerge dall'art. 12 *DPCC*; dall'altro, di ribadire all'interprete l'assoluta cautela con cui applicare in via diretta singoli istituti del processo civile al processo tributario».

<sup>74</sup> In questo senso Allorio avvertiva che «le singole norme processuali tributarie ... [non costituiscono] altrettante deroghe, slegate e non riconducibili a sistema, dal diritto processuale comune. Da esse è invece possibile estrarre e, per dir così, enucleare un assieme di principi generali del diritto processuale tributario» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 54).

la formazione di un vero e proprio codice processuale tributario<sup>75</sup>, sicché oggi non ha più senso una prospettiva di analisi dei rapporti tra processo civile e processo tributario e tra il DLGS 546/1992 e il codice di procedura civile nei termini di sovra ordinazione della regola processuale civilistica su quella dettata per il contenzioso tributario, ma – la conferma di una già esistente e completa disciplina unitaria del processo tributario – spinge allo studio ed alla ricerca dei principi speciali che essa esprime al fine di una compiuta disamina ermeneutica del diritto processuale tributario.

<sup>75</sup> Già Allorio parlava del diritto processuale tributario come di un «microcosmo processuale compiuto» (E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, cit., p. 4).



FRANCESCA SCUDIERO

**Truffa aggravata e dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti: concorso di reati o concorso di norme?**

SOMMARIO: 1. Il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti. - 2. Truffa aggravata ai danni dello Stato. - 3. Il concorso tra la truffa aggravata in danno dello Stato e la frode fiscale.

***1. Il reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti***

La riforma del diritto penale tributario ha costituito un passaggio di grande rilevanza teorica e di significativa importanza pratica nel panorama delle scelte di politica criminale compiute nel nostro Paese negli ultimi anni. È frutto di un lungo processo di riformulazione legislativa, finalizzato a rendere il diritto punitivo tributario uno strumento efficace, ancorato intimamente all'elemento della intensità del danno o della aggressione al bene protetto.

Il decreto legislativo n. 74 del 2000 è stato, infatti, concepito principalmente nel senso di concentrare il potere sanzionatorio penale sulle fattispecie "effettivamente" lesive dell'interesse fiscale o erariale (interesse alla riscossione delle imposte), e di attribuire alla esclusiva competenza dell'autorità amministrativa, con la tecnica della depenalizzazione, le ipotesi di violazioni formali "prodromiche", cioè preparatorie alla dichiarazione e, quindi, alla evasione fiscale.

Si è passati dalla previsione di fattispecie di pericolo (si pensi alle violazioni formali relative alle scritture contabili contenute nell'articolo 1 della l. n. 516/82), che anticipavano la tutela penale e che in concreto, poi, potevano non risultare effettivamente lesive per l'erario, a fattispecie di danno in cui è essenziale che le falsificazioni, le alterazioni, le generali infedeltà del contribuente nel periodo di imposta si riverberino nelle corrispondenti dichiarazioni, tanto da delineare una situazione patri-

moniale diversa da quella reale, attraverso comportamenti fraudolenti idonei a trarre in inganno gli uffici competenti all'accertamento<sup>1</sup>.

La riforma individua nell'evasione il momento essenziale del disvalore penale, ed è caratterizzata dall'abbandono del modello contravvenzionale, dalla previsione di poche ipotesi delittuose a dolo specifico di evasione e dall'individuazione, in alcuni casi, di soglie di punibilità, di misura anche considerevole, correlate all'imposta evasa e lasciate all'accertamento del giudice penale.

L'ipotesi criminosa di cui all'art. 2 del dlsg 74/00 è tra quelle più gravi in quanto esprime la violazione di maggior rilievo che emerge dalla nuova filosofia del sistema sanzionatorio penale in materia tributaria<sup>2</sup>.

La disposizione assume un ruolo, al tempo, di *introduzione* e di *simbolo della filosofia riformatrice*: la nuova fattispecie "assorbe" una delle figure più gravi e ricorrenti, un "classico" dell'abrogata legge n. 516/82, la frode fiscale per utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti<sup>3</sup>.

La norma recupera, infatti, alcuni degli elementi costitutivi della fattispecie di cui all'art. 4, lett. d) ed f), l. 516/82 fondendo la condotta di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e quella di redazione di dichiarazioni fiscali fondate su documenti attestanti fatti materiali non veri.

<sup>1</sup> Per una disamina dei primi commenti alla legge delega 25 giugno 1999, n. 205, cfr. ASSUMMA, *Con la "cura dimagrante" della depenalizzazione il Fisco si concentra solo sulle grandi cifre*, in *Guida al dir.* 14/00, 52 ss.; CARACCIOLI, *Sanzioni tributarie: le incognite di una delega*, in *Guida al dir.* 27/99, 62 ss.; CERQUA, *La delega per la depenalizzazione settore per settore: f) reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto. Il commento*, in *Dir. pen. proc.* 1999, 1205 ss.; LANZI, *Le novità nella riforma del sistema penale tributario*, in *Dir. pen. proc.* 2000, 401 ss.; LANZI-ALDROVANDI, *L'illecito tributario*, Padova 2001, 107 ss.; MANNA, *Prime osservazioni sulla nuova riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2000, 119 ss.; MUSCO, *La riforma del diritto penale tributario*, in *Riv. guardia fin.* 1999, 2459 ss.; PERINI, *Verso la riforma del diritto penale tributario: osservazioni sulla legge di delegazione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1999, 680 ss.

<sup>2</sup> In questi termini, CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, Padova 2001, 80 ss.; IORIO, *I nuovi reati tributari*, in *Il Fisco* 14/00, 29 ss.; MUSCO, *Diritto Penale Tributario*, Milano 2002, 3 ss.; SANTAMARIA, *La frode fiscale*, Milano 2002, 424 ss.; TRAVERSI-GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, Milano 2000, 166 ss.

<sup>3</sup> Per una puntualizzazione sul cessato rilievo penale della ipotesi di utilizzazione di Fatture per operazioni inesistenti, cfr. CARACCIOLI, *Costi fittizi 1999 e dichiarazioni 2000. Fatture false utilizzate in date anteriori al dlgs n. 74/2000. fattispecie applicabili e prescrizione*, in *Fisco* 2000, 5203 ss.; CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, cit., 81; PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, in *Guida al dir.* 14/00, 58.

Tale sinergia costituisce il reale presupposto perché si realizzi un disvalore meritevole di sanzione penale in un sistema in cui l'intervento repressivo viene concepito come *estrema ratio* e focalizzato temporalmente e sostanzialmente nella avvenuta presentazione della dichiarazione annuale.

Il delitto si connota per la maggiore gravità rispetto alla ipotesi criminosa di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici sancita dall'art. 3 del decreto n. 74 del 2000: di fronte ad una identica pena editta, il reato in esame non richiede alcuna soglia quantitativa o percentuale di punibilità. Ciò implica che il reato si configuri a prescindere da una qualunque evasione d'imposta.

Configura un delitto di pericolo concreto. L'avvalersi di fatture e di documentazione fiscale ideologicamente falsa, quale artificioso supporto per l'esposizione in dichiarazione di elementi negativi fittizi, esprime da sempre una seria attitudine all'inganno nei confronti dell'amministrazione fiscale e rappresenta, per consolidata massima di esperienza, un concreto pericolo per la salvaguardia e l'attuazione del principio costituzionale di capacità contributiva.

Il diritto statale alla percezione dei tributi si radica sull'art. 53 Cost.: l'utilizzo strumentale di documentazione mendace appare concretamente idoneo ad avvalorare e supportare prospettazioni e qualificazioni, trasfuse in dichiarazione, in dispregio dei principi di veridicità e di completezza.

Ne consegue che si può individuare nel delitto in commento, quale bene tutelato, l'interesse dello Stato alla percezione dei tributi<sup>4</sup>.

Oggetto materiale del reato sono le *fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* emessi a fronte di operazioni non realmente effettuate, in tutto o in parte, o che, comunque, indicano i corrispettivi o l'imposta sul valore aggiunto in misura superiore a quella reale, ovvero che riferiscono le operazioni a soggetti diversi da quelli effettivi.

Si tratta di tre distinte ipotesi di falsità ideologica: inesistenza oggettiva dell'operazione, sia essa "materiale", quando le cessioni di beni, o le prestazioni di servizi indicate nei documenti o nelle fatture non siano mai avvenute, o siano avvenute in misura inferiore, o "giuridica", quando il supporto documentale descriva il compimento di un negozio

<sup>4</sup> La Cassazione ha avuto occasione di prendere posizione sull'argomento. Con riferimento alla sistematica dei delitti in dichiarazione, la Suprema Corte ha chiarito che il bene di categoria preso di mira dalla riforma consisterebbe nella *lesione dell'interesse erariale all'integrale riscossione delle imposte dovute*. Cfr. Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2000, n. 27.

giuridico apparente, diverso da quello che le parti hanno effettivamente posto in essere; soprafatturazione, che si configura quando, pur essendo i beni ceduti, o le prestazioni effettuate, gli importi riportati nelle fatture o nei documenti di spesa corrispondano ad un corrispettivo maggiore di quello effettivamente versato; inesistenza soggettiva, che consiste nel disporre di documentazione attestante la cessione di beni o la prestazione di servizi effettivamente avvenuti, ma con l'indicazione dei soggetti in tutto o in parte diversi da quelli reali.

Soggetti agenti possono essere tutti coloro che hanno la *qualifica di contribuente* ai fini delle imposte sui redditi o dell'imposta sul valore aggiunto e che *presentano* le relative dichiarazioni annuali.

Giova evidenziare, infatti, che l'art. 2, c. 2, dlgs 74/00 contiene un chiaro riferimento non soltanto alla condotta di registrazione delle fatture per operazioni inesistenti, ma anche a quella di detenzione delle stesse ai fini di prova; ad una condotta di conservazione del documento fittizio, cioè, svincolata dalla necessaria presenza di una contabilità, con ciò riferendosi ai contribuenti diversi dai percettori di reddito da lavoro autonomo o di impresa. Autore del reato può essere, dunque, anche un soggetto non obbligato alla tenuta di scritture contabili.

Nonostante la fattispecie in esame individui i soggetti attivi con il pronome indefinito "chiunque" (riprendendo il modello già presente nella l. 516/82), il delitto deve considerarsi un reato proprio, in quanto può essere commesso solo da quelle persone che hanno una particolare veste giuridica ed un peculiare rapporto con l'interesse protetto: sono contribuenti e presentano una dichiarazione ai fini delle imposte dirette o dell'imposta sul valore aggiunto<sup>5</sup>.

La norma tace sui sindaci, sebbene l'art. 1, c. 5, d.p.r. n. 322/1998 imponga al presidente del collegio l'obbligo di sottoscrivere la dichiarazione della società o del soggetto IRPEG. Si ritiene che tale sottoscrizione abbia natura di semplice atto di controllo nei confronti dei dati contenuti in dichiarazione, che restano riferibili esclusivamente al soggetto obbligato o al suo rappresentante: i sindaci non sono, dunque, ricompresi tra i soggetti attivi del reato.

<sup>5</sup> In questi termini, cfr. CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, cit., 88; MUSCO, *Diritto Penale Tributario*, cit., 19 ss.; SANTAMARIA, *La frode fiscale*, cit., 426 ss.; TRAVERSI-GENNAI, *I nuovi delitti tributari*, cit., 167.

Del pari, nessun riferimento è dettato per il curatore fallimentare, il commissario liquidatore, il commissario straordinario (soggetti che, non essendo rappresentanti, né sostituti del contribuente dichiarato fallito o insolvente, non rientrano nella sfera degli autori del reato) e le società di persone. Queste ultime erano soggette alla sola ILOR ed ora, abolita tale imposta ex art. 36 dlgs 446/1997, non sono più soggetto passivo di alcuna imposta sui redditi e, pertanto, non sono a tal fine contribuenti.

Il nucleo comportamentale del reato di dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti è incardinato su due diverse e successive condotte: una prima, di carattere strumentale, costituita dalla “vecchia” utilizzazione di fatture o altri documenti ideologicamente falsi, in quanto rappresentativi di operazioni in realtà inesistenti. Una seconda, in stretta concatenazione e quasi sbocco naturale della prima<sup>6</sup>, rappresentata dalla indicazione, nella dichiarazione annuale dei redditi e/o dell’imposta sul valore aggiunto, di elementi passivi fittizi.

Il delitto si struttura, più precisamente, con una duplice condotta bifasica, scindibile in due momenti teologicamente connessi.

Il primo ha natura propedeutica e racchiude la fase preparatoria, consistente nel reperimento delle fatture per operazioni inesistenti o di altra equivalente documentazione fiscale falsa, cui fa immediato seguito la registrazione nelle apposite scritture contabili, o la detenzione in taluni luoghi a fini di prova nei confronti dell’amministrazione finanziaria. In tal modo, il contribuente si precostituisce un quadro contabile atto a giustificare la contrazione dell’imponibile, per mezzo di una artificiosa documentazione di costi, o componenti negativi di reddito, e, dunque, la sottrazione di ricchezza prodotta.

Il secondo è l’atto finale con cui si concretizza il pericolo per gli interessi fiscali, per mezzo della dichiarazione, i cui dati mendaci trovano

<sup>6</sup> La condotta di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti acquisisce significato penale solo quando sia di supporto ad una condotta di dichiarazione fiscale mendace e, dunque, fraudolenta, in relazione agli elementi passivi, perché fondata su tale documentazione falsa.

L’abbandono dell’interesse del Legislatore penale per la mera utilizzazione, già chiaro nella struttura della fattispecie, viene anche rafforzato dall’espressa previsione, ex art. 6 dlgs 74/00, della non punibilità a titolo di tentativo del delitto previsto dall’art. 2 del decreto legislativo.

supporto e corrispondenza nella artificiosa architettura contabile già predisposta. La presentazione della dichiarazione tributaria segna l'atto conclusivo cui la norma aggancia la concreta punibilità del contribuente<sup>7</sup>.

Il reato si concretizza quando il contenuto delle dichiarazioni mendaci viene supportato da un impianto documentale atto a sviare od ostacolare la successiva attività di accertamento, o, comunque, ad avvalorare artificialmente i dati non veri in essa riportati.

Il delitto riguarda solo gli elementi passivi, componenti negativi, nella prospettiva di un indebito vantaggio fiscale, ai fini delle imposte dirette o dell'imposta sul valore aggiunto, a prescindere da qualsiasi soglia di punibilità.

Appare chiaro, dunque, come l'art. 2 dlgs 74/00 assuma un significato esemplare nel nuovo sistema penale tributario: l'utilizzazione di documenti relativi a operazioni inesistenti, quando non divenga successivamente il supporto ad una mendace dichiarazione dei redditi o dell'imposta sul valore aggiunto, non avrà più significato penale, neanche come ipotesi tentata. Significativa, a proposito la modifica lessicale del vecchio termine "utilizzata", adottato per l'art. 4, c. 1, l. 516/82: ora l'espressione "avvalendosi" tende a sottolineare la funzione strumentale della condotta.

Il momento consumativo del reato coincide con quello della presentazione della dichiarazione annuale contenente le indicazioni fittizie. Nonostante, infatti, la norma individui la condotta nell'indicazione, in una delle dichiarazioni annuali, di elementi passivi fittizi, tale *indicazione* trova consistenza nell'avvenuta presentazione della dichiarazione stessa.

La semplice indicazione, si ripete, non seguita dalla presentazione effettiva della dichiarazione, non avrà rilevanza penale tributaria, neppure nella prospettiva di un tentativo, rimanendo nell'ambito dell'ormai abbandonata dimensione "prodromica" dell'illecito.

Secondo il chiaro tenore della norma, non è necessario che si realizzi l'evento di evasione, consistendo il delitto in una fattispecie di mera condotta. Difformemente a quanto accadeva sotto l'egida della precedente disciplina, è indifferente che il contribuente abbia utilizzato una pluralità di fatture o documenti falsi, ovvero vi abbia fatto ricorso *una tantum*:

<sup>7</sup> Per un'approfondita analisi della condotta del reato di frode fiscale, cfr., per tutti, CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, cit., 90 ss.; MUSCO, *Diritto Penale Tributario*, cit., 25 ss.

quel che rileva è soltanto la dichiarazione mendace (la sua unicità); pertanto, il delitto resta sempre unico nonostante l'impiego di più documenti per operazioni inesistenti.

Il reato è da considerarsi istantaneo. Il momento consumativo, infatti, è fissato all'atto della presentazione di una delle dichiarazioni annuali menzionate; il concetto di detenzione ex art. 2, c. 2, dlgs 74/00 (che richiama una condotta che si protrae nel tempo) svolge un ruolo meramente strumentale. Mancano, di conseguenza, argomenti per sostenere una natura permanente del delitto, già sostenuti in giurisprudenza per l'ipotesi di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti di cui all'art. 4, c. 1, lett. d), l. 516/82<sup>8</sup>.

Il tentativo non è configurabile. L'art. 6 del decreto legislativo n. 74 del 2000, infatti, stabilisce espressamente ed inequivocabilmente che i delitti previsti dagli artt. 2, 3 e 4 non sono punibili a titolo di tentativo, derogando, in tal modo, l'art. 56 c.p. D'altronde non sarebbe stato possibile fare diversamente. Una volta stabilito di abbandonare il previgente modello delle fattispecie "prodromiche", la deroga all'applicabilità del tentativo è apparsa una soluzione obbligata. In caso contrario, il contribuente che avesse registrato in contabilità la documentazione falsa attestante elementi passivi fittizi e sottoposta a verifica fiscale prima della redazione

<sup>8</sup> Cfr. per tutte, Cass. Sez. Un., 3 febbraio 1995, *Aversa*.

Sulla natura istantanea e sul momento consumativo del reato di frode fiscale, cfr. CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, cit., 112 ss.: "A nostro avviso, eventuali condotte di registrazione o detenzione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti poste in essere solo successivamente alla presentazione della dichiarazione, e riferibili allo stesso periodo d'imposta per cui questa è predisposta, sono irrilevanti ai fini della configurazione del delitto in esame. Tale soluzione potrebbe lasciare impuniti una serie di comportamenti particolarmente insidiosi, quali quello di creare *ex post* lo schermo recettivo alla dichiarazione mendace, nella prospettiva magari di un accertamento fiscale, ma viene suggerita dal significato propedeutico del termine *avvalendosi*, rispetto al termine *indica*. L'elemento di frode deve sorreggere e costruire la dichiarazione mendace e deve a questa essere *necessariamente antecedente*; manovre fraudolente successive alla dichiarazione si potranno, cioè, porre solo in una sorta di ottica di *autofavoreggiamento*, e non saranno comportamenti strumentali alla dichiarazione e, quindi, all'evasione d'imposta".

Negli stessi termini, cfr. PERINI, *Verso la riforma del diritto penale tributario: osservazioni sulla legge di delegazione*, cit., 702; ID, *Prime considerazioni sullo "schema di decreto legislativo" di riforma del diritto penale tributario*, in *Fisco* 2000, 1983. *Contra*, tra gli altri, PISTORELLI, *Quattro figure contro il contribuente infedele*, cit., 64.

e presentazione della dichiarazione annuale, sarebbe stato punito (manca la consumazione) a norma dell'art. 56 c.p. In tal caso, la sua condotta avrebbe configurato appieno gli atti idonei diretti in modo non equivoco a commettere il delitto di cui all'art. 2 dlgs 74/00, anticipando la soglia di tutela a fatti preparatori dell'evasione fiscale.

L'elemento soggettivo del reato, infine, è rappresentato dal dolo specifico, integrato dal *fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto*.

Il soggetto agente deve rappresentarsi e volere la registrazione in contabilità, ovvero la detenzione a fine di prova, di fatture o altri documenti per operazioni che sono, in realtà, inesistenti, nonché l'indicazione, su tale base, nella dichiarazione di elementi passivi fittizi.

Sia la falsità ideologica delle fatture che la conseguente falsità ideologica della dichiarazione devono essere oggetto della conoscenza e volontà dell'autore e, naturalmente, di ciò deve esserci prova.

L'inserimento del dolo specifico nel delitto di frode fiscale si spiega in considerazione della funzione selettiva di cui l'art. 2 del decreto del 2000 è dotato. La previsione del dolo specifico assolve, infatti, la funzione di selezionare le condotte penalmente rilevanti, le quali vengono, in tal modo, qualificate e tipizzate in un'ottica di offensività nei confronti dell'interesse tutelato, la percezione dei tributi da parte dello Stato.

In tale prospettiva, non è sufficiente l'intenzione evasiva: la condotta deve essere oggettivamente idonea alla finalità predeterminata, l'evasione d'imposta. La condotta deve essere, in altri termini, in grado di porre in pericolo l'interesse protetto.

Il dolo specifico deve essere accertato in concreto, senza, cioè, far ricorso a surrettizie forme di presunzione dell'intento evasivo, non potendo quest'ultimo ritenersi di per sé implicito nella mera sussistenza di fatture false registrate (diversamente, si sarebbe di fronte all'ennesima fattispecie giurisprudenziale con *dolus in re ipsa*).

L'oggettiva idoneità della condotta a conseguire lo scopo di evasione esclude la configurabilità di un dolo eventuale.

La complessa struttura della fattispecie di cui all'art. 2 dlgs 74/00 appare incompatibile con il contenuto di tale forma di dolo. Difficile credere che il contribuente, che miri a conseguire l'evasione d'imposta (e che per riuscirci dia vita ad una articolata macchinazione frodatrice sfociante in una dichiarazione mendace) possa seriamente dirsi sorretto da quell'inafferrabile atteggiamento psicologico che si compendia normativamente nell'accettazione del rischio. Se, infatti, sotto la precedente disciplina nor-

mativa il problema dell'ammissibilità del dolo eventuale era per molti versi aperto, la nuova configurazione dell'art. 2 non sembra poter ammettere più dubbi<sup>9</sup>.

## 2. Truffa aggravata ai danni dello Stato

La truffa in danno dello Stato è una circostanza aggravante della truffa comune, contemplata dall'art. 640, c. 2, n. 1, c.p. Occorre, dunque, preliminarmente procedere nell'analisi degli elementi costitutivi della fattispecie, onde poi trattare gli aspetti peculiari assunti nella prassi dalla truffa ai danni dello Stato.

La truffa è un reato plurioffensivo<sup>10</sup> (dell'interesse patrimoniale e della libertà di autodeterminazione) consistente in una particolare forma di aggressione al patrimonio altrui, realizzata attraverso un inganno che induce la stessa vittima ad autodanneggiarsi. Assurge a modello tipico di fattispecie a cooperazione artificiosa: l'azione offensiva richiede, infatti, una sorta di completamento ad opera del soggetto passivo che coopera alla produzione del danno.

Il nucleo centrale della condotta incriminata risiede in un'attività diretta a persuadere con l'inganno, che il Legislatore tipicizza nei termini di un'*induzione mediante artifici o raggiri*<sup>11</sup>.

L'artificio consiste in una alterazione della realtà esterna, provocata mediante la simulazione di circostanze inesistenti, o la dissimulazione di circostanze esistenti; il raggiri si realizza, invece, in un'attività simulatrice, consistente in ragionamenti idonei a far scambiare il falso per verità.

Entrambi sono mezzi per creare un erroneo convincimento: il primo si concretizza attraverso un camuffamento della realtà esterna; il se-

<sup>9</sup> In questi termini, MUSCO, *Diritto Penale Tributario*, cit., 52.

<sup>10</sup> In tal senso, cfr. MANTOVANI, *Diritto penale*, parte speciale, *I delitti contro il patrimonio*, Padova 2002, 190.

<sup>11</sup> Cfr., sul punto, MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. IX, Torino 1952, 610: "Spesso, specie nelle truffe più ingegnose, l'agente pone in essere sia artifici che raggiri: nonostante questa pluralità di mezzi, non è previsto un aggravamento del trattamento sanzionatorio, costituendo gli artifici e raggiri modalità alternative della stessa azione; al più, l'uso associato di tali strumenti può accrescere genericamente la gravità del reato, o denotare una maggior intensità del dolo, rilevando così ai fini della concreta determinazione della pena da parte del giudice ex artt. 132 e 133, c. 1, c.p.".

condo opera, invece, direttamente sulla psiche dell'agente.

Secondo la tesi da tempo dominante sia in dottrina che in giurisprudenza, non è necessario che gli artifici o i raggiri presentino un particolare grado di intensità<sup>12</sup>. Ciò che conta, è che il mendacio utilizzato dal reo presenti un apprezzabile grado di pericolosità; possedga, cioè, l'attitudine, accertabile secondo un criterio *ex ante*, a sorprendere l'altrui buona fede in misura tale che la vittima presa di mira non possa, adoperando l'accortezza dovuta, difendersene<sup>13</sup>.

L'attività induttiva del soggetto agente deve determinare l'errore della vittima, consistente nella positiva certezza, da parte di quest'ultima, dell'esistenza di una situazione in realtà inesistente. Dall'errore va distinta l'ignoranza pura, che presuppone non un concreto contenuto rappresentativo non corrispondente alla realtà, bensì una completa mancanza di rappresentazione; il soggetto che ignori del tutto determinate circostanze non versa in uno stato di errore e non può, perciò, cadere vittima di un inganno truffaldino<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Per una panoramica sul reato di truffa, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte speciale, Milano, vol. I, XIV ed., 353 ss.; FANELLI, *La truffa*, Milano 1998; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte speciale, Bologna, vol. II, tomo II, III ed., 163 ss.; SAMMARCO, voce *Truffa*, in *Enc. giur. Treccani XXXI*, Roma 1994.

<sup>13</sup> La fiducia della vittima può considerarsi giustificata se è, innanzitutto, ragionevolmente fondata, sorretta, cioè, da elementi di verosimiglianza che escludono ogni motivo di diffidenza, ovvero, se confortata, ad esempio, dalla qualità della funzione svolta dalla controparte, ovvero da un rapporto di lunga conoscenza. L'affidamento è, inoltre, legittimo, in tutti i casi di fiducia necessitata, cioè concessa per necessità o perché la potenziale vittima non dispone delle cognizioni e capacità necessarie a sventare l'inganno, o perché il ricorso a controlli è oggettivamente impossibile o frusterebbe esigenze di celerità connesse allo scambio economico.

<sup>14</sup> Sono, invece, assimilabili all'errore quelle forme di dubbio, così indefinito o indeterminato che il soggetto non sarebbe in grado, pur adoperando la maggior avvedutezza, di fuggire; in questi casi, essendo insufficiente la capacità di autotela della vittima, non v'è ragione di escludere la configurabilità del reato. La truffa non è configurabile nel caso di dubbio circa la possibilità di essere truffati, sempre che si tratti di dubbio concreto, cioè sorretto da elementi concreti e specifici, tali da potere indurre il soggetto ad indagare per prevenire la caduta in errore, o ad astenersi dall'atto dispositivo. La vittima dell'errore può anche essere una persona diversa dal soggetto passivo del reato: purché l'ingannato si trovi in una condizione giuridica che lo legittima a compiere atti produttivi di effetti pregiudizievoli sul patrimonio del soggetto danneggiato dalla truffa. Deve trattarsi di soggetto determinato: anche nei casi in cui gli artifici o raggiri si indirizzano a cerchie indeterminate di persone, il reato non si configura se l'inganno non ricade di fatto su una o più persone ben individuate.

Si discute se la menzogna, il silenzio e la reticenza costituiscano o meno condotta fraudolenta.

Con riferimento alla menzogna, dottrina e giurisprudenza rispondono in senso positivo: integra gli artifici o i raggiri *ex art. 640 c.p.* qualsiasi simulazione o dissimulazione, o qualsiasi subdolo espediente posto in essere per indurre taluno in errore. Anche la semplice menzogna, di conseguenza, quando sia architettata e presentata in modo da assumere l'aspetto della verità o da indurre in errore il soggetto passivo, può integrare l'elemento materiale del reato di truffa<sup>15</sup>.

Così ragionando, si ritiene possano considerarsi penalmente rilevanti anche il silenzio e la reticenza quando si concretino nella violazione di uno specifico obbligo giuridico di comunicazione, ovvero del generale principio di buona fede<sup>16</sup>.

Altra parte di dottrina<sup>17</sup> propende per la non configurabilità della truffa mediante silenzio, reticenza od omissione: chi si limita a tacere, non informando la controparte dell'esistenza di determinate circostanze, la cui conoscenza potrebbe indurla ad orientarsi in modo diverso, non determina un attuale e concreto stato di errore nella vittima, in quanto il silenzio non induce la vittima a credere in qualcosa di falso, ma la lascia nel suo stato di ignoranza. La conseguenza del silenzio o della reticenza, dunque, non è una falsa rappresentazione, ma, piuttosto, un'assenza di rappresentazione; viene meno, di conseguenza, un requisito essenziale richiesto dall'art. 640 c.p., manca, cioè, il nesso causale tra la condotta del reo ed una vera e propria induzione in errore del soggetto passivo.

Ulteriore argomento che porta ad escludere la configurabilità di una truffa mediante condotta omissiva riconduce ai presupposti generali di operatività dell'art. 40, cpv, c.p.: l'equiparazione dell'omettere all'agire è esclusa rispetto ai reati di evento a forma vincolata, nel cui novero rientra anche la truffa<sup>18</sup>. Gli artifici o raggiri, quali modalità comportamentali che devono provocare l'errore della vittima, se interpretati rigorosamente, implicano un attivarsi diretto ad ingannare la vittima, che ri-

<sup>15</sup> In tal senso, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, 355 ss.; MARINI, voce *Truffa*, in *Dig. disc. pen.*, XIV, Torino 1994, 353 ss. In giurisprudenza, cfr., per tutte, Cass, 14 novembre 1985, n. 10628.

<sup>16</sup> Così, Cass., 16 marzo 1990, n. 3685 e 12 settembre 1991, n. 9194.

<sup>17</sup> Per tutti, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 173.

<sup>18</sup> Cfr., sul punto, PEDRAZZI, *In tema di artifici e raggiri*, in *Riv. it. dir. proc. pen.* 1958, 1195.

sulta difficilmente compatibile con un contegno di pura passività.

Nella struttura della truffa rientra un requisito tacito, costituito dal cosiddetto atto di disposizione patrimoniale da parte dell'ingannato: rappresenta il secondo evento del reato, quale effetto dell'errore e tramite casuale, a sua volta, del danno patrimoniale subito dal soggetto passivo.

L'inserimento di questo elemento, non scritto nella catena causale, che sfocia nell'evento lesivo finale, riflette la concezione di fondo della truffa come delitto modellato sulla cooperazione della vittima.

La disposizione patrimoniale, quale requisito indefettibile della truffa, può assumere a suo oggetto qualsiasi elemento costitutivo del patrimonio, e cioè beni mobili, immobili e diritti di qualsiasi natura; essa può consistere nell'assunzione di obbligazioni, nell'esecuzione di prestazioni o servizi, nell'assunzione di oneri.

Nell'economia della fattispecie occupa un ruolo centrale l'estremo del danno altrui, quale ulteriore evento provocato dall'induzione in errore.

La dottrina dominante, prendendo le mosse dalla configurazione legislativa della truffa quale delitto contro il patrimonio, lo identifica con un danno patrimoniale effettivo, sotto forma di danno emergente, di lucro cessante o di mancato acquisto di una utilità economica che il soggetto passivo si riprometteva dalla prestazione carpitagli.

La giurisprudenza sostiene che il danno consiste nella mancata destinazione del denaro ad impieghi più utili per la parte ingannata.

Il danno deve essere insito nell'atto stesso di disposizione patrimoniale, onde non vi è truffa quando il pregiudizio patrimoniale sia la mera conseguenza di un comportamento concretatosi in un atto patrimoniale dispositivo che non sia stato determinato da una condotta fraudolenta.

La truffa presuppone, oltre alla causazione del danno, il conseguimento di un profitto, che, a differenza del danno, si realizza ogni qualvolta il soggetto agente consegua l'acquisizione di una qualsiasi utilità, patrimoniale e non<sup>19</sup>.

Beneficiario del profitto non deve essere necessariamente l'attore dell'inganno, ma anche un terzo soggetto.

Deve trattarsi di un profitto ingiusto.

L'ingiustizia può essere concepita come sinonimo di illiceità e, quin-

<sup>19</sup> *Contra*, cfr. MARINI, voce *Truffa*, cit., 340, per il quale anche il profitto, come il danno, deve avere carattere economico.

di, come contrasto con una norma giuridica, o come semplice mancanza di titolo di legittimazione, vale a dire come acquisizione di ricchezza *sine jure* o senza giusta causa<sup>20</sup>.

La truffa è un reato a dolo generico, consistente nella coscienza e volontà di indurre, con artifici e raggiri, taluno in errore e di determinarlo in tal modo ad un atto di disposizione patrimoniale con altrui danno ed ingiusto profitto per sé o per altri.

Il reato si consuma nel momento in cui si verifica l'ultimo degli eventi provocati dalla condotta ingannatrice, sia esso il danno o il profitto. Finché non sfocino negli eventi finali, gli artifici o raggiri idonei *ex ante* ad ingannare la potenziale vittima possono integrare un tentativo di truffa punibile.

Il capoverso dell'art. 640 c.p., al n. 1, prevede la circostanza aggravante della truffa in danno dello Stato o di altro Ente pubblico, la cui ricorrenza implica anche il passaggio della procedibilità a querela di parte alla procedibilità d'ufficio.

Le peculiarità della circostanza in esame emergono in relazione a due profili. Si discute, anzitutto, se tale fattispecie costituisca circostanza aggravante o, a dispetto della sua configurazione legislativa, un'autonoma figura di reato. Prevale in dottrina ed in giurisprudenza la tesi della natura circostanziale<sup>21</sup>, anche se non manca chi<sup>22</sup> ritiene che si tratti di una figura che tende a distaccarsi dall'ipotesi base della truffa, soprattutto sotto il profilo del danno, che assume una connotazione diversa da quella patrimonialistica privata. Il patrimonio pubblico, infatti, è vincolato al perseguimento di determinati scopi, la cui frustrazione assume integra di per sé l'estremo del danno a prescindere da una effettiva diminuzione patrimoniale.

Il secondo aspetto concerne il soggetto passivo del reato. Ai fini della configurabilità della circostanza aggravante in esame, infatti, è necessario che lo Stato (o l'Ente pubblico) assuma il ruolo di soggetto passivo del reato, quale destinatario del danno. È indifferente che la condotta ingannatrice ricada su un soggetto titolare di pubbliche funzioni, ovvero su un terzo dotato di potere di disposizione sul patrimonio pubblico<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> In questi termini, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 184.

<sup>21</sup> Cfr., LA CUTE, voce *Truffa*, in *Enc. dir.*, XLV, Milano 1992, 271 e MARINI, voce *Truffa*, cit., 670.

<sup>22</sup> FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit., 188.

<sup>23</sup> Cfr., sul punto, FIANDACA, *Frode valutaria e truffa a danno dello Stato*, in *Foro it.*, 1981, 428 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, ult. loc. cit., 189.

Si discute, infine, se, affinché si configuri la circostanza aggravante in esame, sia necessario che i raggiri usati siano idonei ad eludere i controlli che la P.A. deve effettuare in ordine alla genuinità e veridicità delle dichiarazioni dei privati.

In dottrina<sup>24</sup> si sostiene la tesi affermativa, poiché altrimenti, se si punisse qualsiasi mendacio posto in essere dai privati, prescindendo dal grado di scrupolo con cui gli organi pubblici adempiono i loro obblighi di controllo, il ricorso alla truffa finirebbe con l'assumere una ingiustificata funzione di copertura dell'inefficienza della P.A.

In giurisprudenza prevale la tesi dell'irrelevanza dei controlli amministrativi, in quanto la scarsa diligenza o la mancanza di controllo e di verifica da parte dei pubblici funzionari dell'operato illegittimo del contribuente evasore, non escludono l'idoneità dei mezzi usati dal prevenuto per ingannare la P.A.

### **3. Il concorso tra la truffa aggravata in danno dello Stato e la frode fiscale**

I rapporti tra il delitto di dichiarazione fraudolenta *ex art. 2 dlgs 74/00* e quello di truffa aggravata ai danni dello Stato *ex art. 640, c. 2, n. 1, c.p.* ha da sempre appassionato il dibattito penalistico. La condotta propria del reato fiscale si esprime, infatti, attraverso quegli artifici e raggiri che, a loro volta, sono elementi costitutivi della truffa: di qui la *querelle* giurisprudenziale circa la configurabilità di un concorso di reati tra le due fattispecie delittuose.

Durante il vigore della l. 4/1929, la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie<sup>25</sup> sostenevano tale tesi, probabilmente per poter superare l'*impasse* che la pregiudiziale tributaria creava bloccando l'azione penale: nel caso di concorso di reati, infatti, essa avrebbe potuto agire nei confronti della frode fiscale e non verso una norma comune quale quella che prevedeva la truffa ai danni dello Stato<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Per tutti, cfr. FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, ult. loc. cit., 189 ss.

<sup>25</sup> Sul rapporto tra frode fiscale e truffa, cfr. FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed IVA*, Padova 1979, 258; CALVI, *Brevi note sul rapporto di specialità tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato*, in *Boll. trib.* 1982, 18655; LANZI, *Frode fiscale e truffa ai danni dello Stato*, in *Rass. trib.* 6/1985, 428; LANZA, *Contributo ad una nozione unitaria del reato di frode fiscale*, in *Boll. trib.* 1986, 709.

<sup>26</sup> Sul punto, SANTAMARIA, *La frode fiscale*, cit., 109 ss.

Una parte della dottrina disattendeva la tesi del concorso di reati sulla base del principio di specialità, espressione evidente della *voluntas legis*, in relazione non solo alle ipotesi specifiche caratterizzate dalla peculiarità degli artifici e raggiri, ma anche all'ipotesi di frode generica (art. 56, lett. e) D.P.R. 600/73) in cui *gli elementi del danno e del profitto presentano, rispetto alla truffa, connotazioni speciali, consistendo nella mancata percezione dell'imposta e nel risparmio di quanto si sarebbe dovuto pagare a tale titolo*<sup>27</sup>.

La tesi del concorso di reati veniva, da altri<sup>28</sup>, disattesa stante la difformità dei mezzi fraudolenti adoperati, delle manovre del reo e del comportamento del soggetto passivo nelle due ipotesi criminose<sup>29</sup>.

Nella fattispecie della frode fiscale, più precisamente, verrebbero meno quegli elementi essenziali (frode, induzione in errore, atto dispositivo di contenuto patrimoniale), legati tra loro da un rapporto di causalità materiale che contraddistingue il reato di truffa; per la sussistenza della frode, infatti, è *sufficiente il concretarsi degli elementi costitutivi della singola fattispecie legale che prescindono totalmente, a livello di fatto tipico di reato, dal progressivo evolversi della seriazione causale incentrata su detti interdipendenti momenti*<sup>30</sup>.

Anche in seguito all'abolizione della pregiudiziale tributaria, ad opera della l. 516/82, la prevalente giurisprudenza ammetteva la possibilità del concorso tra la truffa ed i reati previsti da norme tributarie<sup>31</sup>, non sussistendo l'identità del bene giuridico tutelato.

In caso di illeciti fiscali connessi al mancato pagamento di determinate imposte, secondo tale impostazione, non costituirebbe violazione del prin-

<sup>27</sup> FLORA, *Profili penali in materia di imposte dirette ed IVA*, cit., 257ss.

<sup>28</sup> Per tutti, cfr. LANZI, *Frode fiscale e truffa ai danni dello Stato*, cit.

<sup>29</sup> Cfr. Cass. I sez., 30 gennaio 1979, in *Ind. pen* 1979, 291 ss.: "Con la truffa si intende punire la condotta fraudolenta che assicuri un aumento del proprio patrimonio con una riduzione correlativa del patrimonio altrui, e non già la condotta (attiva od omissiva) diretta ad evitare una diminuzione del proprio patrimonio con un correlativo aumento del patrimonio di altri, anche se tale aumento sia sancito da apposite norme per un particolare interesse nazionale; diversamente opinando si confonderebbe la truffa con la frode fiscale, nella quale, giova ripeterlo, si lede una legittima aspettativa dello Stato col mancato adempimento dell'oggetto della prestazione del rapporto giuridico d'imposta".

<sup>30</sup> Così LANZI, *Frode fiscale e truffa ai danni dello Stato*, cit., 428.

<sup>31</sup> Per tutte, Cass. 23 giugno 1987, *Agostani*, in *Cass. pen.* 1989, 830 e fisco 1989, 6834; Cass. 31 ottobre 1988, *Vicentini*, in *Giust. pen.* 1989, II, 419; Cass. 26 marzo 1992, *Belli*, in *Cass. pen.* 1993, 1561.

cipio di specialità di cui all'art. 15 c.p. la ravvisabilità del delitto di truffa aggravata ai danni dello Stato, qualora dalla dinamica dei fatti e sulla base di obiettivi elementi di riscontro, si fosse configurata una condotta truffaldina tipica ed inequivoca, desunta dalle particolari modalità esecutive dell'evasione fiscale<sup>32</sup>.

Si riteneva inapplicabile l'art. 15 c.p., in altri termini, in quanto, non contenendo la l. 516 alcuna norma che potesse far ritenere come reato la falsa affermazione, a scopo evasivo, nella dichiarazione dei redditi, che l'imposta dovuta fosse stata pagata, non era possibile affermare che, alle norme contenute nella predetta legge fosse riconducibile tale falsa dichiarazione, rientrando nell'astratta fattispecie prevista dall'art. 640 c.p. perché destinata al fraudolento risultato del non pagamento dell'imposta dovuta.

In tale fatto, di conseguenza, si riteneva ravvisabile il reato di truffa, la cui applicabilità non era esclusa dalla normativa tributaria, la quale non era esaustiva di tutte le ipotesi finalizzate all'evasione fiscale.

Soltanto un'isolata opinione<sup>33</sup> propendeva per un concorso apparente di norme. Il concorso tra truffa e frode fiscale avrebbe rappresentato una duplicazione repressiva: la previsione analitica e specifica di una serie di frodi da parte della l. 516/82 avrebbe confermato che la tutela penale del rapporto d'imposta fosse essenzialmente racchiusa nell'ambito della normativa speciale, senza possibilità di un'applicazione residuale delle norme codicistiche.

Con l'introduzione del nuovo sistema tributario, ad opera del dlgs 74/2000, si è registrata un'inversione di tendenza.

Una parte minoritaria di giurisprudenza<sup>34</sup> propende ancora per la

<sup>32</sup> Così, Cass. 23 giugno 1987, *Agatoni*, cit., con nota di VECCHIO: fattispecie in cui gli imputati erano riusciti ad evadere le imposte relative ai vari passaggi di un complesso industriale, mediante la costituzione di una società di comodo e la plurima presentazione di false dichiarazioni agli uffici finanziari.

<sup>33</sup> LA CUTE, voce *Truffa* (dir. vig.), in *Enc. dir.*, vol. XLV, 279; in giurisprudenza, cfr. Trib. Lucca, 24 febbraio 1987, *Lucaritti*, in *Giust. pen.* 1989, II, 111, secondo cui, in base al principio di specialità afferente ai rapporti tra la truffa e le fattispecie di frode fiscale, deve escludersi l'applicabilità della norma generale del Codice Penale, e ciò anche nel caso in cui la previsione speciale rivesta carattere di illecito amministrativo e non penale, con la conseguenza che, essendo l'evasione del tributo configurata come illecito soggetto a sanzione pecuniaria amministrativa, deve escludersi, ai sensi dell'art. 9 L. 689/81, la configurabilità della fattispecie della truffa aggravata.

<sup>34</sup> Cass. 16 marzo 2000, *Padovani*; Cass. 23 gennaio 2007 n. 6825.

configurabilità di un concorso materiale di reati tra la truffa aggravata e la frode fiscale in quanto, sebbene le modalità di commissione della frode contemplata dall'art. 2 dlgs 74/00 costituiscano casi di artifici o raggiri, non si richiede l'effettiva induzione in errore dell'amministrazione finanziaria, né la consecuzione di un profitto ingiusto con danno della amministrazione stessa, essendo sufficiente, ai fini della configurabilità della fattispecie, la semplice messa in opera delle operazioni indicate nel citato art. 2 con il dolo specifico, carente nella truffa, e consistente nel fine dell'evasione o dell'ottenimento del rimborso.

Questo, in sintesi, il ragionamento dei giudici di legittimità.

Ricorre il concorso apparente di norme allorché la condotta criminosa prevista da una norma incriminatrice contenga, in tutte le sue componenti essenziali, quella prevista da altra norma, che, costituendone specificazione, si applica in luogo della prima.

Nel caso in cui, viceversa, la norma contenente presenti, oltre alle componenti della condotta della norma contenuta, ulteriori e diversi elementi, la situazione giuridica dà luogo al concorso materiale o formale di reati, il secondo dei quali si verifica allorché due o più norme disciplinano aspetti diversi del medesimo fatto, in modo che un'unica condotta dia luogo a più violazioni e, quindi, ad una pluralità di reati.

In entrambe le ipotesi, le norme incriminatrici, materialmente o formalmente concorrenti, non si elidono, né restano reciprocamente assorbite, ma si applicano tutte congiuntamente secondo il rispettivo precetto.

La qualificazione giuridica del fatto come frode fiscale, assorbente, per il principio di specialità, del reato di truffa aggravata appare, dunque, inesatta secondo quest'orientamento. La tesi dell'assorbimento potrebbe trovare applicazione per l'attività di utilizzazione delle fatture fittizie mediante indicazione del loro importo nelle dichiarazioni annuali, mentre si dovrebbe propendere per la conclusione opposta allorché si verta nella condotta dell'emittente, che risulterebbe del tutto svincolata dagli artifici e raggiri posti in essere per indurre in errore l'erario e cagionargli un danno<sup>35</sup>.

Tale ultima affermazione sarebbe supportata anche dal fatto che la condotta di emissione della documentazione falsa è attività meramente preparatoria ad una successiva e solo eventuale evasione d'imposta e, in

<sup>35</sup> Così Cass. 16 marzo 2000, cit.

virtù della disposizione contemplata dall'art. 9 dlgs 74, non sarebbe punibile a titolo di concorso nella condotta di utilizzazione.

La tesi della configurabilità di concorso di reati tra la frode fiscale e la truffa aggravata è stata fortemente criticata dalla dottrina<sup>36</sup>, secondo cui verrebbero a mancare, nella fattispecie di cui all'art. 2 dlgs 74/00, gli elementi essenziali del reato contemplato dall'art. 640 c.p., in quanto in questo, è la vittima che, mediante un atto dispositivo si priva da sé di un proprio diritto, mentre nella frode fiscale, il soggetto passivo subisce un inadempimento nella convinzione, causata dall'attività fraudolenta dell'agente, che la prestazione non gli sia dovuta.

Soltanto nell'ipotesi di indebito rimborso d'imposta sarebbe ravvisabile un atto di disposizione patrimoniale da parte dell'amministrazione dello Stato e, dunque, il reato di truffa.

Il filone giurisprudenziale maggioritario<sup>37</sup> ravvisa, viceversa, tra le fattispecie menzionate un concorso di norme regolato dal principio di specialità di cui all'art. 15 del Codice Penale, con la conseguenza che le condotte contestate ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo del 2000 non possono configurare anche il reato di truffa aggravata ai danni dello Erario.

Secondo l'impostazione in esame, mutato il sistema penale tributario, per effetto del Decreto Legislativo del 2000, il delitto di frode fiscale si pone in rapporto di specialità rispetto a quello di truffa aggravata, in quanto connotato da uno specifico artificio e da una condotta a forma vin-

<sup>36</sup> Per tutti, cfr. VOZZA, *Sul rapporto tra il delitto di utilizzazione di fatture per operazioni inesistenti e la truffa ai danni dello Stato*, in *Fisco* 2001, 10949; SANTAMARIA, *La frode fiscale*, cit., 423 ss.

<sup>37</sup> Cfr., tra le altre, Cass., sez. II, 47701/03, *Vignali*; Cass., sez. II, 8000/04, *Passannante*; Cass., sez. II, 7996/04, *Greco*; Cass., sez. II, 26344/04, *Pronti*; Cass., sez. III, 43308/05, *Giacometti*; Cass., sez. V, 1510/07, *Barisano*. Per l'applicabilità del principio di consunzione, cfr. Cass., sez. III, 37409/07: "In tema di rapporti fra il reato di frode fiscale, di cui all'art. 2 D.Lgs. 10 marzo 2000 n. 74, e quello di truffa aggravata in danno dello Stato, di cui all'art. 640, comma secondo, n. 1, cod. pen., se per un verso deve escludersi che operi il principio di specialità di cui all'art. 15 cod. pen. (mancando l'identità naturalistica del fatto, dal momento che la frode fiscale richiede un artificio peculiare mentre la truffa, dal canto suo, richiede l'induzione in errore ed il danno, indifferenti per il reato tributario), deve per altro verso riconoscersi l'operatività del principio di consunzione, per il quale è sufficiente l'unità normativa del fatto, desumibile dall'omogeneità tra i fini dei due precetti, con conseguente assorbimento dell'ipotesi meno grave in quella più grave; condizione, questa, riconoscibile, nella specie, per il fatto che l'apprezzamento negativo della condotta è tutto ricompreso nella più grave ipotesi di reato, costituita dalla frode fiscale".

colata. L'ulteriore elemento, costituito dall'evento di danno, non sarebbe sufficiente a porre le norme richiamate in rapporto di specialità reciproca, perché il suo verificarsi è deliberatamente stato posto dal Legislatore al di fuori della fattispecie oggettiva, rendendo, così, indifferente che esso si verifichi e necessario esclusivamente se vi sia collegamento teleologico sotto il profilo intenzionale<sup>38</sup>.

La negazione del rapporto di specialità si porrebbe in insanabile contraddizione con la linea di politica criminale e con la *ratio* che ha ispirato il Legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità, nella riforma del 2000, giacché questa muove dall'opzione fondamentale dell'abbandono del modello del c.d. reato prodromico, caratteristico della precedente disciplina.

Proprio tale scelta ha portato a focalizzare la risposta punitiva sulla dichiarazione annuale, quale atto che realizza, dal lato del contribuente, il presupposto obiettivo e definitivo dell'evasione, negando rilevanza penale autonoma alle violazioni "a monte" della dichiarazione stessa<sup>39</sup>.

La punibilità dei fatti costitutivi della frode fiscale anche a titolo di truffa frustrerebbe, dunque, la disposizione dell'art. 6 dlgs 74/00, che, escludendo la punibilità a titolo di tentativo dei delitti in materia di dichiarazione di tipo commissivo di cui agli artt. 2, 3 e 4 del citato decreto, mira, oltre che a stimolare, nell'interesse dell'Erario, la respipiscenza del contribuente scoperto nel corso del periodo d'imposta, ad evitare che violazioni "preparatorie", già autonomamente repressi nel vecchio sistema (registrazione in contabilità di fatture per operazioni inesistenti, omesse fatturazioni, sottofatturazioni), possano essere ritenute tuttora penalmente rilevanti *ex se*, quali atti idonei, preordinati in modo non equi-

<sup>38</sup> Cfr. DELL'ANNO, *Frode fiscale, false comunicazioni sociali e truffa: concorso di reati o concorso apparente di norme?*, nota a Cass. 16 marzo 2000 n. 1193, sez. III: "Le fattispecie descritte dalla legge tributaria si pongono, rispetto a quella di cui all'art. 640 c.p. in rapporto di specialità specifica...e invero, mentre per le prime e per la seconda, identici sono il soggetto passivo (Stato), il bene giuridico protetto (patrimonio dello Stato) e la condotta fraudolenta (ricorso a documentazione falsa, o ad altri comportamenti artificiosi, o, ancora, al semplice mendacio), elementi differenziali debbono individuarsi nei soggetti destinatari dei precetti penali speciali (i soli contribuenti) e nel requisito psicologico del reato (scopo di evasione)"; Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2000, Di Matteo: "Il delitto di frode fiscale può concorrere, attesa l'evidente diversità del bene giuridico protetto, con quello di truffa comunitaria, purché allo specifico dolo di evasione si affianchi una distinta ed autonoma finalità extratributaria non perseguita dall'agente in via esclusiva".

<sup>39</sup> Così C. Cost. 49/02.

voco, ad una falsa fatturazione.

Eliderebbe, inoltre, la forza cogente dell'art. 9 dlgs 74/00, il quale esclude la configurabilità di un concorso dell'utilizzatore nel fatto dell'emittente al fine di sottrarre l'utilizzatore da sanzione penale per il fatto prodromico<sup>40</sup>. Il Legislatore ha escluso, dunque, il concorso tra il delitto di truffa ai danni dello Stato e la frode fiscale.

Diversamente non avrebbe stabilito l'esonero della denuncia e non avrebbe espressamente statuito che l'integrazione effettuata ai sensi dell'art. 8 dlgs 74/00 non costituisce notizia di reato.

Se, nonostante il c.d. condono e la previsione di non punibilità per i delitti di frode fiscale e di tutti i delitti commessi per eseguirli od occultarli, residuasse il delitto di truffa aggravata, si verserebbe in un'inverosimile ipotesi di istigazione normativa alla commissione del delitto di omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 361 c. p.<sup>41</sup>.

La tesi della configurabilità di un concorso apparente di norme è da preferire<sup>42</sup>.

Non sembra seriamente contestabile che le fattispecie descritte dalla legge tributaria si pongano, rispetto a quella contemplata dall'art. 640, cpv, c.p., in rapporto di specialità, che, in forza del disposto dell'art. 15 c.p., si risolve nella prevalenza della disposizione speciale su quella comune.

<sup>40</sup> Cfr., sul punto, Cass. 26 febbraio 2007, cit.

<sup>41</sup> Così Cass. Pen., 29 gennaio 2004, cit.

<sup>42</sup> In questi termini, cfr., per tutti, CARACCIOLI-GIARDA-LANZI, *Diritto e Procedura Penale Tributaria (commento al Decreto Legislativo 10 marzo 2000, n. 74)*, cit., 126: "In relazione ai rapporti tra la figura di reato prevista dall'art. 2 e la truffa ai danni dello Stato ci pare non possa configurarsi tra le due fattispecie un concorso di reati. L'ipotesi penale tributaria di cui all'art. 2 non prevede quale elemento costitutivo del reato l'effettivo realizzarsi dell'evasione di imposta, mentre il delitto di truffa, per converso, annovera tra i suoi elementi costitutivi l'atto di disposizione patrimoniale da parte del soggetto passivo per effetto dell'inganno da parte dell'agente. E comunque, la liquidazione di una minore imposta da pagare rispetto a quella dovuta, sulla scorta di una dichiarazione fraudolenta, neppure potrebbe integrare un vero e proprio atto dispositivo con il quale lo Stato, indotto in errore, diminuisce il proprio patrimonio a profitto del contribuente; per individuare una possibile evenienza riconducibile ad un atto dispositivo da parte dell'amministrazione finanziaria bisognerebbe, riteniamo, riferirsi ai casi di concessione di un indebito rimborso e, forse, di riconoscimento di un inesistente credito d'imposta. Comunque, anche nel caso in cui venisse a verificarsi un indebito rimborso, ovvero il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta, la norma penale tributaria, caratterizzata dalla presenza di diversi elementi specializzanti (quali il novero più limitato dei soggetti attivi e la particolarità della frode richiesta) è più gravemente sanzionata, sarebbe la sola applicabile".

Pare opportuno chiarire il concetto di concorso apparente di norme e l'ambito di operatività del principio di specialità, con espresso riferimento alla locuzione "stessa materia" contenuta nell'art. 15 c.p.

Si ha concorso di norme allorché più disposizioni appaiano, *prima facie*, tutte applicabili ad un medesimo fatto.

In dottrina<sup>43</sup> si registrano posizioni concordanti sui presupposti che danno origine al fenomeno in questione, ossia l'esistenza di una medesima situazione di fatto e la convergenza di una pluralità di norme che sembrano prestarsi a regolarla.

Meno univoco è il modo di intendere il primo dei presupposti, l'identità del fatto, il cui significato varia sia in funzione dei criteri utilizzati per identificare i casi di concorso apparente di norme, sia dell'interpretazione che viene attribuita all'espressione "stessa materia", contenuta nell'art. 15 c.p., unico criterio normativo, risolutivo dei casi di concorso apparente di norme, che stabilisce la prevalenza della legge speciale rispetto a quella generale.

Secondo un primo orientamento, seguito per lo più in giurisprudenza, l'espressione "stessa materia" indica l'identità del bene giuridico protetto, con la conseguenza che il rapporto di specialità sussiste elusivamente tra norme aventi la medesima oggettività giuridica.

L'espressione "stessa materia", però, non può essere interpretata prendendo quale riferimento l'identità del bene protetto dalle disposizioni apparentemente configgenti, sia per l'equivocità ed improprietà della terminologia rispetto alla nozione che avrebbe dovuto esprimere, sia perché risulterebbero esclusi dall'ambito di operatività del concorso apparente casi che sono ad esso sicuramente riconducibili<sup>44</sup>.

L'inserzione dell'elemento dell'omogeneità del bene giuridico tra i presupposti del criterio di specialità ne altererebbe, inoltre, la funzione: detto criterio ha, infatti, natura logico-formale, mentre l'analisi dell'omogeneità del bene giuridico protetto implica un giudizio di valore

<sup>43</sup> Per una panoramica sulla tematica del concorso di norme, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, parte generale, Milano, XVI ed., 150 ss.; MANTOVANI, *Diritto penale*, parte generale, Padova, V ed., 455 ss.; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, parte generale, Bologna, IV ed., 629 ss.; FIORE, *Diritto Penale*, Torino, vol. II, II ed, 170 ss.

<sup>44</sup> Tipico esempio è quello delle norme sull'abrogato oltraggio e sull'ingiuria, i cui beni giuridici sono, rispettivamente, il prestigio della Pubblica Amministrazione e l'onore ed il decoro della persona.

estraneo al modo di operare della specialità.

Le questioni relative al concorso apparente di norme devono, piuttosto, essere risolte avuto riguardo alle relazioni strutturali tra fattispecie astratte, con riguardo alla natura ed alle modalità dei comportamenti, nonché ai caratteri del dolo<sup>45</sup>.

È evidente, alla luce di tale criterio, che tra i reati di frode fiscale e truffa aggravata ai danni dello Stato sussista un concorso apparente di norme risolto alla luce del principio di specialità.

Le due figure delittuose presentano, infatti, un nucleo comportamentale comune.

La truffa consiste in una particolare forma di aggressione al patrimonio altrui, realizzata attraverso un inganno che induce la stessa vittima ad autodanneggiarsi; assurge a modello tipico di fattispecie a cooperazione artificiosa: l'azione offensiva richiede, infatti, una sorta di completamento ad opera del soggetto passivo che coopera alla produzione del danno.

Il nucleo centrale della condotta incriminata risiede in un'attività diretta a persuadere con l'inganno, che il legislatore tipicizza nei termini di un'induzione mediante artifici, che determina l'errore della persona offesa.

La truffa si realizza, in altre parole, nell'ambito della formazione di un rapporto patrimoniale e rappresenta un'insidia nella fase dinamica, imprimendo un indirizzo ingiustamente vantaggioso per una delle parti ed attuando un pregiudizio al patrimonio per il tramite di un'offesa alla libertà del consenso. L'insidia viene realizzata attraverso artifici e raggiri che, insinuandosi nell'animo del soggetto passivo, lo spingono ad una nuova rappresentazione psichica del rapporto non conforme alla realtà, tale da acquisire un'efficacia motivante. La struttura del reato di truffa impone all'interprete di tener ben presente il collegamento eziologico tra la condotta fraudolenta posta in essere dal soggetto agente e l'induzione in errore del soggetto passivo, come è chiaramente desumibile dalla stessa lettera della legge.

Anche la l'ipotesi criminosa di cui all'art. 2 dlgs 74/00 presuppone una condotta fraudolenta, seppur a forma vincolata, dell'autore del reato, che determina una falsa rappresentazione della realtà.

<sup>45</sup> Sul punto, cfr. Cass. Sez. Un. 9 maggio 2001, *Papa*; Cass. Sez. Un. 28 marzo 2001, *Tiezzi*, in cui si afferma che la soluzione del problema del concorso apparente di norme deve essere affidata ai criteri di specialità, di consunzione o di assorbimento, a seconda delle caratteristiche strutturali ed ontologiche delle fattispecie criminose messe a confronto.

L'elemento centrale della fattispecie si focalizza sulla "dichiarazione annuale prevista ai fini delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto" e l'utilizzo di documenti fiscalmente rilevanti, tesi a documentare operazioni mai poste in essere. Esso si concretizza non quando la dichiarazione è semplicemente mendace, bensì quando il suo contenuto viene supportato da un impianto documentale atto a sviare od ostacolare la successiva attività di accertamento, o, comunque, ad avvalorare artificiosamente i dati non veri in essa riportati.

Le due fattispecie differiscono quanto all'elemento psicologico.

La truffa è un reato a dolo generico. L'elemento psicologico della frode fiscale è il dolo specifico costituito dal "fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto". Il fine di evadere consiste nel non pagare l'imposta effettivamente dovuta e che si sarebbe dovuta dichiarare, ivi comprendendo anche il fine di conseguire un indebito rimborso o il riconoscimento di un inesistente credito d'imposta.

Il Legislatore ha posto tale conseguimento come scopo della condotta tipica, come caratterizzante l'elemento intenzionale del reato; conseguimento che, invece, si connota come evento nel delitto di truffa<sup>46</sup>. Il delitto di frode fiscale si connota, cioè, come reato di pericolo, o di mera condotta, per il quale la tutela è anticipata perché la sua consumazione prescinde dal verificarsi dell'evento del danno, posto in rapporto teleologico dell'elemento intenzionale.

Il Legislatore ha inteso rafforzare in tal modo la tutela, anticipandola al momento della condotta tipica, intendimento ulteriormente con-

<sup>46</sup> È stato osservato che il delitto di truffa richiede la verifica di un evento di danno patrimoniale che esula, pur essendo nell'intenzione dell'agente, dalla fattispecie penale tributaria. Tale aspetto dovrebbe restare soccombente di fronte ad "evidenti ragioni di rispetto del principio del *ne bis in idem* sostanziale ed alla prevalenza di elementi specializzanti, oltre che alla misura della pena, in quanto, integrando il delitto tributario, nella sostanza, un tentativo di truffa, esso è punito, nella sua forma speciale, più severamente della truffa consumata" cfr. NAPOLEONI, *I fondamenti del nuovo diritto penale tributario*, Milano, 2000, 71.

*Contra* DELL'ANNO, *Frode fiscale, false comunicazioni sociali e truffa: concorso di reati o concorso apparente di norme?*, cit., secondo cui: "Ciò che non convince in queste affermazioni è che nelle fattispecie di frode fiscale sia configurabile un tentativo di truffa, dovendo invece ritenersi che le relative previsioni descrivono vere e proprie truffe consumate, realizzandosi l'ingiusto profitto per l'agente ed il danno per l'erario nel momento stesso della presentazione, da parte del primo, della dichiarazione, dovendo questa accompagnarsi alla autoliquidazione dell'imposta dovuta e, almeno di regola, al versamento delle relative somme".

fermato dalla misura della sanzione, superiore, sia nel minimo che nel massimo, a quella prevista per il delitto di truffa aggravata.

La Relazione Governativa al decreto n. 74 del 2000 prende espressamente a conforto tale ultima ipotesi di reato per giustificare la congruità sanzionatoria prevista per il delitto di frode fiscale e dà rilievo ai “*connotati di particolare disvalore*” dell’artificio utilizzato, cioè di avvalersi di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti.

Il reato tributario, dunque, in quanto proprio<sup>47</sup>, connotato da uno specifico artificio, da una condotta a forma vincolata, e sorretto da dolo specifico si pone in rapporto di specialità rispetto a quello comune della truffa. In definitiva, la configurabilità del concorso del delitto di frode fiscale con la truffa aggravata ai danni dello Stato va esclusa in ragione della specialità della norma penal-tributaria, che punisce l’attività diretta a realizzare il suddetto risultato indipendentemente dal suo effettivo concretizzarsi, per cui l’ulteriore criminalizzazione dell’eventuale conseguimento dell’indebito rimborso verrebbe a violare il principio del *ne bis in idem*<sup>48</sup>.

Il concorso tra le due fattispecie è, forse, possibile nell’ipotesi in cui il contribuente riporti nella dichiarazione un versamento d’imposta in realtà mai effettuato, fatto non contemplato nella norma tributaria, anche in relazione alla generale irrilevanza, agli effetti del dlgs 74/00, dell’adempimento dell’obbligazione pecuniaria avente ad oggetto l’imposta.

Ove si realizzasse un’attività fraudolenta volta ad ottenere un indebito rimborso d’imposta, sembrerebbe esservi spazio per la contestazione in concorso del reato di truffa aggravata ai danni dello Stato.

<sup>47</sup> L’individuazione dei soggetti attivi del reato appare ampia in ragione del termine “chiunque” utilizzato dal legislatore; tale termine deve, tuttavia concretizzarsi in situazioni specifiche giuridicamente rilevanti, che indicano i soggetti obbligati alla presentazione delle dichiarazioni. Soggetti agenti del reato sono, pertanto, i contribuenti che sottoscrivono e presentano la dichiarazione. Se ne conclude che si tratta di reato proprio. Sul punto, cfr. *supra*, *sub* par. 1.

<sup>48</sup> Per un’ampia disamina sulle fattispecie tributarie e sui rapporti con altre ipotesi criminose, cfr. SANTAMARIA, *La frode fiscale*, cit., 423 ss.

## RECENSIONI



GIAMBATTISTA MASCIOTTA, *Giuseppe Zurlo. Un uomo di Stato (1757-1828)*. Introduzione di Luigi Biscardi, Campobasso, Associazione Culturale "Vincenzo Cuoco", 2007, 205 p. (Memoria del Molise, 1).

A cura dell'Associazione Culturale "Vincenzo Cuoco" e con il corredo di un denso saggio introduttivo di Luigi Biscardi, è stata recentemente data alle stampe una biografia inedita di Giuseppe Zurlo, scritta da Giambattista Masciotta negli ultimi anni di vita. La pubblicazione del volume offre l'occasione per alcune riflessioni sia sulla produzione del più noto storico molisano, sia sulla (scarsa) fortuna storiografica di un "uomo di Stato" che ha ricoperto ruoli di primo piano in un periodo storico cruciale per il Molise e per l'intero regno meridionale.

Giambattista Masciotta (Casacalenda, 1864-1933) è conosciuto, in regione e fuori, quasi esclusivamente per il monumentale *Il Molise dalle origini ai nostri giorni*, in quattro volumi, dei quali i primi due apparso nel 1914 e 1915, il terzo e il quarto postumi, nel 1952. In effetti, il profilo complessivo della provincia tracciato nel primo volume dell'opera (in cui Masciotta illustra gli aspetti geologici, idrografici, orografici e la viabilità antica e

moderna, ricostruisce diacronicamente le vicende storiche dall'antico Sannio ai suoi tempi, approfondisce criticamente i temi e i problemi nodali dell'Ottocento) e le monografie sui 134 comuni molisani presentate nei rimanenti tre (in cui l'A. dà notizie su origine, nome e popolazione di ogni centro, ne delinea il profilo storico, ricorda le principali manifestazioni artistiche, fornisce informazioni sulla vita amministrativa ed ecclesiastica e sulle attività produttive) continuano a costituire ancora oggi, a molti decenni di distanza, un punto di riferimento difficilmente eludibile per gli studiosi e i cultori di storia molisana. La produzione di Masciotta, tuttavia, non si esaurisce con la pur ponderosa opera sul Molise; egli è autore di altri lavori che concorrono in misura non marginale a definire il suo "profilo" di storico. Tra questi, sono da ricordare almeno le *Memorie storiche di Casacalenda*, opera giovanile di rigorosa impostazione, scritta tra il 1882 e il 1898 e pubblicata solo nel 1995, che si inserisce a pieno titolo nel ricchissimo filone delle monografie municipali molisane; la curatela del *Catalogo della Biblioteca Provinciale Molisana*, pubblicato nel 1921, repertorio in cui, oltre al censimento del già prezioso fondo documentario della Biblioteca "Albino", rinveniamo la prima ricapi-

tolazione delle vicende dell'istituzione con indicazione e descrizione delle numerose donazioni ricevute; infine, ma è quanto ci interessa maggiormente in questa sede, importanti prove nel campo della ricostruzione biografica: *In memoria di Scipione di Blasio*, del 1901, sentito omaggio al senatore suo maestro e, poi, amico, e *Una gloria ignorata del Molise. Giacomo Caldora nel suo tempo e nella posterità*, circostanziata biografia del 1926. Di conseguenza, le attenzioni rivolte a Giuseppe Zurlo negli ultimi anni di vita – la biografia è stata redatta fra il 1928 e il 1932 – non rappresentano una “deviazione” dall'esclusivo percorso di studi di Giambattista Masciotta, quanto l'approdo di uno dei diversi filoni di indagine proficuamente praticati dallo storico di Casacalenda in parallelo al suo impegno maggiore. Collocato nella giusta dimensione l'interesse di Masciotta verso il genere biografico, è da chiedersi come mai egli abbia focalizzato l'indagine proprio su Zurlo. Giuseppe Zurlo (Baranello, 1757 – Napoli, 1828) ha svolto a lungo una intensa attività amministrativa ricoprendo numerosi e rilevanti incarichi (è stato componente del Sacro Regio Consiglio e avvocato fiscale del Real Patrimonio negli anni della Reggenza e di Tanucci; direttore delle Finanze e Segretario di Stato

con la prima restaurazione borbonica; consigliere di Stato, ministro delle Finanze e ministro dell'Interno durante il decennio francese; ancora ministro dell'Interno nel 1820 con i Borboni) e ha promosso o ispirato molti progetti di riforma e di ammodernamento dello Stato (dalla istituzione dei “visitatori economici” per le province alla legge eversiva della feudalità, dalla riforma del sistema tributario a quella della pubblica istruzione, dalla creazione di adeguate infrastrutture materiali al potenziamento degli istituti culturali, all'elaborazione dell'*inchiesta murattiana*). Zurlo, quindi, è indiscutibilmente uno dei rappresentanti più eminenti di un gruppo di intellettuali e uomini politici molisani – fra gli altri, si ricordino almeno Francesco Longano, Giuseppe Maria Galanti e Vincenzo Cuoco – che a Napoli, capitale del Regno, ha svolto un ruolo di primo piano in ambito culturale e politico nel periodo che non casualmente si è concluso con il conferimento dell'autonomia amministrativa alla Provincia di Molise (decreto del 27 settembre 1806, integrato dal successivo dell'11 maggio 1811 per la definizione dei confini; l'azione amministrativa di Zurlo non è estranea all'emanazione di entrambi). Negli anni in cui Masciotta redigeva il testo su Zurlo, su altri com-

ponenti di quell'ineguagliabile gruppo erano già disponibili ampi profili biografici e critici (si pensi solo al primo dei lavori di Michele Romano su Vincenzo Cuoco, del 1904, o al libro di Giuseppe Verrecchia su Galanti, del 1924), mentre sullo statista di Baranello non molto era stato pubblicato. Nel 1910, Iginò Petrone lamentava l'assenza di un'opera che "illuminasse l'alta e complessa figura" di uno dei pochi "uomini rappresentativi" del Molise; nel 1915 Benedetto Croce, nelle *Considerazioni finali alla Storia del Regno di Napoli* scriveva: "Mi piacerebbe soffermarmi [in un altro ipotetico lavoro sul Regno di Napoli] in particolare sugli oscuri o sui dimenticati, come per dirne uno, è quel Giuseppe Zurlo, che servì i Borboni e servì i Napoleonidi, ma servì sempre e unicamente la sua patria". Probabilmente, Giuseppe Zurlo era stato "dimenticato" proprio perché "oscuro": la sua attività si era dipanata prevalentemente sul piano pratico, operativo, sebbene ad altissimo livello (Zurlo è anche autore di alcuni interessanti scritti, di cui Masciotta dà l'elenco, ma sono tutti di carattere eminentemente amministrativo), mentre Longano, Galanti, Cuoco avevano lasciato le loro tracce più profonde in opere di diverso tenore e di grande impatto, divenute ben pre-

sto classiche (si ricordano il *Viaggio per lo Contado di Molise* per Francesco Longano, la *Descrizione delle Due Sicilie* per Giuseppe Maria Galanti, il *Saggio storico sulla rivoluzione di Napoli* per Vincenzo Cuoco). Il pensiero affidato alla pagina scritta è più facilmente ricostruibile e interpretabile del pensiero che sottende ad azioni politiche e amministrative. Ciò ha contribuito a creare il vuoto storiografico su Zurlo, segnalato e stigmatizzato da Petrone e da Croce, e ciò conferisce merito ancora maggiore alla attenta biografia di Masciotta, alla cui lettura la ricordata introduzione di Biscardi fornisce tutte le indispensabili chiavi di accesso.

GIORGIO PALMIERI

RINO PENSATO, *Manuale di bibliografia. Redazione e uso dei repertori bibliografici*. Appendici e bibliografia in collaborazione con Franco Pasti, Milano, Editrice Bibliografica, 2007, 325 p. (Bibliografia e Biblioteconomia, 80).

A venti anni dal *Corso di bibliografia* (Editrice Bibliografica, 1987), Rino Pensato pubblica il *Manuale di bibliografia* che si presenta come un'opera in gran parte nuova, e non un semplice aggiornamento o un'ulteriore edizione del prece-

dente e fortunato libro (il *Corso* nel 1998 era giunto alla quarta edizione; nel 1994 era stato tradotto in spagnolo). Bibliotecario a Pisa e a Bologna, docente di bibliografia presso le Università di Pisa, di Udine e di Bologna, collaboratore di autorevoli riviste specializzate, autore di studi fondamentali sulle raccolte locali, l'A. illustra motivazioni e finalità del lavoro muovendo da una duplice osservazione, solo apparentemente contraddittoria: nell'ultimo ventennio, da un lato, il forte impatto esercitato sulla ricerca bibliografica dalla diffusione di Internet e delle risorse elettroniche ha messo in discussione l'efficacia e l'utilità stessa dei repertori cartacei; dall'altro, si è registrato un sensibile incremento di studi specialistici sui diversi aspetti teorici, metodologici e storici della bibliografia (limitandosi ad alcuni dei titoli più significativi apparsi negli ultimi anni: l'originale lavoro di Giovanna Zagarelli e Andrea Capaccioni, *Catalogare l'universo. Approcci semiotici alla bibliografia*, Torino, Testo & Immagine, 2004; l'erudita sintesi di Alfredo Serrai e Fiammetta Sabba, *Profilo di storia della bibliografia*, Milano, Edizioni Sylvestre Bonnard, 2005; l'ottimo strumento didattico fornito da Marco Santoro e Antonella Orlandi, *Avviamento alla bibliografia. Materiali di studio e di lavoro*, Milano,

Editrice Bibliografica, 2006; la traduzione del classico saggio di Rudolf Blum, *Bibliografia. Indagine diacronica sul termine e sul concetto*, Milano, Edizioni Sylvestre Bonnard, 2007, ed orig. 1969).

La contraddizione fra le due tendenze è solo apparente perché, come Pensato mostra con chiarezza, la ricerca bibliografica in Internet non deve essere considerata "alternativa", bensì "integrativa" della ricerca bibliografica convenzionale; conseguentemente, anche se la trattazione delle ricerche in Internet "non può non rivendicare una sua autonomia piena e convinta [...] i principi, le tecniche, le metodologie della bibliografia convenzionale continuano ad essere, anche per le ricerche bibliografiche in Internet, un riferimento obbligato" (p. 11). Tenendo ben ferme sullo sfondo queste premesse teoriche – fra l'altro, perfettamente in linea con le posizioni più mature espresse in campo biblioteconomico a proposito di quella che, banalizzando, può essere indicata come la dialettica fra 'biblioteca virtuale' e 'biblioteca reale', fra 'nuovo' e 'vecchio' – Pensato disegna il *manuale* articolandolo in cinque sezioni principali, dedicate rispettivamente alla definizione terminologica e concettuale di bibliografia, alla compilazione dei repertori bibliografici, all'uso dei re-

portori bibliografici, alla bibliografia sull'argomento, a un'appendice documentaria. In questa breve scheda di presentazione, si crede sia doveroso almeno accennare agli elementi di novità caratterizzanti l'opera: innanzitutto, il maggior spazio conferito alla ricostruzione storica e alle questioni teoriche in quanto, lo si è accennato prima, "è parso che su questo terreno, all'estero e anche in Italia, la riflessione abbia proceduto in misura rilevante e a buon ritmo: si pensi solo alla continua diffusione e ai relativi progressi della bibliografia testuale e alla più recente 'esplosione' della bibliografia come sociologia dei testi facente capo al neozelandese McKenzie" (p. 11); quindi, il rilievo dato alle varie manifestazioni del rapporto fra bibliografia e Internet; infine, la trasformazione della bibliografia di riferimento, che corredeva l'altro volume, in un vero e proprio capitolo in cui vengono fornite le indicazioni di quasi cinquecento studi sulla bibliografia: un autonomo strumento di conoscenza sugli strumenti per la conoscenza.

Per la solidità dell'impianto e per la rigorosa ed esauriente esposizione di tutte le fondamentali conoscenze tecniche, mai disgiunta dai pertinenti riferimenti teorici, il *Manuale di bibliografia* di Rino Pensato, come il precedente *Corso*, ri-

sulterà senz'altro apprezzato sia fra gli operatori delle biblioteche e del mondo dell'informazione, sia fra gli studenti dei corsi di bibliografia e biblioteconomia; nello stesso tempo, esso concorrerà a ribadire l'insurrogabilità del ruolo che la bibliografia continua a svolgere quale strumento di mediazione fra produzione e fruizione di documenti anche nell'era di Internet e delle risorse elettroniche.

GIORGIO PALMIERI

MASSIMO CORSALE, *Diario di bordo. Alla ricerca dell'identità maschile*, Salerno, Plectica editrice, 2007, pp. 210.

Il libro di Massimo Corsale è un libro solo apparentemente semplice, una semplicità indotta da una scrittura scorrevole e accattivante; in realtà, si rivela nella sua sostanza come un testo multiplo e complesso, che può essere letto ed analizzato sotto angolature e profili diversi.

È certamente uno scritto autobiografico, il racconto di una vita (e lo stesso titolo scelto dall'Autore ne è indicazione: *Diario di bordo*); se non fosse storia di esperienze vissute, si potrebbe leggere anche come un romanzo; è, al contempo, un testo di analisi sociale, nel quale Corsale

proietta le proprie vicende su di uno schermo più ampio: storico, sociale, politico, culturale, collocando le riflessioni scaturite dalla sua personale biografia nell'orizzonte vasto della contemporaneità; è anche un testo filosofico, con il suo porsi interrogativi fondanti; è, ancora, uno scritto che potrebbe rientrare nella lunga tradizione della letteratura moralistica: fa capolino, tra le pagine del libro, sia il moralista "pratico" che il moralista "puro", ma senza il pessimismo scarnificante che connota la maggior parte della produzione moralistica.

Questi diversi filoni - narrativo, analitico, speculativo, di indagine critica - non rendono erratica la riflessione dell'Autore, ruotando invece intorno ad un tema centrale, annunciato (come in sordina) nel sottotitolo del libro: *alla ricerca dell'identità maschile*.

Il problema, dunque, dell'identità. Un problema che emerge con fisionomia affatto nuova, con forza e, direi, con drammaticità, a partire dal Novecento.

Non mancano, certo, riflessioni più risalenti, soprattutto se si considera il termine 'identità' come unità della persona, come entità unica e peculiare, in questo senso intercambiabile con l'idea di 'individuo'. Si pensi, per non andare troppo indietro, alle analisi svolte,

ad esempio, dall'empirismo inglese su questo tema (mi riferisco, in particolare, al *Saggio sull'intelletto umano* di Locke ed al *Trattato sulla natura umana* di Hume).

E', tuttavia, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento che anche altre discipline si accorgono del tema, a causa della sua crescente problematicità: l'identità diviene infatti oggetto di inquieta ricerca, smarrito il suo ancoraggio a riferimenti solidi, ordinati, di significato univoco.

La letteratura psicanalitica di matrice freudiana mostra un progressivo interesse per l'identità, dovuto principalmente alla necessità di affrontare le sempre più numerose patologie caratterizzate dall'indebolimento o dalla perdita del senso di integrità e di coesione del sé.

Le scienze sociali, soprattutto la sociologia e la psicologia sociale, rivolgono l'attenzione alla problematica dell'identità (attenzione che poi rimarrà costante) a partire appunto dal XX secolo, con due studiosi americani: Charles Horton Cooley (*Human nature and the social order*, 1902) e George Herbert Mead (*Mind, self and society from the standpoint of a social behaviorist*, 1934). Ma è la letteratura che precorre i tempi mostrando, in modo diretto (al di là cioè di propositivi approfondimenti teorici e concettuali), la crisi dell'identità, il suo volto mo-

dero connesso allo smarrimento e alla angosciata ricerca di una coesione perduta; si pensi, e mi limito a citare solo alcuni autori tra i più rappresentativi, a Proust, Joyce, Kafka, Musil, Ibsen, Svevo, Pirandello. Questi scrittori intuiscono quello che oggi, nella fase della "modernità liquida" è divenuta acquisizione consolidata. L'espressione "modernità liquida" è stata coniata, come è noto, dal sociologo polacco Zygmunt Bauman, per indicare una situazione - quella contemporanea - nella quale tutto è fluido, effimero, volatile, evanescente, soggetto ad un mutamento continuo, una situazione nella quale non vi sono più ormeggi sicuri, certezze, stabilità. E questa precarietà riguarda regole, valori, istituzioni, strutture, saperi, identità individuali e collettive. Siamo ormai consapevoli che, scrive Bauman, "l'appartenenza e l'identità non sono [più] scolpite nella roccia, non sono assicurate da una garanzia a vita, che sono in larga misura negoziabili e revocabili; e che i fattori cruciali per entrambe sono le proprie decisioni, i passi che si intraprendono, il modo in cui si agisce e la determinazione a tenere fede a tutto ciò" (*Intervista sull'identità*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 6).

In questo contesto, "l'identità - continua Bauman - ci si rivela unicamente come qualcosa che va in-

ventato piuttosto che scoperto [...]. L'identità può entrare nella *Lebenswelt* solo come compito, come un *compito non ancora realizzato, non compiuto*, come un appello, come un dovere e un incitamento ad agire" (*ivi*, pp. 13 e 19-20). Ciò comporta "il passaggio della responsabilità della scelta sulle spalle dell'individuo" (*ivi*, p. 59), l'assunzione di una identità come decisione, come progetto di vita.

Il problema della *mêmeté* (per dirla con Paul Ricoeur), vale a dire la coerenza della nostra identità nel tempo, si intreccia col problema della *ipséité*, la coerenza di tutto ciò che ci distingue come persone; ed entrambi questi problemi si uniscono nell'impegno orientato verso un destino scelto coscientemente, scelta che comporta l'affascinante avventura della libertà ma anche la correlata vertigine dell'incertezza.

È proprio questa ricerca di un'identità, come sforzo compiuto nella direzione di costruire un progetto esistenziale, di realizzare "un impegno" che "si concretizza nel cercare di dare un senso complessivo [e kierkegaardianamente etico] alla propria vita", a costituire il fulcro del libro di Massimo Corsale, la sua finalità dichiarata. Un progetto esistenziale che - come chiarisce l'Autore - va sempre rivisto, aggiornato, adeguato alle nuove situazioni

che si presentano, e che deve porsi, eticamente appunto, al di là della sfera meramente personale del soggetto che di quell'impegno si fa progettista e realizzatore. 'Un comportamento dotato di senso', si potrebbe dire parafrasando Weber; aggiungendo "dotato di senso etico".

Una prospettiva, dunque, fenomenologica, costruzionista, intenzionale, che tenga conto - al di là dell'arbitrio del singolo, di una soggettività cioè separata e in sé risolta - del contesto sociale e culturale nel quale operiamo, delle opinioni degli altri, dei nostri interlocutori.

Un senso "etico" che viene subito de-retoricizzato e ridimensionato, ricondotto cioè alla realtà del nostro essere insieme "lupi", ma anche portatori di valori: "tra la nostra 'animalità' di lupi e la nostra 'spiritualità' di assertori di valori - scrive Corsale - esiste un filo, un collegamento ininterrotto".

Una visione doppiamente dialettica, quella dell'Autore: dialettica tra l'io e l'altro; dialettica all'interno delle forze ed istinti contrastanti presenti all'interno del sé. Ed è proprio tale convincimento dialettico, scartata l'idea metafisica di una "verità" sostanziale supposta oggettiva, a far propendere Corsale per una "verità" frutto di donazioni di senso, costruzioni,

operazioni interpretative, visioni del mondo. Questo non conduce, peraltro, alla deriva verso un nichilismo relativistico, bensì alla celebrazione della tolleranza; scrive Corsale: "se [...] si considera la verità come il risultato (sempre rivedibile) di un processo di continua costruzione individuale e collettiva, allora la tolleranza diventa il valore che necessariamente l'accompagna". Un valore, quello della tolleranza, che fonda anche una corretta identità: l'insicurezza è, infatti, nemica della tolleranza e, annota l'Autore, "frutto di una difettosa costruzione dell'identità".

La logica che ha ispirato tutta l'evoluzione culturale dell'Occidente negli ultimi secoli è stata quella dell'affrancamento degli esseri umani da ogni predeterminazione del proprio destino sulla base di elementi ascritti, di caratteristiche assegnate fin dalla nascita. Oggi l'ordine sociale tradizionale, un ordine basato su regole rigide e su criteri di comportamento indiscussi perché segnati da percorsi culturalmente imposti - un ordine che si è sostanzialmente mantenuto sino alla prima metà del secolo appena trascorso - è tramontato.

Venuti meno i modelli culturali rigidi ed obbliganti, l'alternativa è tra il vuoto, il naufragio, la perdita di senso, e la scelta di un destino fabbricato da noi responsabilmente, di una

identità costruita con consapevolezza etica, di una soggettività che "si qualifica in termini di libertà responsabile, cioè di responsabilità liberamente assunta e come tale capace di farsi carico dei vincoli di solidarietà che sono inerenti ai legami sociali", come scrivono Vincenzo Cesareo e Italo Vaccarini in un loro recente lavoro, significativamente intitolato *La libertà responsabile. Soggettività e mutamento sociale* (Milano, Vita e Pensiero, 2006, p. 287).

Il modello di identità proposto da Corsale si riferisce specificamente, come è stato detto, all'identità maschile - anche se alcuni tratti di questo modello possono valere anche per il genere femminile. Nella costruzione di tale modello, Corsale avverte saggiamente che si tratta di un modello storicamente condizionato e, per di più, soggettivamente formulato, pur se tale aspetto soggettivistico tende - come in ogni riflessione seria - a valere al di là del soggetto che lo elabora, nei limiti ovvi e strutturali di ogni umana individuale riflessione.

Un modello 'rischioso', perché autonomo, aperto, rivedibile, soggetto a continue integrazioni e correzioni, senza sponde; molto più difficile ed 'esposto'. È questa, d'altronde, la scelta più consona a colui che non si lascia condizionare dalle mode e dalle opinioni dei più,

ma non opta neppure per l'autoritarismo, essendo invece fermo e convinto sostenitore della tolleranza, intesa - lo si è detto - come autentico, attivo confronto con posizioni e idee diverse dalle proprie. Di sicuro interesse la riflessione di Massimo Corsale (che qui rivela, in particolare, la sua originaria fisionomia culturale di filosofo e sociologo del diritto) sulla estensione della pratica della tolleranza al di là del rapporto interpersonale, un'estensione mirante a trovare intese per un lavoro sociale comune. Con un risultato rilevante sotto il profilo giuridico: un riaffermato legame tra diritto ed esperienza sociale, tra norme e fatti della vita. Un legame che può dare positivamente luogo ad un diritto non più (o non solo) frutto di scelte imposte esclusivamente dall'alto da un'autorità legislativa formale, ma espressione di regole emergenti dalla stessa cultura sociale.

Quali sono i tratti fondativi del modello identitario delineato dall'Autore, modello che si fonda - ripeto - sull'impegno consapevole e responsabile di un senso *scelto*? Innanzitutto, un'assunzione *virile* delle proprie responsabilità, sia riguardo ad eventuali errori commessi che con riferimento ai compiti da assolvere in prospettiva; senza, tuttavia, che siano annulla-

ti quegli spazi essenziali di auto-realizzazione e di gratificazione personale, che strutturano la stessa natura umana e che sotteraneamente operano anche - sia pure in una forma più nobile e più elevata - nei rapporti segnati dall'altruismo.

*Virilità* come *forza morale*, una forza che si esprime sul piano emozionale-affettivo ("coraggio di vivere le passioni senza scansarle, ma badando a non lasciarsene sopraffare"); sul piano intellettuale e comportamentale come realismo critico e come speranza; sul piano dell'agire sociale, affrontando i rischi connessi all'azione stessa.

Un altro elemento di questo progetto di identità maschile è l'*attitudine paterna*, intesa come protezione rispettosa dell'identità e dell'autonomia sia della propria compagna che della prole.

Ed infine, l'elemento a mio vedere più importante, certamente il più elevato: la *capacità di amare*, come "dono e perdono", rinunciando a calcoli egoistici e ad intenzioni di dominio. È nella *capacità di amare* che, in fondo, si compendia il secondo elemento, l'*attitudine paterna*, e dalla quale trae vigore la stessa forza morale, la *virilità*: senza l'arte di amare vi sono infatti poche speranze per la moralità.

Mi sembra che questi elementi presentati da Corsale come costituen-

ti un progetto di identità maschile, possano essere considerati (con le opportune modifiche contenutistiche e lessicali) come tratti costitutivi di un modello ideale identitario della persona umana, sia essa di genere maschile o femminile. Lo stesso Autore ne è consapevole, dichiarando di volere invitare a questa sfida uomini e donne, anche se - aggiunge - di "guardare con un occhio di simpatia speciale a quello dei due generi che [vede] oggettivamente svantaggiato, debole: quello maschile".

La lettura, ogni lettura, è sempre orientata, guidata da esperienze e prospettive personali. Dunque, lo è stata - non poteva essere altrimenti - anche la mia. Non è, tuttavia (credo), una difesa pregiudiziale del genere femminile ad indurmi a dire che, pur nella consapevolezza di una crisi di identità che investe uomini, donne, ma anche etnie ed intere popolazioni, sono ancora le donne - anche se non sempre e non dovunque - ad essere più deboli. Gli studi statistici, d'altronde, testimoniano ampiamente le violenze di vario tipo alle quali esse sono tuttora sottoposte.

Preferisco, peraltro, fare riferimento non alle fredde statistiche (per le quali - lo confesso - non ho particolare simpatia), ma ad un testo di uno dei maggiori sociologi contemporanei, Pierre Bourdieu, intitolato *La*

*domination masculine* (Paris, Édition du Seuil, 1998; trad. ital.: *Il dominio maschile*, Milano, Feltrinelli, 1998). Persuaso della permanenza reale e simbolica della dominazione maschile, Bourdieu analizza la natura arbitraria, contingente, culturale della differenza tra il maschile e il femminile, sulla quale tale dominazione si è fondata e abusivamente legittimata. E sottolinea come anche i cambiamenti visibili che hanno investito la condizione femminile mascherino una permanenza delle strutture di dominio maschile. Non è, comunque, tanto per questo giudizio (con il quale concordo) che ho voluto ricordare il libro del sociologo francese, quanto piuttosto perché alla fine del suo lavoro, in un *Poscritto sul dominio e sull'amore*, Bourdieu, abbandonata l'analisi,

esprime la speranza nel potere riequilibrante dell'amore, "luogo di una serie protratta di miracoli: quello della non-violenza, reso possibile dall'instaurarsi di rapporti fondati sulla piena *reciprocità*, tali da autorizzare l'abbandono e il dono di sé; [...] [e] quello del *disinteresse* che rende possibili rapporti destrutturizzati, fondati sulla gioia di dare gioia" (*ivi*, p. 127).

È qui, in questo passo, delineata la *capacità di amare* di cui parla Corsale, un grande ripetuto gesto di forza; il più grande. Un gesto nel quale riponiamo le nostre speranze non solo per la fondazione dell'identità individuale e per l'intesa di coppia, ma anche le nostre attese per un mondo migliore.

MARIA AUSILIA SIMONELLI



---

## Indice generale

### INTERVENTI

*«La lingua italiana nelle relazioni fra istituzioni e cittadini»*

MASSIMO ARCANGELI	
Italiano settoriale e italiano comune	5
STEFANO D'ALFONSO	
Il linguaggio del diritto e i destinatari delle norme fra diritto comunitario e diritto interno	27
MASSIMO FABIANI	
La lingua italiana nelle relazioni fra istituzioni e cittadini	63
GIULIANA FIORENTINO	
Semplicità e chiarezza linguistica nei testi giuridici	85
ILENIA SERENA PERNA	
La comprensione degli atti giudiziari: un esperimento	111
ANDREA RALLO	
Linguaggio tecnico e atti amministrativi	169
GIOVANNI ROVERE	
L'efficienza comunicativa in ambito giuridico	183

### SAGGI

ANDREA ABBAGNANO TRIONE	
L'acquisto, la duplicazione e la detenzione illegale di programmi per elaboratore, tra illiceità penale ed illegittimità amministrativa	211
FRANCESCO BARACHINI	
Note in tema di diritti di informazione e controllo del socio nelle società di persone	219

ANTONIO CETRA Note in tema di Società e Comunione	237
LUISA CORAZZA Il coinvolgimento dei lavoratori nella <i>governance</i> dell'impresa e i nuovi diritti d'informazione e consultazione sindacale. Prime note sul d. lgs n. 25 del 2007	249
FRANCESCO D'AYALA VALVA Uno sguardo su alcuni sistemi tributari europei	267
GIANMARIA PALMIERI Assemblee telematiche e società di capitali: profili sistematici	295
CARLA PANSINI I sostitutivi del carcere tra esigenze punitive e bisogni di riso- cializzazione	305
FEDERICO PERNAZZA Il ruolo dell'impresa sociale nel quadro degli enti non profit	313
SILVIA PICCININI Vita "artificiale" e composizione "ragionevole" dei contrasti	327
GIUSEPPE REALE Il concetto di nave da guerra e la sua applicabilità alle unità navali della Guardia di Finanza	347
LOREDANA TULLIO Prestazioni indebite di «fare»: quale ripetibilità?	367
ORIZZONTI	
AGOSTINO ALLEGRO La rilevanza probatoria dell'esame autoptico	411
CARMELA AMURA Mobbing, il male oscuro del lavoro	433

---

FRANCESCO BEER	
Linee di confronto tra diritto romano, <i>Code napoléon</i> e codici italiani del 1865 e del 1942 in tema di potestà dei genitori	475
ANTONIO DI CHIRO	
«La parola ventura». A proposito di Paul Celan e Martin Heidegger	489
LUANA FIERRO	
Appunti in tema di responsabilità per danni da prodotto alimentare difettoso	513
GENNARO LUCA GIORDANO	
Il domicilio del fedele nel diritto canonico	531
DANILO IACOBACCI	
Sulla idoneità delle dichiarazioni rese dal testimone indiretto ad essere fonte di una pronuncia di condanna	547
LUIGI IANZANO	
Quali valori giuridici fondano l'Unione Europea?	569
BERNARDINO IZZI	
La responsabilità per disastro aereo provocato da aeromobile di stato alla luce della recente novella del Codice della navigazione	579
PAOLA LIBERANOME	
Le pratiche commerciali sleali	597
GIOVANNA MASTRANTONE	
Accertamento tributario extracontabile e gli studi di settore	621
GIUSEPPE PALMIERI	
La storia infinita. Nuove prospettive di riforma dei reati ambientali?	649
DOMENICO RICCIO	
Il sistema delle fonti del diritto processuale tributario	687

FRANCESCA SCUDIERO

Truffa aggravata e dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti: concorso di reati o concorso di norme?

717

RECENSIONI

Giambattista Masciotta, *Giuseppe Zurlo. Un uomo di Stato (1757 - 1828)*. Introduzione di Luigi Biscardi, Campobasso, Associazione Culturale "Vincenzo Cuoco", 2007, 205 p. (Memoria del Molise, 1).

(GIORGIO PALMIERI)

743

Rino Pensato, *Manuale di bibliografia. Redazione e uso dei repertori bibliografici*. Appendici e bibliografia in collaborazione con Franco Pasti, Milano, Editrice Bibliografica, 2007, 325 p. (Bibliografia e Biblioteconomia, 80).

(GIORGIO PALMIERI)

745

MASSIMO CORSALE, *Diario di bordo. Alla ricerca dell'identità maschile*, Salerno, Plectica editrice, 2007.

(MARIA AUSILIA SIMONELLI)

747



Finito di stampare  
Luglio 2008  
Arti Grafiche la Regione srl  
Ripalimosani (CB)



ANNALI  
9/2007  
€ 65,00

ISBN 8888102214



9 788888 102214