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

# ANNALI

## 10/2008

editrice
AGR
arti grafiche la regione srl

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

# ANNALI

10/2008

editrice
AGR
arti grafiche la regione srl

*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 10/2008
Collana: Università degli Studi del Molise
Dipartimaneto di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione
Campobasso: Arti Grafiche la Regione srl, 2009
pp. 600; 17x24 cm

© 2009 by Arti Grafiche la Regione srl
C.da Pescofarese, 44 - Ripalimosani (Campobasso)
www.artigrafichelaregione.com
info@artigrafichelaregione.com

ISBN 978-88-88102-32-0

# SAGGI

ONORATO BUCCI

# L'Islam come trionfo del sillogismo e negazione della dialettica: a proposito di una recente pubblicazione

SOMMARIO: 1. Il pretesto: la recente pubblicazione di G. BERARDI, *Ti racconto l'Islam*, Campobasso, 2009, Il Ponte editore, pp. 178. - 2. Il dato di partenza per una lettura dell'Islam da parte di un erede della cultura greco-romana è la constatazione che la dottrina della civiltà islamica si fonda sul sillogismo, quella dell'Occidente sulla dialettica. - 3. L'Altissimo come unica fonte per giudicare gli atti dell'agire umano nell'Islam rispetto alla concezione del libero arbitrio del pensiero greco-romano, giudaico-ellenistico e cristiano: il diritto coranico emanazione della volontà divina. - 4. L'Islam come eresia del Cristianesimo delle origini. - 5. L'Islam come apostasia rispetto al Giudaismo e l'eredità semitica della *Umma*.- 6. La missionologia islamica avviene sulla base di principi derivanti dall'analisi della natura umana senza gli orpelli del razionalismo che ne influenza la comprensione. - 7. A vigilare su questo patrimonio di fede ci sono le Moschee e la Madrasa. - 8. La *Sch'ia* "eresia islamica" e mediazione fra Cristianesimo e Ortodossia Sunnita. - 9. Al di là delle divisioni interne, tutto l'Islam è unito nell'ubbidienza alle pratiche rituali. - 10. Questo patrimonio culturale, storico e religioso nasce ad opera del Profeta dell'Islam in terra d'Arabia attraverso la recezione di motivi giudaici e cristiani da cui vengono espulsi gli elementi greci. - 11. Islam e Occidente oggi. L'utilità della ricerca del Berardi.

## 1. *Il pretesto: la recente pubblicazione di G. BERARDI, Ti racconto l'Islam, Campobasso, 2009, Il Ponte editore, pp. 178.*

Quando ti capita un libro che qui presentiamo, e questo libro capita nelle mani di un addetto ai lavori, la reazione può essere duplice: o segnalare le manchevolezze sparse nel testo o, dal momento che queste manchevolezze non ne intaccano affatto la validità scientifica, chiosare il testo stesso allo scopo di definirne lo scenario storico e la genesi delle sue radici.

L'estensore di questa presentazione ha fatto la seconda scelta precisando subito che le pagine del Berardi sono scritte con lo scopo di far conoscere la società islamica a chi non sa dell'argomento. Dò atto all'Autore di essersi saputo districare con serietà e abilità nell'articolato macrocosmo della società islamica.

Il primo elemento positivo del libro consiste, dunque, nel fatto che è un testo alla portata di tutti e che registra quanto è visibile e rilevabile oggi agli occhi di un osservatore attento alla realtà che ha avuto modo di incontrare svolgendo la sua attività di medico (appartenente all'Associazione Internazionale dei "Medici senza Frontiere"). Secondo elemen-

to positivo: si tratta di un testo oltre che scientificamente esatto, editorialmente ben costruito, perché completo di immagini che registrano il presente. Questa presentazione si propone di offrire a queste immagini, a queste "istantanee" di grande attualità, un sostrato di carattere storico-teorico allo scopo di programmare linee-guida plausibili per il futuro.

## 2. *Il dato di partenza per una lettura dell'Islam da parte di un erede della cultura greco-romana è la constatazione che la dottrina della civiltà islamica si fonda sul sillogismo, quella dell'Occidente sulla dialettica*

Per capire la civiltà islamica si deve partire da un dato inequivocabile: a differenza della cultura greco-romana che si fonda sulla dialettica, l'Islam afferma la verità del sillogismo che, stante la stessa definizione di Aristotele, è "il ragionamento nel quale, poste alcune premesse, deriva da queste, e in forza di queste, necessariamente qualcosa d'altro". La premessa a tutto il pensiero islamico, la sua vita, il suo modo di sentire, la sua storia e il suo mondo, in una parola la sua *Weltanshauung*, è il concetto di Dio, di Allah, che nella radice semitica ripropone l'El – Al ebraico e, come il Dio ebraico, è rigidamente monoteistico. Non vi è posto per la Trinità cristiana, che lo stesso Corano intende come politeismo, tanto più che viene intesa come composta da Dio, Gesù e Maria. Dio invece ha la qualità di onnipotenza, onniscienza, illimitata libertà di volere, essere unico creatore del nulla, che agisce costantemente su tutte le cose grandi e piccole dell'universo, dove non c'è nulla di simile a lui, giudice supremo anche, che retribuirà gli uomini con il paradiso o con l'inferno. I suoi rapporti con le creature sono quelli di un padrone verso i suoi schiavi, anche quando parla di clemenza e di perdono, termini che può usare solo lui. Egli è invisibile agli uomini di questo mondo e si renderà visibile solo nell'aldilà. Egli è qualificato con 99 nomi bellissimi, simili ai grani del rosario musulmano: da questi nomi la teologia ortodossa ha estratto i tredici attributi (*sifat*) di Dio: esistenza, eternità nel passato, eternità nel futuro, dissomiglianza da tutto ciò che è sorto nel tempo, indipendenza da ogni cosa, unicità, vita, onniscienza, onnipotenza, volontà senza limiti, udito incomparabile, vista in qualunque luogo della terra e nei meandri più oscuri, la parola che egli solo ha nel modo più completo. La scuola maturidita vi aggiunge anche un quattordicesimo attributo, il *takwin*, la creazione dal nulla, che la Sunna ortodossa comprende nell'attributo di onnipotenza.

Una concezione siffatta della divinità, del dio assoluto, non poteva che sorgere nella penisola arabica, fortemente caratterizzata dalle condizioni climatiche e geografiche dell'Arabia dei Beduini al tempo di Muhammad: le dottrine ebraiche e cristiane, "recepite" dal Profeta, si adat-

tano e si forgiano nel mondo (immemoriale) dei pastori e dei carovanieri nomadi, ripiegandosi su se stessi e adeguandosi allo scenario generale del territorio che le modifica profondamente fino a farne un *quid novi* con una caratteristica che sarà una costante per tutta la sua storia, fino ad oggi, il rifiuto di ogni elemento della civiltà greca e romana. Questa concezione della divinità assoluta è propensa a pensieri mistici piuttosto che a soggetti tragici ed eroici: è, se così si può dire, una "cultura del deserto". La conseguenza è che la concezione della divinità nell'Islam delle origini – e che passa integralmente nella Sunna – è rimasta prettamente beduina: sufficiente a nutrire la malinconia della sua gente e ad alimentare le fantasticherie delle genti circostanti che sentono pesare su di loro un eterno ricominciamento e che subiscono la forza invincibile delle cose e delle leggi di un destino eterno non plasmabile né governabile da alcuno, e per questa ragione oltremodo affascinante, almeno agli occhi degli Occidentali.

### 3. *L'Altissimo come unica fonte per giudicare gli Atti dell'umano nell'Islam rispetto alla concezione del libero arbitrio del pensiero greco-romano, giudaico-ellenistico e cristiano: il diritto coranico come emanazione della volontà divina*

Si può capire allora, se Dio è inteso con tutti questi attributi, perché Gesù non può essere figlio di Dio e, bestemmia delle bestemmie, Dio egli stesso, pur avendo l'Islam verso il Nazareno un grande rispetto ritenendolo a chiusura della Profezia. E si può capire anche, sulla base di questi attributi, che Dio ha conosciuto e voluto fin dall'eternità tutto ciò che è accaduto e accadrà nell'universo e quindi anche gli atti più particolari dell'uomo, pervenendo ad una predeterminazione delle azioni umane, ad un legame che Dio stesso pone fra causa ed effetto salvo ad annullare questo legame quando lo ritiene opportuno.

Ma se è così, se l'Altissimo è l'unica fonte dell'agire dell'uomo, non vi può essere autonomia regolatrice per le Scuole Ortodosse dell'azione umana, per cui non c'è distinzione fra *jus* e *fas*, fra norma etica e norma giuridica, e quindi fra potere politico e potere religioso, fra foro interno e foro esterno. Si nega che Gesù di Nazareth abbia mai pronunciato l'affermazione "date a Cesare quel che è di Cesare, date a Dio quel che è di Dio", si rifiuta la distinzione fra clero e società civile perché si rifiuta il concetto di sacerdozio distinto da un potere politico, da un potere cioè che possa gestire l'attività divina distinta da un potere che gestisce l'attività umana. Tutto si fonda nell'Altissimo che appartiene ed è proprio di ogni essere umano: questa è la ragione del limite, ma anche della forza della società islamica, questo è il limite ma anche la forza di ogni au-

torità politica, a partire dal Califfato.

Ed è questo il fondamento della *Sharia*, del diritto islamico, il cui vocabolo squisitamente arabo, ha il significato di "via che conduce all'abbeveratoio e, metaforicamente, "via diritta rivelata da Dio". Quest'ultimo significato, per la giurisprudenza islamica, ha un valore squisitamente giuridico, con una triplice distinzione: a) legge religiosa comprendente dogmi, reati, precetti morali e giuridici rivelati a Ebrei, Cristiani e Musulmani; b) via rivelata ai soli Musulmani nel suo significato di foro interno e foro esterno; c) via rivelata ai soli Musulmani per indicare, valutare e regolare il foro esterno (*ash – sharija al – colamiyya*). Comunque, il significato è ritenuto unitario per tutte e tre le culture giuridiche, Ebraismo, Cristianesimo e Islam. Il fatto che le prime due culture non si attengano all'antico valore come prescritto dall'Altissimo dimostra secondo tutte le correnti dottrinarie musulmane, come Cristianesimo ed Ebraismo si siano allontanati dalle proprie radici per l'influsso del razionalismo greco.

Di qui la convinzione per cui scopo e fine di ogni buon musulmano è quello di riportare Ebrei e Cristiani agli antichi valori. Era questo il fine del cosiddetto estremismo islamico dei Fratelli Musulmani fin dal loro apparire nel XIX secolo. Ed è questa la base che giustifica la *jihad*, che sta a significare: *sforzo a favore della diffusione dell'Islam nel mondo, sforzo che deve avvenire in qualunque modo perché comunque è a favore dei dhimmì (cristiani ed ebrei, e poi zoroastriani e indu), sforzo che può essere anche violento, purchè finalizzato alla conversione, e quindi "guerra santa"*, (e per questa ragione sforzo che si differenzia dalla *igbihad* che è il puro sforzo intellettuale).

È chiaro che questa concezione del diritto deve fare i conti con la storia, e la storia insegna che quando non si può imporre la *sharia* neppure con la *jihad* si deve fare in modo che negli Stati dove la tradizione costituzionale occidentale si è imposta, è bene che la *sharia* conviva con quest'ultima (*tashri* o *taqnin*) fino a renderla subordinata ad essa, in caso di contrasto.

I caratteri della *Sharia* sono: a) l'imperatività assoluta; b) consenso generale configurato sia come *igma al-umma*, sia come *igma al-a'imma*; c) carattere di extrastatualità per cui nessun Stato può ingerirsi nella sua effettualità; d) ammissione dei sotterfugi giuridici (*hiyal*) mediante i quali, rispettando la forma, si viola la sostanza giuridica; e) concezione dell'equità concepita come indulgenza e benevolenza (*rakhsa*) contro il rigore (*azima*) dello stretto diritto (*mashian*) e nel significato di parità (*adala*), giustizia (*idaqq*), misura (*haqq*); f) carattere personale e cogente della sharia, a tutela anche dei *dhimmi*, per quanto riguarda i diritti della persona, della famiglia, dei rapporti successori, delle associazioni (*waqf*) e dei diritti patrimoniali.

Ciò che caratterizza la *Sharia* è la sua extrastatualità: essa si appli-

ca in tutte le terre e nell'intera comunità umana, la *Umma*, che non può distinguersi in frazioni di popolo e di genti, ma che è unitariamente intesa con l'Umanità intera.

Dovendo dunque fare i conti con la storia, il diritto musulmano (o meglio: il diritto dei Paesi islamici) ha ribadito universalmente i principi cardini del suo dogma [1. Legame inscindibile fra norma etica e norma giuridica e quindi fra ciò che noi chiamiamo religione e ciò che noi chiamiamo diritto, e che l'Islam chiama *Sharia*; 2. Personalità del diritto in base alla propria tradizione giuridica che viene a coincidere con la propria confessione religiosa; 3. Caratterizzazione etico-religiosa del diritto privato e del diritto pubblico fino a far scomparire la distinzione fra queste due branche del diritto, vanto e cardine della tradizione giuridica occidentale nata dalle radici del diritto romano]. L'impatto dell'Islam sulla storia, a partire dalla terra del Tigri e dell'Eufrate (attuale Iraq) e a partire dal periodo storico degli Ommayadi, ha dato vita a diversi sistemi e scuole giuridiche di cui le fondamentali sono:

a) *Scuola hanafita* (dal suo fondatore Abu Hanifah) che divenne sistema ufficiale dell'Impero Ottomano dove perdurò fino al 1926-1929 quando restò limitata per la Siria, Palestina, Libano, Iraq e Afghanistan e per i musulmani di Iugoslavia, Romania, Bulgaria, India, Egitto e Sudan anglo-egiziano;
b) *Scuola malikita* (da Malik Ibn Anas) che è seguita dalla quasi totalità della popolazione dell'Africa settentrionale ed occidente dell'Egitto, in Mauritania, Nigeria e Sudan Centrale e Occidentale, Eritrea, le coste dell'Arabia Saudita
c) *Scuola Sciafaita* (da Muhammad ash-Shafi), diffusa in Eritrea, Dancalia, Somalia, Etiopia, Ciad, Kenia, Tanganika, Oman, le coste arabe da Hadramut, Yemen fino ai Curdi, Palestina, Daghestan, l'India del Malabar e tutta l'Indonesia;
d) *Scuola hambalita* (da Ahmad Ibn Hambal) applicata in Arabia (Neged e territori del Higiaz) dove è diventato sistema ufficiale, estendendosi nell'Iraq centrale e meridionale, in Siria e in parte della Palestina.

Ma in cosa si distinguono queste Scuole e come applicano la *Sharia*, contribuendo alla sua formazione e alla sua specificità? Nell'interpretare o, meglio, nell'indagare sulle quattro radici o fondamenti del fiqh (gli *usul al-fiqh*) che sono:

1) il *Corano*, che è inteso come la parola di Dio nel senso più stretto e preciso della parola, dettata termine per termine, direttamente da Dio a Maometto;
2) la *Sunnah*, cioè la consuetudine di Maometto, che si desume dagli *hadith* cioè dalla tradizione canonica relativa ai singoli detti, fatti e silenzi di Maometto;

3) l'*igma al ummah*, l'accordo di opinioni di dottori di una data epoca che è poi l'accordo della collettività musulmana su questioni non risolte chiaramente o non contenute nel Corano e negli *hadith*;
4) il *qiyas*, la deduzione per analogia con norme risultanti da alcune delle tre fonti precedenti.

L'attività costruttrice dei giuristi è chiamata *igtihad*, cioè sforzo (intellettuale e per questa ragione sforzo che si differenzia dalla *jihad*) a capire ed elaborare. È evidente che le Scuole sono chiamate a esprimere i loro pareri sui punti 3 e 4.

Il risultato di tutta questa attività è il *fiqh*, che altro non è che la giurisprudenza. Il termine equivale a *prudentia*, ed esattamente alla definizione di D 1,1,10,2 di *iurisprudentia* come *rerum divinarum atque humanarum notitia*, sebbene le profonde differenze fra il concetto di *Sharia* e quello romano di *ius* invitino ad avere molte cautele in tal senso. Più esattamente, il *fiqh* è un estrarre (dalle varie fonti) le norme relative alla qualificazione sciairitica delle azioni del soggetto tenuto all'adempimento dei suoi obblighi che sono giuridici perché sono religiosi e che sono religiosi perché sono giuridici.

### 4. *L'Islam come eresia del Cristianesimo delle origini*

Non c'è dubbio che le radici di questo svolgimento storico-giuridico siano radici di tipo giudaico non meno che cristiano: più precisamente, l'Islam si configura come un'eresia rispetto al Cristianesimo e come un'apostasia rispetto al Giudaismo. Non è fuori luogo definire l'Islam come *eresia* cristiana, cioè una *scelta* (tale è il significato del termine eresia, dal greco *airesis*) compiuta all'interno di una predicazione cristiana diffusasi ai margini della società beduina assommando conoscenze giudaiche e cristiane, formatesi, queste ultime, nei primi cinque secoli della predicazione apostolica, postapostolica e dei Padri della Chiesa. Giovanni Damasceno, che fu alto funzionario a Bagdad nella prima dominazione musulmana della Siria e che è considerato dalla Cristianità l'ultimo (in ordine di tempo) Padre della Chiesa, non ha dubbi in proposito, comprendendo i seguaci di Maometto fra le 101 eresie cristiane del tempo (e ultima in ordine cronologico).

L'eresia di Maometto (nel senso di *scelta* compiuta differenziandosi dai canoni della maggioranza all'interno della quale avviene la separazione) risente infatti della predicazione copta e soprattutto di quella nestoriana alle cui Scuole il Profeta dell'Islam era stato educato. Questo è un dato ben presente nella storiografia sciita ma volutamente ignorato da quella sunnita. È fuori di dubbio, infatti, che Maometto sia stato profondamente influenzato da sacerdoti copti (provenienti dall'Egitto) e soprattutto ne-

storiani (i quali negavano il fatto che in Gesù di Nazareth vi fossero le due nature, umana e divina), e quindi da un cristianesimo profondamente antiellenico e antirazionale (ripudio della tradizione filosofica greca).

Tanto per essere chiari: Prometeo e le scelte del razionalismo greco –cardine e fondamento di tutta la successiva cultura europea – nulla hanno a che vedere con il determinismo arabo – beduino. L'Islam è fuori dalla concezione del libero arbitrio, che è squisitamente elleno-cristiana e ignora deliberatamente il concetto giudaico di *persona*, diventato il perno della cultura dell'Occidente. Il Giudaismo puro, non influenzato dal razionalismo greco, riconosce il concetto e il valore di *persona* solo all'Altissimo: è di questo Giudaismo (e non di quello passato attraverso il filtro ellenistico), che l'Islam si sente erede e successore. Su queste fondamenta l'Islam inizia la sua storia e costruisce la sua memoria. E' dall'epopea di Maometto che parte la storia islamica, e non prima, perché la storia precedente è fuori dall'Islam e va completamente cancellata perché quella storia ha visto il trionfo della cultura greca su quella semitica, del Maligno sull'Angelo Gabriele. Il Profeta non può accettare che il Verbo si faccia carne, pura bestemmia a fronte dell'Altissimo. Di qui il rifiuto di tutta la tradizione razionalistica greca, a partire dalla Scuola di Mileto che ha osato cercare i principi dell'origine della storia dell'uomo negli elementi naturali (aria, acqua, terra e fuoco) e non nell'atto del Creatore; di qui l'ignorare totalmente lo stoicismo; di qui l'ignorare Paolo di Tarso che la tradizione islamica non conosce, sia essa sunnita o sciita; di qui l'ignorare i cinque secoli della tradizione e della dottrina cristiana fino a Calcedonia. Quei cinque secoli non vanno studiati perché opera del Maligno.

### 5. *L'Islam come "apostasia" rispetto al Giudaismo.*

Come eresia cristiana, l'Islam è per sua natura centro di missionologia sulla terra, senza chiudersi nel breve orizzonte della stirpe semitica. Se Dio si è rivelato in modo completo ma progressivamente fino a Maometto, questa rivelazione va portata a tutta l'Umanità come insegnava il Nazareno ma senza le scorie del pensiero razionalista greco. E' l'Umanità intera che è l'oggetto della predicazione islamica, la *Umma*. Questa pretesa universalista porta ad affermare che la storia dell'Islamismo è dunque una storia che si svolge in tutto il mondo: è dunque la storia di una religione ed insieme di uno Stato in fieri, di uno stato universale che coincide con l'Umanità intera. Il concetto di *Umma*, nella sua inscindibile unità, dimostra altresì che non esiste il concetto di Chiesa distinto dallo Stato, perché l'*Umma* è Chiesa e Stato allo stesso tempo. Questo è stato voluto dall'Altissimo e a questo fine devono tendere tutti i membri della

*Umma*, singolarmente e in gruppo, perché questo in definitiva è il significato di *jihad*, sforzo che si storicizza, non solo in forma aggressiva ma anche in forma pacifica, soprattutto attraverso le Confraternite, che sono l'unica mediazione fra l'individuo e lo Stato. L'apostasia dal comune ceppo semitico è caratterizzata comunque dall'aver dato vita al Corano, il testo sacro. Si ritiene che il *Corano* sia stato ricevuto testualmente in lingua araba da Dio stesso: *Qur'an* significa letteralmente *recitazione o lettura ad alta voce*, salmodiando i vari versi, e quindi *recitazione per eccellenza*. Il testo è la raccolta di canti orali che l'epopea beduina ha unito e resta l'ancoraggio fedele al passato semitico, che, l'Antico Testamento ha in gran parte dimenticato, fra immissioni della cultura babilonese, di quella egiziana e di quella ellenistica. Ecco perché il Corano completa e suggella tutta la tradizione semitica presente nell'Antico Testamento e nel Nuovo e la trasmette integra alle nuove generazioni: ecco perché completa la Rivelazione e conclude le parole di Dio per cui il Corano, e non altro, è il Libro dei Libri, è *al-Kitab*, il Libro per eccellenza. C'è, in questa acquisizione di autocoscienza culturale, la consapevolezza di aver dato vita, per le genti beduine ad una raccolta storica della propria tradizione culturale pari a quella delle altre genti ma teologicamente superiore perché priva delle incrostazioni delle altre culture (babilonese-assira, egiziana, ellenistica). C'è la forza della tradizione scritta che non può che essere opera di Dio, e quindi opera certa e immutabile.

Per queste ragioni il Corano è un testo "increato", perché non ha avuto origine né tempo e quindi non ha avuto la possibilità neppure di essere creato. Il Corano è composto di 144 capitoli (*surah, suwar*), ciascuno, eccetto il IX, con la premessa della formula detta *bassmallah* (in nome di Dio clemente e misericordioso). Eccetto la prima *surah*, che è la celebre *fatihah*, specie di pater noster dell'Islamismo, il Corano è tutto in forma di discorso ricolto da Dio a Maometto. Sono ammesse solo due letture, quella della *Scuola Kufense* (che segue il caposcuola Hafs in Egitto ed in tutto il mondo musulmano ad Oriente della Valle del Nilo) e quella *Medinese* (che segue il caposcuola Nafi, diffusosi ad occidente della Valle del Nilo).

Per capire l'immensa distanza che separa il Corano dagli altri Libri cosidetti sacri basti considerare che mentre questi ultimi sono stati studiati, tradotti, filologicamente scandagliati e interpretati con i canoni della dialettica greca (processo di sintesi dei contrari che tende ad avvicinare l'unità alla molteplicità difendendo con pari sicurezza il *pro* e il *contra* di ogni opinione e dando al vero l'apparenza del falso e viceversa), mettendo in discussione la loro origine e la loro formazione nel tempo e nello spazio, nulla di tutto questo è avvenuto per il Libro dell'Islam ver-

so cui, ancora oggi, vi è una sorta di timore riverenziale da parte di tutti i Credenti nel Profeta fino ad avere perfino pudore a toccare una copia. Per secoli si è perfino proibito di tradurre il testo arabo nella persuasione che avendo Allah parlato in lingua araba, la parola di Dio non poteva essere tradotta. La stessa recitazione del Libro è sottoposta a regole di pronunzia e di modulazione vocale fissate da una disciplina detta *tagiwrd*, esposta in una miriade di manuali insegnati in tutte le Scuole islamiche (*madrasa*). Ogni esemplare del Corano anzi, per gli Ortodossi, è ritenuto sacro di per sé e neppure tangibile da un infedele. Per scopi liturgici viene usato solo ed esclusivamente il testo arabo, per cui la lingua araba viene automaticamente a diffondersi presso tutte le genti e in ogni regione del mondo, tenuto anche conto che la preghiera e la recitazione non può che essere in lingua araba.

**6. *La missionologia islamica avviene sulla base di principi derivanti dall'analisi della natura umana senza gli orpelli del razionalismo che ne influenza la comprensione.***

Principio generale (e rivoluzionario) dell'Islam è che tutti i musulmani sono fratelli ovunque essi vivano, senza distinzioni di razza e di lingua. Poiché poi i Credenti sono i seguaci dell'ultima rivelazione che Dio ha concesso all'Umanità, attraverso il suo inviato Maometto, deriva un secondo principio per cui nessun infedele può avere autorità e supremazia su un musulmano. La conseguenza è che il mondo intero è diviso in due grandi parti: Paesi d'Islam (*Dar al-Islam*), i territori abitati da Musulmani, e Paesi di Guerra (*Dar al – Harb*), abitati e governati da Infedeli. L'Infedele del *dar al – harb*, cioè, non suddito del diritto musulmano, si chiama *harbi* (termine che le versioni ufficiali francese e italiana del *Codice dello Statuto personale musulmano egiziano* del 1875 traducevano con *hostis*): i suoi beni e la sua persona sono fuori dalle legge e quindi oggetto potenziale di *razzia*, a meno che egli entri in territorio musulmano munito di *aman*, cioè di un salvacondotto. In tal caso, egli diventa *musta'men*, cioè *uno che ha ottenuto sicurezza* ma che se prolunga per oltre un anno la sua dimora in terra islamica, che è terra sacra, si trasforma in *dhimmi*, ossia in un infedele suddito dello Stato musulmano. La giurisprudenza classica musulmana affermava che, se il territorio abitato da musulmani cade in potere degli infedeli senza che vi sia speranza di riscossa, questo diventa *dar al – harbi* e i musulmani residenti hanno l'obbligo di emigrare. A partire però dalla colonizzazione francese e inglese delle regioni mediorientali, alcune *fatwa* mitigarono questa dottrina ritenendo che il *dar al – Islam* non diventa *dar al – harb* se c'è libertà di culto e osservanza del

loro statuto personale (famiglia, successione e wacqf) per i musulmani. A proposito del *jihad*, come ricorda NALLINO (alla voce *Gihad*, in *EI*, XVII, 1933, p. 108), - e ciò valga in aggiunta a quanto dicevamo precedentemente - il termine significa "fare sforzi per la causa di Dio", "…nel linguaggio tecnico di tutti i popoli professanti l'islamismo designa la guerra santa, ossia la guerra dei Musulmani contro gli infedeli…".

A fare da supporto a questa concezione della vita e della storia c'è una teologia positiva che si basa sui seguenti punti, così come Alfonso Nallino l'ha puntualizzata:

a) Il grado più alto delle creature è costituito dagli *angeli*, creati dalla luce senza distinzione di sesso, che non mangiano, né bevono, occupati a glorificare Dio nei cieli, a obbedire e a eseguire gli ordini. Sono guidati dall'angelo Gabriele, che ha il compito di trasmettere le volontà di Dio, dall'Angelo Azra'il, angelo della Morte che preleva le anime dei morenti, dagli angeli Munkiar e Nakir, che interrogano i morti nel sepolcro, dall'angelo Ridwan, custode del Paradiso e Malik, custode dell'Inferno. C'è anche un settimo Angelo, Isolis o Ash – Shaitan, ma che è diventato il Maligno Satana, nel momento in cui non ha voluto ubbidire a Dio. Tutta questa impostazione dogmatica è intessuta di elementi e credenze che si alimentano delle tradizioni popolari del cristianesimo orientale. Per esempio, lo stesso nome proprio del diavolo, *Iblis* è corruzione del greco *diabalos*;
b) *poi ci sono i Ginn* (di natura inferiore agli angeli ma superiore agli uomini) i quali hanno un posto notevole nel Corano e nella novellistica araba. Nati nel paganesimo siro-beduino-arabo, possono essere buoni o cattivi: mangiano, bevono, procreano e sono creati dal fuoco. I *Ginn* cattivi hanno la denominazione di *shayatin, afarit*;
c) *il terzo punto della fede è la rivelazione di Dio* che si conclude nel Corano ma che era iniziata nella *Tawrah* (il *Pentateuco*) di Mosè e nell'*Al-Ingal* (il Vangelo) di Gesù di Nazareth. Il giudizio del NALLINO in proposito è netto: "rivelazione e ispirazione furono concepite da Maometto sotto forma di adattamento del concetto ebraico e cristiano a quello arabo preislamico dell'espiazione testuale, meccanica, parola per parola, che i *ginn* o *shaitan* facevano a indovini e a poeti" (cfr. voce *Islamismo*, in *EI*, XIX, 1933, p. 608). Di qui il principio che il Corano è un preciso dettato del messaggio divino affidato all'Arcangelo Gabriele;
d) *il quarto punto è la credenza nella profezia* e nella missione divina dei profeti. In arabo il termine profeta è *nabi* (plurale *nabiyyun* o *anbiyà*) squisitamente ebraico. Nella concezione profetica c'è da parte di Maometto il recupero integrale della semiticità, da cui Israele sembra si sia al-

lontanata. Iddio (*Allah*) inviò dei suoi inviati (*rasul*) ognuno dei quali ha "fatto scendere" sulla terra (leggi: sulla terra dei beduini e dei Semiti) il libro della propria profezia: sono stati venticinque, il primo Adamo, e l'ultimo Maometto: fra di loro c'è *Idris* (Enoch), *Noè, Abramo, Lot, Ismaele, Isacco, Giacobbe, Giuseppe, Giobbe, Mosè, Aronne, Dhu'l-Kifl* (Ezechiele), *Davide, Salomone, Elia, Eliseo, Giona*, tutti della tradizione veterotestamentaria, e poi *Zaccaria, Giovanni Battista* e *Gesù Cristo* (della tradizione neotestamentaria) e poi *Shu'aib, Hud e Salih*, appartenenti al popolo di Maydan, corrispondente al biblico *Ietro*, medianita. Alcune scuole di teologia aggiungono *Uzak* (Esdra), *Dhu'l Aarnain* (Alessandro Magno) e *Luqman*, *il saggio*. Eccetto Alessandro Magno (il cui ricordo è in Corano, sura XVIII, 59 e ss.), tutta la presenza profetica islamica è di tradizione rabbinica, vetero e neotestamentaria. Questi profeti sono uomini impeccabili e infallibili il cui compito è di dar vita a miracoli (*mu'gizah*). Fra tutti, due sono gli inviati di Dio più importanti, Gesù Cristo e Maometto. Il primo (*Isa al – Masih*) ha compiuto miracoli portentosi. Nacque da Maria Vergine sorella di Aronne per opera dello Spirito Santo. Non fu figlio di Dio e i Cristiani bestemmiano ogni volta che lo affermano; non morì sulla croce ma fu rapito al Cielo mentre i suoi persecutori crocifiggevano uno dei suoi discepoli (per miracolo divino fu data la sembianza di Gesù). Maometto non compì miracoli anche se la tradizione successiva gliene attribuisce molti, ma egli resta il più insigne degli inviati di Dio (*afdal*) perché non è stato mandato per questa o quella tribù, per questo o per quel popolo, ma per l'Umanità intera, perché è il "sigillo del profeta" e chiude la profezia, e nessun altro verrà dopo di lui;

e) *il quinto punto della fede islamica è la credenza nella vita futura*: le anime dei profeti, dei martiri e dei Credenti andranno subito nel Cielo. Gli infedeli e i musulmani malvagi saranno assoggettati al dolorosissimo tormento della tomba che cesserà con la resurrezione. Tutta l'apocalittica giudaico-cristiana entra nella Resurrezione finale dei corpi, descritta in modo coloratissimo dal Corano. Nel momento del Giudizio Universale diventeranno eterne solo le pene infernali per gli infedeli mentre i peccatori musulmani verranno comunque perdonati. A questa tesi si oppongono gli Ibaditi, eredi della Scuola mu'tazilita. Il Paradiso è un vero giardino incantato, con acque dolcissime correnti, alberi pieni di foglie e di frutti, coppieri che girano mescendo vino, con vergini bellissime poste a disposizione dei beati e sempre rinnovanti la loro verginità. Di contro le pene dell'Inferno sono: fuoco ardente, ghiaccio, cibi nauseanti, pesce bollente e maleodorante, orribile albero *zaqqum*, flagellazione con catene;

f) il sesto punto della fede islamica è la credenza che il bene e il male provengono da Dio, perché questa è la decisione di Dio (*al – qadà wa al – qadar*). Il risultato è che tutto ciò che avviene nell'universo (compreso l'istante della morte e le azioni volontarie e involontarie, buone o cattive, di tutti), avviene per volere, determinazione di Dio, fin dall'eternità e per prescienza di Dio. E' questa la dottrina della predeterminazione assoluta islamica, difesa in modo categorico dalla *Sunna* e da tutta l'Ortodossia. E non può che essere così: è il sillogismo a volere questa conclusione. Se Dio ha la sconfinata libertà di volere e di potere, se è padrone assoluto delle sue creature e non soggetto ad alcun obbligo vero di esse, non possono essere ammesse azioni da lui indipendenti e da lui non volute. Se così fosse sarebbe un'offesa alla sua onnipotenza e quindi una contraddizione al principio dell'assoluta onnipotenza di Dio. L'allusione coranica alla "tavola custodita" (degli Angeli in cielo) o al *libro celeste* ove sono scritti, fin dalle origini della creazione, tutti gli avvenimenti che accadranno nel futuro del mondo, favorisce la concezione deterministica. Si ammette il concorso della volontà umana ma quale volontà non efficiente: opporsi a questa concezione fu la Scuola maturida che tentò una mediazione fra la dottrina del libero arbitrio e quella della predestinazione dando vita a ciò che è stato chiamato Occasionalismo, che si fonda anche in questo caso sul sillogismo. Si parte infatti dall'esistenza di una libertà *parziale* di scelta creata in noi da Dio: l'uomo può volgere al bene o al male, ma questo fatto non decide l'esistenza o inesistenza di atti voluti perché questi sono creati da Dio in corrispondenza con la decisione presa dall'uomo. È all'interno di questa concezione che si possono spiegare il Sufismo, le Confraternite e la presenza dei Santi nell'Islam.

*Il primo*, vero e proprio movimento di teologia spirituale, è la summa dell'ascetica e della mistica, il cui cantore ufficiale è al – Ghezzali. Il nome Sufismo è il latino da *tasawwuf*, arabo, introdotto dallo studioso tedesco F.A. Tholuck nel 1821. L'origine è squisitamente cristiana e proviene dai centri monacali nestoriani: una sorta di follia amorosa verso Dio in rapimenti estatici. Le scuole teologiche avversarono e avversano il Sufismo: il concetto stesso di amore verso Dio sembrava (e sembra) ai teologici un indecoroso abbassare la divinità a livello dell'uomo, mentre l'amore verso Dio deve consistere soltanto nell'adorarlo e nell'obbedire ai precetti religiosi.

*Il movimento delle Confraternite* è anch'esso di provenienza cristiana. È sorto nel VI secolo dell'Egira in Mesopotamia, in Iraq, e poi diffusosi in tutte le regioni a maggioranza sunnita Le Confraternite sono associazioni che ad una vita religiosa molto intensa uniscono la realizzazione di scopi solidali a favore dei soci.

*I Santi* sono di origine squisitamente cristiana e si diffondono in Iraq, in terra cioè nata cristiana. Essi sono fuori dalla tradizione islamica, diffusisi nel mondo sciita e ritenuti tali per volontà popolare, non essendoci nell'Islam come invece accade nella Chiesa Cattolica, una "canonizzazione" ufficiale.

### 7. *A vigilare su questo patrimonio di fede ci sono le Moschee e le Madrasa*

A vigilare sulla corretta interpretazione del Corano e della Giurisprudenza e a dibattere questa incredibile ricchezza religiosa e sociale, ci sono le *Moschee* e le *Medrasa*, i luoghi cioè destinati alla preghiera e all'insegnamento. Non essendoci un sacerdozio, non c'è culto nel senso cristiano del termine (e nel senso ebraico): la Moschea è luogo di preghiera e tale rimane in tutto l'Islam, e il *Mullah* ha il solo ma grande compito di richiamare alla preghiera. Esistono, certo, altre figure che invitano alla preghiera, come gli *Ulema* e gli *Imam*, ma queste figure sono in qualche modo sussidiarie: in origine, svolgevano ben altri compiti. L'*Imam*, nel passato, è perfino sinonimo di Califfo (*Khalifah*) e nel periodo del Califfato è alla base del diritto costituzionale islamico, oggetto di specifiche e quanto mai puntuali trattazioni in materia. Con lo stesso titolo, si è indicato (soprattutto nel passato ma anche nel presente) la figura di teologo e giurista eminente. Il titolo di *Imam* solo successivamente nel tempo è quello dato a colui che dirige la preghiera pubblica, al pari dei *mullah*, ed allora si chiamerà, soprattutto nel mondo sciita, *Imam – es – salat*. Negli ordinamenti coloniali italiani sorse una figura che serviva come organo di collegamento fra i nativi e le autorità governative, e questa figura venne chiamata, in Libia e in Somalia, *Imam*, sorta di "pubblico ufficiale", i cui certificati erano ritenuti atti pubblici. Per quanto riguarda gli *Ulema* (plurale della parola araba *'alem*, che indica in senso letterale colui che ha appreso, e sta per dotto, sapiente, e quindi cultore o esperto in materia di *Sharia*, studioso del *fiqh*), sono alla lontana i corrispettivi degli antichi rabbini del tempo del Nazareno e sono alla base dell'*igma*, l'accordo, cioè, dei dottori per una interpretazione coranica accettata per mutuo consenso.

### 8. *La Sch'ia eresia islamica e mediazione fra Cristianesimo e Ortodossia Sunnita*

E infine c'è l'*Ayatollah*, che è paragonabile al Rabbino capo dell'epoca saddocita dell'Israele antico, ma che eredita parte del sacerdozio zoroastriano e parte del sacerdozio cristiano-nestoriano. E questo spiega non poco, e chiarisce, la nascita della *Schi'a* che fa degli Ayatollah quasi dei

Vescovi cristiani con una superiorità di tipo gerarchico che non esiste all'interno dell'Islam. La stessa figura dell'*Ayatollah* – che ha il significato del "più vicino ad Allah" perché "miracolo ed espressione diretta di Dio" - è l'erede di una tradizione millenaria che unisce l'antico sacerdote zoroastriano, la memoria dei Magi della Media e la figura del Vescovo nestoriano. *Schi'a* vuol dire separazione, scelta, come l'antica origine indoeuropea dal greco *airesis* (scelta) e sta ad indicare il movimento sciita rispetto alla *Sunna*, che rappresenta la tradizione ortodossa. E qui c'è la prima netta distinzione: la *Sunna* ha radici squisitamente semitiche ed arabe, mentre la *Schi'a* ha radici iraniche e quindi indoeuropee, cioè arie. Come la *Sunna* ha alla sua base la tradizione beduina, nomade e orale, che dà vita al Corano, alla base della *Schi'a* c'è la tradizione iranica antica, achemenide, partica e sasanide, mai rinnegata dall'Islam iranico.

La *Schi'a* prescrive la pena eterna, anche per il musulmano morto impenitente e colpevole di peccati capitali; respinge gli *hadith* o tradizioni canoniche di cose dette e fatte da Maometto che non siano state trasmesse da Ali e dai suoi discendenti tanto che in luogo di *sei libri di hadith* dei Sunniti ne proclama *solo quattro* con la conseguenza che la Sunnah o consuetudine normativa di Maometto è solo quella racchiusa in questi quattro libri. Nell'ambito giuridico la *Schi'a* è seguace della Scuola Giafarita, dal 6° Imam (Giafar as-Sadiq), accetta il *nikah al-mutah*, il cosiddetto matrimonio temporaneo, avversato in ogni modo dalla *Sunna*, che si scioglie ipso iure con lo scadere del termine fissato dal contratto nuziale e che la dottrina sunnita ritiene pura e semplice legalizzazione della prostituzione. Soprattutto, la *Schi'a* accetta il libero arbitrio, ciò che la mette fuori dall'ortodossia, e giustifica ampiamente la condanna che l'Università di Al Aram del Cairo, centro della dottrina e del dogma dell'Islam, fa periodicamente del movimento ereticale iranico. Fare della Mesopotamia e della parte geografica del Tigri e dell'Eufrate che coincide con l'attuale Stato dell'Iraq, il centro della memoria di tutto il passato sciita, e non la penisola arabica con La Mecca e Medina ( e cioè Kerbala con Najaf e Samaria) dimostra quanto al *Schi'a* sia lontana dalla *Sunna* e dall'ortodossia coranica.

Sullo sfondo, a unificare *Schi'a* e *Sunna* ci sarà il pensiero platonico e aristotelico compiuto da Avicenna e Averroè, ma per la *Shi'a* ci sarà l'accettazione dei principi della dialettica sulla base di canoni razionalisti fatti propri dai Mutazilisti fin dal 1° secolo dell'Egira pur nell'adesione ai principi del sillogismo in una commistione armonica che la Sunna rifiuterà sempre. Ed è nell'accettazione dei princîpi della dialettica che la *Shi'a*, globalmente intesa, si distingue nettamente dalla *Sunna* tanto da poter dire che la concezione stessa di Dio, il dio degli Sciiti, nulla ha a che

vedere con il dio dei Sunniti. Indipendentemente infatti dal problema della successione (Califfato) a Maometto, che gli Sciiti come è noto rimandarono ad Alì, a dimostrare che la divisione tra *Shi'a* e *Sunna* è puramente dogmatica, sta il fatto che le tre grandi famiglie sciite (zaiditi, imamiti, ismailiti), si differenziarono dai Sunniti proprio sul piano della concezione di Dio. Gli Ismailiti ritengono dio inaccessibile (come il resto dell'Islam) ma privo di attributi distinti dall'essenza di Dio (concezione, invece, propria della *Sunna*), affermano che dall'Altissimo derivano, per via degradante, l'intelletto (universale), l'anima (universale), la materia prima, lo spazio, il tempo e il mondo terrestre ma che l'intelletto universale ha avuto sette incarnazioni parlanti (Adamo, Noè, Abramo, Mosé, Gesù, Isma'il, ognuno dei quali ha avuto un suo assistente perticolare, Samis o Asas, incarnazione dell'anima universale, Aronne per Mosè, Pietro per Gesù, Alì per Maometto). Gli Zaiditi (la quasi totalità degli abitanti dello Yemen) negano gli attributi divisi distinti dell'essenza di Dio; negano che il Corano sia increato; negano la visione beatifica della vita futura; affermano il libero arbitrio; proclamano che l'uomo può stabilire il bene o il male per mezzo del solo ragionamento senza alcun bisogno della rivelazione; proclamano l'eternità delle pene infernali anche per i reprobi musulmani (in contrasto con la Sunna), non ammettono il Sufismo e le Confraternite; proclamano infine che l'Iddio non può mutare i propri decreti anche prima che abbiano avuto esecuzione. Gli Imamiti (la totalità degli Sciiti dell'Iran e la maggioranza degli Sciiti dell'India, di Palestina e di Siria), sono i veri eredi dei Mut'taliziti proclamando: a) che Dio ha per sua scelta il suo potere e la sua volontà limitata dal dovere di giustizia e di fare il meglio per le sue creature; b) che gli atti buoni sono riconoscibili dai cattivi in forza del raziocinio indipendentemente dalla rivelazione divina; c) che gli attributi di Dio, che non vengono negati, non possono essere distinti dalla sua essenza; d) che il Corano è creato; e) che Dio è invisibile nella vita futura; f) che esiste il libero arbitrio dell'uomo; g) che Dio può mutare o sospendere le sue decisioni anche quelle dettate per l'eternità; h) che è ammissibile la *taqiyyah* o *katman*, ossia la legittimità di occultare la propria fede per evitare pericoli o danni gravi.

Tutti gli altri gruppi religiosi dell'Islam (che a chi scrive non piace chiamare *sette*, per il significato negativo che questa parola ha assunto nella terminologia politica, religiosa e in genere culturale), *Kharigiti, Ibaditi, Ahmadiyyah, babi, bahai, yaziti* e i *rami del modernismo musulmano*, molto presenti in Egitto e in India, si muovono fra *Schi'a* e *Sunna* e trovano nelle posizioni razionaliste dei Mut'taziliti (primi ad applicare il razionalismo greco alla conoscenza dogmatica) la loro base.

**9. *Al di là delle divisioni interne, tutto l'Islam è unito nell'ubbidienza alle pratiche rituali che fanno dei Credenti l'Umma***

Tutto l'Islam, comunque, è unificato nelle pratiche rituali che indirizzano le azioni umane. Esse vanno classificate in cinque categorie:

a) pratiche di obbligo (*fard*) e doverose (*wagib*), la cui omissione costituisce colpa o peccato grave anche nella vita futura. Queste pratiche sono cinque, veri e propri fondamenti (*arkan*) dell'islamismo: a) la *shahaduh*, formulazione aperta della propria fede islamica ("non v'è altro Dio che Dio è Maometto è l'inviato di Dio"); b) la *salah*, o preghiera canonica rituale; c) il *sawn* o *siyam*, digiuno nel mese del ramadan; d) *zakah* o imposta (malamente tradotta elemosina dai media), vera e propria decima canonica a favore dei bisognosi; e) *hagg*, o pellegrinaggio alla Mecca. A questi obblighi il musulmano adempie direttamente, senza intermediazioni, perché l'Islamismo non conosce – come già si è avuto modo di rilevare - né sacramenti né sacerdozio. Ognuno di questi obblighi è formalistico al massimo grado, erede dello spirito talmudico, e dà luogo ad una minuziosissima casistica nei trattati. La preghiera canonica (o rituale) va compiuta cinque volte al giorno che ha bisogno di una purità "legale" (cioè fisica) con abluzioni secondo il grado di impurità in cui si trova l'infedele; purità del luogo in cui si compie la preghiera, rispetto della *qiblah*, cioè compimento della preghiera in direzione della *Kabeh,* posizione dell'orante, da eretta a prostrata nel rispetto di recitazioni che si accompagnano a movimenti del corpo. Le cinque volte della *salah* giornaliera sono: dopo il mezzogiorno, mezzo pomeriggio, tramonto del sole, sera, primo mattino. È chiaro che la preghiera canonica o rituale nulla ha a che vedere con la preghiera interiore o personale, che è completamente libera. Il digiuno nel mese di *ramadan* (il nono dell'anno musulmano, che è lunare), consiste nell'assoluta astensione dal cibo, bevande, rapporti sessuali e fumo dall'alba al tramonto. Gli obblighi rituali si applicano al *mukallaf*, ossia al musulmano pubere, sano di mente che non sia impedito nel compierli a causa di malattie, difetti fisici o causa maggiore. Accanto a queste pratiche d'obbligo, ci sono la *circoncisione* (non menzionata dal Corano ma ritenuta d'obbligo dalle scuole di diritto) e il *banchetto nuziale*. Ed infine le due feste del calendario musulmano, il *grande bairan*, il decimo giorno dell'ultimo mese dell'anno lunare musulmano e il *piccolo bairan*, il primo giorno di *shawwal*, decimo mese dell'anno lunare, consecutivo al digiuno di *ramadan*;

b) pratiche raccomandate (*mandub*) o di *sunnah*, o desiderabili, comunque meritorie, che frutteranno premio nella vita futura senza che la loro

omissione costituisca colpa o demerito. Esse sono: a) l'anniversario della nascita di Maometto (il 12 del mese *rabi al-awal*); b) la notte del *mi'-rag*, cioè della miracolosa ascensione di Maometto vivo, nella notte del 26/27 *ragiab*; c) la *lailat*, notte fra il 26 e 27 *ramadan*, in cui Maometto ebbe la sua prima rivelazione; d) notte di metà del mese di *Sha'ban*, fra il 14 e il 15, in cui Dio fissa il destino degli uomini per tutto l'anno seguente; e) prima decade del *muharran*, primo mese dell'anno musulmano, celebrata dagli Sciiti, che commemora la morte di *al – Itusain*, figlio del Califfo Alì'.

c) pratiche indifferenti (*mubah*) comunque lecite, variabili da regione a regione;

d) pratiche sconsigliate o disapprovate (*makruh*), da cui è bene astenersi ma che, se commesse, non implicano punizioni in questa o nell'altra vita. Così il divieto per gli uomini (non per le donne) di portare gioielli o ornamenti d'oro e di indossare vesti di pura seta; proibizione di usare vasi d'oro e d'argento per mangiare e per le abluzioni. Così, per i rigoristi, il divieto della mancia e del commercio di strumenti musicali, mentre una parte dei Sufi ne ammette l'uso allo scopo di eccitare l'ebbrezza mistica nelle loro riunioni. Ciò non toglie che la musica abbia avuto un grandissimo rilievo nell'Islam. Il divieto è fatto osservare ancora dai Wahhabuti in Arabia e dagli Zaiditi nello Yemen, che nel 1932 probì perfino l'introduzione di grammofoni;

e) pratiche illecite e vietate (*haram*). Un insieme di ragioni morali portò al divieto coranico del vino, esteso poi dai teologi e giuristi a tutte le bevande inebrianti. L'infrazione del divieto comporta la pena hadol, determinata canonicamente, cioè la flagellazione. Vi è poi l'assoluto divieto di far uso del sangue nell'alimentazione con la conseguenza di proibire le carni di un animale trovato morto e quelle di un animale che non sia stato macellato nel modo rituale, ossia senza sgozzarlo in modo da far uscire tutto il sangue. Fanno eccezione il prodotto della caccia e della pesca. Vietata dal Corano è la carne di maiale. Per le carni di uccelli di rapina e di bestie feroci c'è discrepanza, talvolta notevole, fra le varie Scuole di *fiqh*. Il cane non da caccia è considerato animale impuro. È proibito il giuoco d'azzardo ed è fortemente avversato ogni forma di contratto aleatorio. Fin dal II° secolo dell'Egira, è vietata ogni raffigurazione di esseri viventi. È ritenuta colpa mostrare per le donne il viso scoperto e soprattutto la capigliatura;

Come si può notare, tutti i divieti provenienti da pratiche ritenute illecite derivano da antiche consuetudini legati all'esistenza di popoli nomadi che si spostano nel deserto.

**10.** ***Questo patrimonio culturale, storico e religioso, or ora descritto, nasce ad opera del Profeta dell'Islam in terra d'Arabia attraverso la recezione di motivi giudaici e cristiani da cui vengono espulsi gli elementi greci***

Da quanto precedentemente esposto, appare evidente che la formazione del patrimonio culturale e storico dell'Islam avviene in un'area che ingloba poi ciò che sarà chiamato territorio della Mezzaluna Fertile: penisola arabica, striscia siro-palestinese-Mesopotamia. Fra il Tigri e l'Eufrate, il Giordano, i monti del Libano e dell'Antilibano, la terra che cade sul Mar Rosso con i due centri di Medina e di La Mecca, fino a Sanaa: lì si svolge l'epopea dell'Islam.

In questo ambiente da *Abdallah* e da *Aminah dei Banu Zurha* nasce Maometto alla Mecca nel quartiere di El Lail alle falde del *Gebel Abu Qubays*, a cinque metri (oggi) circa sotto il livello stradale; viene circonciso nel 7° giorno dalla nascita dello stesso *Ah el Muttalib*, suo nonno. La nascita avviene nell'anno 578 dalla nascita di Gesù Cristo, 569 dell'era volgare, 6163 dalla Creazione del mondo secondo Abu – Feda, 881 dalla vittoria di Arbela secondo Elmacin, 42 dal regno di Cosroe, 63 anni prima dell'Egira. Dell'adolescenza di Maometto sappiamo pressoché nulla; della giovinezza sappiamo che viaggiò al seguito di suo zio Abu Talib negoziante e guardiano della Ka'aba, cui venne affidato dopo la morte della madre (quando aveva sei anni: il padre era morto due mesi prima della sua nascita). In questi viaggi egli conobbe monaci nestoriani eruditi da cui apprese nozioni di ebraismo e di cristianesimo, in particolare dal monaco Bahira, a Bosra, in Siria. Da carovanieri copti alla Mecca apprese della tradizione cristiana egiziana. A 25 anni sposò la ricca vedova Khadigia di cui fu sempre innamorato, anche quando morì e sposò altre donne. Khadigia fu per lui tutte le donne in una volta: moglie, amante, madre, amica, confidente, consolatrice. Fu lei a plasmare Maometto, e la tradizione attribuisce al Profeta questo giudizio su Khadigia: "Quando ero povero mi ha arricchito, quando tutti mi abbandonavano mi ha confortato, quando mi si trattava da bugiardo, mi ha creduto".

Tutte le vicende storiche del Profeta che lo portarono a unificare le tribù dell'Arabia, a distruggere l'oligarchia delle tribù pagane sulla Mecca e a dare unità spirituale e politica (e quindi culturale) ai nomadi arabi sono esposte "con tratti di indiscutibile autenticità" (cfr. F. Gabrieli, *La storiografia araba*, in *Nuove Questioni di Storia Medievale*, Marzorati editrice, Milano, 1969, p.117) da Iban Ishaq, morto nel 768 dell'era cristiana, da al Waqrdi, morto nell'823 e da Ibn Saad morto nell'844. Questo trinomio abbraccia tutto ciò che è giunto a noi sul Profeta dell'Islam e sulla primissima età eroica della religione e della società da lui realizzata.

Il percorso storico di Maometto alla stregua di queste fonti e della ricostruzione di una storiografia rigorosa che va da Caetani al Gabrieli attraverso NALLINO può essere così sintetizzato:

a) presa di coscienza del proprio disegno storico da parte di Maometto dopo la morte di Khadigiah con il solo appoggio della sua famiglia e di Abu Bakr che sarà poi suo successore con la decisione di occupare il santuario meccano della Ka'bah meta di pellegrinaggi da ogni parte dell'Arabia ma anche fonte di notevoli guadagni.
b) decisione di impadronirsi di Medina (Yatrib e poi al – Madinah) dove vivevano una forte comunità ebraica, una cristiana e due comunità di tradizione pagana ma passati ol disegno di Maometto attraverso l'accordo segreto di al – Aqabah (presso La Mecca) che lo riconobbe come loro capo (giugno 622). Sulla scorta di questo accordo, Maometto, con sessanta famiglie si trasferisce a Medina (settembre 622);
c) dal 622 al 624, Maometto costruisce lo Stato medinese presentandosi come inviato di Dio Lo Stato islamico (dogmaticamente inteso) veniva fondato sui seguenti principi: 1) si riconosce il Vecchio e il Nuovo Testamento ma vengono cancellate le discordanze di entrambi rispetto al pensiero del Profeta; 2) si afferma che il Profeta chiude la profezia; 3) Islam e Muslim hanno un nuovo significato: se prima Islam stava a designare incondizionatamente sottomissione ai voleri divini per ciascuna delle religioni ebraica, coranica e cristiana, ora sta ad indicare solo il credente nel Profeta;
d) nel marzo del 625, inizia la guerra tra La Mecca e Medina che praticamente si conclude nel marzo 631, quando il Profeta fa proclamare che nessun politeista avrebbe da allora messo piedi alla Mecca. Nel marzo del 632, sull'altura di Arafah, il Profeta tiene all'immensa folla convenuta il discorso di commiato: tornato subito dopo a Medina, vi morì l'8 giugno del 632.

### 11. *Islam e Occidente oggi. L'utilità della ricerca del Berardi*

Questo lo scenario in cui si muove lo splendido manualetto *Ti racconto l'Islam*, che vuol dire "l'Islam che ho vissuto", in quanto viaggiatore medico sul campo, portatore comunque di valori che sono altri, occidentali. Berardi ha solo registrato perché altri possano visitare, udire e sentire dopo di lui. Il rischio (il pericolo) per noi Occidentali, eredi della cultura illuministico-positivista ("braccio ideologico," storicamente parlando, del Colonialismo europeo), il rischio, dicevo, è quello di voler imporre, "esportare" ad ogni costo i nostri modelli di vita ai quattro angoli del mondo, ignorando e abrogando (anche con la forza) le diversità cul-

turali, lievito naturale di ogni progresso delle società umane.

Il rischio infatti che si corre nell'indagare terre, gesti e luoghi diversi dalle nostre terre, genti e luoghi, è quello di applicare i canoni della *nostra* cultura allo studio di situazioni storiche che nulla hanno in comune con quest'ultima. C'è chi è tanto sicuro della grandezza della cultura occidentale da ritenere che l'occidentalizzazione del mondo sia una meta non solo auspicabile ma inevitabile per tutta l'umanità, perché la cultura di Socrate-Platone-Aristotele-Eraclito-Parmenide sarebbe superiore a quella dei Mullah-Ulema e degli Ayatollah.

Questa schizofrenia è parallela alle due forze altrettanto schizofreniche che minano la società cristiana: a) una forza illuministica-positivistica che ritiene il Cristianesimo dello stesso stampo islamico, perché irrazionale e lontano dalle radici greco-romane da cui pure il Cristianesimo ha ricevuto linfa vitale; b) una forza islamica che rimprovera alla società cristiana di aver rinnegato le sue radici ed essersi fatta discepola dell'illuminismo ateo e pagano. A dimostrarlo sta proprio quanto avviene all'interno della Chiesa Cattolica, principale bersaglio di questa critica: i cattolici che passano da un rito orientale (caldeo, maronita, siro, melkita e copto) al rito latino perdono spesso la fede abbracciando consuetudini e tradizioni del paganesimo occidentale. Quale futuro può esserci fra la civiltà dell'Occidente e quella Orientale oggi a prevalenza islamica? Chi scrive non è ottimista nel prevedere lo scenario del futuro: da un lato, infatti, c'è una società tarda greco-romana trònfia della sua cultura e del suo passato, determinata a imporre i suoi canoni di vita e di storia; dall'altra c'è una società islamica che nella sua espressione sunnita (la *Schi'a* rappresenta solo l'8,10 % della totalità musulmana) vuole imporre i canoni della civiltà semitica e di un passato califfale come modello di civiltà per tutta l'Umanità secondo le linee dottrinali della *Umma* che frattanto si è venuta a formare e sviluppare. In mezzo, c'è la civiltà cristiana di cui il Vescovo di Roma si fa garante contro ogni tentativo di distruggerla. Nata in Oriente, la civiltà cristiana pone a base del suo agire storico il *Discorso della Montagna* del Nazareno, sorta di "Carta Costituzionale" su cui modellare i rapporti all'interno della società e i modelli di agire intersoggettivi, e la *prima lettera ai Corinti* di Paolo di Tarso che sulla scorta della tradizione storica invita alla mediazione dei rapporti tra individui, fra gruppi associativi e collettività maggiori. E c'è poi l'eredità dei tre principi (provenienti dalla cultura greca, e in particolare da quella socratica), della Fede, della Speranza e della Carità, diventati parte integrante del pensiero neotestamentario: questi valori restano momenti fondanti della civiltà cristiana, e a mio modo di vedere, preziosi giorni di speranza per un futuro meno conflittuale e per una pacifica convivenza tra le (diverse) comunità umane.

## *Bibliografia*

Per la comprensione della Civiltà islamica insuperabile e indispensabile (in lingua italiana) è C.A. NALLINO, *Raccolta di scritti editi e inediti*, Roma, 1939-1942, voll. 4 (raccolta di saggi e voci tratti in particolare dal *Nuovo Digesto Italiano*, *Novissimo Digesto Italiano* ed *Enciclopedia Italiana*) e M. PAREJA, *Islamologia*, Roma, 1951. Fondamentali restano gli *Annali dell'Islam* di L. CAETANI, Milano, 1905-1907. Cfr. poi B. DUCATI, alla voce *Diritto Musulmano*, in *EI*, XIX, 1933, pp. 614-615; E. KUHNEL, *Arte Islamica*, in *EI*, V, 1930, pp. 516-522; G. LEVI DELLA VIDA, *Alessandro Magno. La leggenda di Alessandro nella letteratura orientale*, in *EI*, II, 1929, pp. 337-338; I. PIZZI, *Storia della poesia persiana*, Torino, 1894, vol. I, pp. 182-237 e pp. 249-280 (per il Sufismo). Il testo del decreto della soppressione delle Confraternite in Turchia è in *OM*, V, 1925, pp. 515-516. L'ultimo elenco completo delle Confraternite del mondo islamico è quello dato da L. MASSIGNON, in *AMM*, III, 1930, pp. 457-461; oggi dovrebbero essere almeno decuplicate, soprattutto in Africa. Su Maometto e il suo pensiero cfr. G. SACCO, *Le credenze religiose di Maometto*, Roma, 1922 (per i rapporti con Giudaismo e Cristianesimo), A. D'EMILIA, *Diritto Islamico*, in *AA.VV.*, *Le civiltà dell'Oriente* (diretta da G. TUCCI), Roma, 1958, vol. III, pp. 495-530; C. MARINUCCI, *Iraq*, Roma, 1955-1956, 2 voll. Indispensabile è la lettura della rivista *Oriente Moderno* dalle sue origini ad oggi. Il volumetto di M.E. GASLINI, *Maometto e il pensiero islamico*, Milano, 1946, è ancora utilissimo a tanti anni di distanza. Un quadro essenziale ma completo sulla *sira* (in arabo, vita, condotta, bios) di Maometto è dato da F. GABRIELI, in *Nuove Questioni di Storia Medievale*, Milano, 1969, edit. Marzorati, pp. 114-128. Completa è la *Storia dei Popoli Arabi, da Maometto ai nostri giorni* di A. HOURANI, pur nella sua sintesi, Milano, 1991 che ha comunque, a quella data, una bibliografia esaustiva. La traduzione migliore e filologicamente più corretta de il *Corano* in lingua italiana è quella di A. BAUSANI, Firenze, 1955 (editore Sansoni) con infinte ristampe fino a quella 2008. Opportuna è la lettura di O. BUCCI, *Oriente e Occidente nella storiografia europea: le responsabilità dell'Occidente nella creazione delle categorie orientalistiche e il ruolo assunto dai circoli culturali europei nella loro formulazione*, in *Apollinaris*, LVII, 1984, 3-4, pp. 819-886. Utili sono le voci di A. BERTOLA, *Imam*, in *Nov.Dig.It.*, VIII, 1962, pp. 181-182; A. BILETTA, *Waqf*, *ibidem*, XX, 1975, rist. 1982, pp. 1075-1077; A. D'EMILIA, *Fiqh*, *ibidem*, VII, 1961, rist. 1981, pp. 373-377, *Idem, Faqih, Ibidem*, pp. 82-83; *Idem, For-*

*ma e sostanza dell'interpretatio prudentium nell'Islam sunnita*, in *Studi in onore di E. Betti*, vol. I, 1961, pp. 99 e ss.; *Idem, Shari'a*, in *Nov.Dig.It.*, XVII, 1970, pp. 253-360; A. Biletta, *Usul al Fiqh*, in *Nov.Dig.It.*, 1975, rist. 1982, XX, pp. 366-368.

ONORATO BUCCI

# Ordo atque ratio Pytagorae e l'anticum consortium quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito
## *(Gellio, Noctes Atticae, I, 9, 12)*

SOMMARIO: 1. Gellio, *Noctes* Atticae, I, 9. - 2. La conoscenza dell' "ordo atque ratio Pytagorae" in Gellio. - 3. La comparazione con l'anticum consortium quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito. - 4. Conclusione.

### 1. *Gellio*, Noctes Atticae, *I, 9*

Aulo Gellio, Noctes Atticae, I, 9 nel riportare le modalità occorrenti per far parte dell'*ordo disciplinae Pythagoricae*, così dice:

a) gli adolescenti erano studiati nella fisionomia (*ephysiognomònei*) che vuol dire cercare di conoscere la natura e il carattere dell'espressione e del tratto dalla forma del corpo e da tutto l'esteriore della persona;
b) una volta superato l'esame, dopo essersi sottoposto al giudizio, l'adolescente viene accolto nella scuola;
c) essere accolti nella scuola voleva dire diventare *akoustikoi* (uditori): per un periodo di almeno *due anni* (*non meno di due anni*, perché *questo periodo non era per tutti uguale ma variava per l'uno e l'altro* secondo il giudizio sulla capacità di apprendere di ciascuno) il discepolo accolto nella scuola doveva avere il solo dono dell'ascolto e quindi del silenzio: non poteva rivolgere domande su ciò che non aveva compreso né gli era lecito prendere appunti su ciò che udiva e non comprendeva perché doveva apprendere la scienza più difficile di ogni altra, l'*echemythià*, che altro non significa che *continenza di parole*, la scienza cioè in cui lo spirito comincia a formarsi con il silenzio;
d) una volta fatta propria l'*echemythià,* il discepolo allora, e solo allora, poteva parlare, prendere nota di ciò che udiva, esprimere le proprie opinioni, diventando così *mathematikòs* (matematico);

[1] Aulo Gellio, *Noctes Atticae*, introduzione di *C.M. Calcante*, trad. e note di *L. Rusca*, Milano, 1992.

[2] I riferimenti dei passi delle *Noctes Atticae* in cui c'è il richiamo a Calvenio Tauro sotto tratti dell'edizione citata alla nota precedente.

e) *matematici* in Grecia - precisa Aulo Gellio - sono, fin dall'antichità, coloro che sono esperti nella geometria, la gnomonica, la musica ed altri studi più elevati: che sono poi le discipline che formano appunto la scienza. Coloro che hanno fatto proprie le discipline della geometria, della gnomonica, della musica e degli altri studi più elevati e che tutte insieme possono chiamarsi *mathémata* cioè scienze, sono i *mathematikoi*, anche se il volgo chiama *matematici* quelli che invece dovrebbero essere chiamati Caldei, con vocabolo tratto dalla loro origine;
f) diventati *matematici*, i discepoli prendevano finalmente il nome di *physikoi* (fisici) e si potevano chiamare *pitagorici*, ben distinguendosi da tutti coloro che si ritenevano filosofi ma che tali non sono, perché sono *atheotetoi* (incolti), *ámousoi* (privi di cultura letteraria) e *agheométoi* (privi di cultura scientifica)
e) diventati *fisici*, e finalmente parte integrante della tradizione ereditata da Pitagora (tale che possono chiamarsi *pitagorici*) che solo a quel punto li accoglie nella sua scuola, essi mettono in comune i propri averi e il denaro formando in tal modo una *inseparabile comunità*, simile a quell'associazione degli antichi tempi che con termine legale romano si chiama *ercto non cito*, cioè eredità indivisa.

## 2. *La conoscenza dell'* "ordo atque ratio Pytagorae" *in Gellio*

La fonte di Gellio sulla scuola pitagorica è Calvisio Tauro, a lui contemporaneo ed amico. Lo dice lo stesso Gellio a conclusione dell'esposizione su Pitagora ["*Dette queste cose a proposito di Pitagora, il mio amico Tauro proseguiva*…"]. Che Gellio abbia fiducia assoluta di Calvisio Tauro lo dimostrano le abbondanti citazioni di quest'ultimo cui egli ricorre: in I, 26; II, 2; VII, 10; VIII, 6, IX, 5. (qui è riportato un giudizio di Tauro, chiamato *noster*); X, 19, XII, 5, XVII, 8, XVII, 20, XVIII, 10, (dove si parla di un incontro presso il domicilio di Gellio del filosofo Calveno Tauro insieme ai suoi scolari e il proprio medico), XIX, 6 (dove Tauro è chiamato da Gellio "mio maestro"), XX, 4 (dove si riporta il gustoso episodio dei consigli dati da Tauro a un giovane che frequentava gli artisti di Dioniso, consigli tratti dai Problèmata di Aristotele). Non c'è dubbio, dunque, che Gellio abbia come fonte diretta Calveno Tauro e non altri[3].

[3] A. Biscardi in *Sul regime della comproprietà in diritto attico*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, 1955, pp. 105-143 e ivi, p. 110, nt 1 dice, a proposito di *Noct. Att*. I, 9, 12 che "può darsi che Gellio attinga da Timeo di Tauromenio (citato da Phot., s. v., Suida) aggiungendo "…e cioè da uno dei pitagorici più tardi, in quanto la comunanza di beni sem-

Non si può escludere che Gellio conoscesse altre fonti oltre Calveno Tauro, ma se mai le conosceva non ne fa cenno e dimostra inequivocabilmente di dar fede solo al suo amico e maestro Tauro e non certo a Timeo. Il fatto è che ci sono alcune distonie nel racconto di Gellio rispetto alla tradizione delle fonti pitagoriche che è bene in questa sede mettere in evidenza.

Augusto Rostagni, facendo tesoro di una dottrina consolidata che dal Rohde arriva fino al Ferrero[4] così puntualizza, in una indagine che ormai è il punto di riferimento della ricerca scientifica sull'argomento, dopo aver tenuto conto di tutte le fonti in nostro possesso (i *frammenti* delle testimonianze degli unici pitagorici rimastici, Alcmeone, Filolao e Archeta; le *testimonianze* di Platone e di Aristotele; le *vite* di Pitagora scritte da Diogene Laerzio, Porfirio e Giambico; le *memorie* di Aristosseno, Dicearco, Ermippo, Neante; i *frammenti* di Timeo; i *riferimenti* e le testimonianze di Strabone, Giustino, Polibio, Apollonio di Tiane, Eraclito, Pontico e Cicerone), lo stato delle conoscenze sulla Scuola di Pitagora nata a Crotone e continuata poi a Metaponto[5]:

bra ignorata dai primi discepoli di Pitagora". L'affermazione di Biscardi, tuttavia, è accettabile solo se si pensa che il "dette queste cose a proposito di Pitagora, il mio amico Tauro proseguiva" (haec eadem super Pythagora noster Taurus cum dixisset…) si riferisca a quanto già detto e non a quanto si dirà successivamente (appunto all'I, 9, 12: "sed id quoque non praetereundum est") del che personalmente abbiamo forti dubbi. Per quanto riguarda Timeo di Tauromenio cfr. più in avanti

[4] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, in *Scritti minori*, II, I, Hellenica-Hellenistica, Torino (Bottega di Erasmo), 1956, pp. 3-50, già in Atti dell'Accademia delle Scienze di Torino, vol. 49, 1913-1914, pp. 373-395 e, ibidem, pp. 554-574. La pubblicazione del 1956 è aggiornata con la dottrina a quella data. Rostagni, *Il verbo di Pitagora*, Torino, 1924, definirà la sua posizione ritenendo attendibile tutta la tradizione delle fonti pitagoriche: contro E. Frank, *Plato und die sogenannten Pythagoreer*, Halle, 1923

[5] per i *frammenti* di Alcmeone, Filolao e di Archeta cfr. E. Chaignet, *Pitagora et la philosophie pythagoriciene* voll. 2, Paris, 1873; *per le testimonianze di Platone e di Aristotele su Pitagora* cfr. E. Frank, *Plato und die sogenannten Pythagoreer*, Halle, 1923; W. Jaeger, *Uber Ursprung und Kreislant des philosophischen Lebensidedeals*, in *Sitzungsber d. prens. Akad d. Wissensch., phil. – hist. Kl.*, 1928, pp. 390-421, trad. it. In appendice alla versione dell'Aristotele, Firenze, 1935. Per i *frammenti* di Timeo cfr. la raccolta dello Jacoby, *Die Fragmente der Grieechischen it istoriker*, III , B, Leiden, 1950, p. 581 e ss.; per i *frammenti* di Giamblico cfr. l'edizione del Narick, *Iamblich*, *De vita Pythagorica liber*, Metropoli, 1884 e l'edizione taubneriana di L. Deubner, Leipzig, 1937; per i *frammenti* di Porfirio cfr. quella del *Nauck*, teubneriana nel volume *Porphyrii, Opuscola selecta*, 2° ed. Per i *frammenti* di Eraclide Pontico cfr. la voce omonima del *Daebretz*, in *PWRE*, VII, ed. 472 e ss. Per i *frammenti* di Apollonio di Tiana cfr. la voce di J. Miller in *PWRE*, II, ed. 146 e ss. Per i *frammenti* di Ermippo cfr. A Lozynski, *Herm. Smirn. peripat. fragm.* Bonn, 1832 e la raccolta del Müller, *Fragm. histor., Graec.*, III, 35-54. Per i *frammenti* di Dicearco cfr. F. Jacoby, *Fragmente der griech. Historiker*, II, A., Berlino, 1926, p. 191 e ss. Per il contributo dato da Diogene Laerzio alla conoscenza di Pitagora cfr. A. Rostagni, *Il Verbo di Pitagora*, cit. ove può vedersi anche lo studio sulle fonti di Strabone. Rostagni, infine, poggia tutta la ricerca da lui condotta, sulle fonti di Timeo recuperate da Jacoby con quelle individuate presso gli altri Autori antichi.

a) è ammesso alla Scuola solo "chi abbia dato sicura prova delle proprie inclinazioni, dei costumi e delle consuetudini; poiché il Maestro su ognuno che si presenti esercita un severo esame, e sono pratiche ardue ed obblighi singolari, dai quali deve emergere il carattere individuale"[6];
b) "approvato in questo primo esame, il novizio darà saggio di costanza e di risolutezza d'intenti, sottostando con pace all'isolamento cui gli altri lo abbandonano per un periodo di *tre anni*"[7];
c) "poi sono *cinque anni*, durante i quali conserverà il silenzio, non parteciperà alle decisioni; udirà la voce del Maestro, ma non sarà ancora ammesso alla vista di quello; ed ottempererà al dovere più importante, ch'è di far comunanza dei suoi beni, affidandoli ad alcuni compagni, denominati per tale ufficio "gli amministratori"; *politikoi* oppure *oikonomikoi* o infine anche *nomothetikoi*. Questa la norma essenziale. Onde allora per la prima volta ebbe a diffondersi nella Magna Grecia il motto famoso *koiná ta ron ghílion*"[8];
d) "Trascorsi i cinque anni, chi sia respinto si vede restituire duplicati i suoi beni: però nella Scuola gli erigono, come una tomba, un monumento che segni la morte spirituale dell'adepto; i rimasti divengono discepoli veri e propri col nome di *Pitagorici*, entrano alla presenza del Maestro, prendono parte attiva agli interessi del sodalizio. "Pitagorici" soltanto questi, che dirigono e ai quali incombe l'obbligo della comunanza dei beni; "Pitagoristi" gli altri, che assecondano ma non governano, esenti dall'obbligo suddetto"[9].

Se confrontiamo la testimonianza di Gellio con quanto risulta dall'esame delle fonti, e che la dottrina ha innanzi puntualizzato, siamo dell'opinione che più che dissonanza, c'è fra Gellio (cioè Calveno Tauro da cui Gellio recepisce tutta la testimonianza su Pitagora) e il resto delle fonti integrazione. Bisogna infatti tener conto che le fonti sulla vicenda storica della scuola di Pitagora coprono tutta l'epopea di questi che va dal *VI-V secolo avanti Cristo al II secolo dopo Cristo*, fra Scuola Pitagorica fondata dal Maestro di Samo alla sua eredità che perviene fino a Numenio di Apamea (II secolo dopo Cristo) per cui le testimonianze fissate dalla dottrina vanno comprese in questo lungo lasso di tempo, attraverso queste tappe che di seguito elenchiamo, forti dell'indagine compiuta dal Ro-

[6] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., p. 44

[7] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., ibidem

[8] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., ibidem e pp. 22-23 basandosi sulle fonti di Timeo

[9] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., ibidem e pp. 22-23 basandosi sulle fonti di Timeo

stagni raccogliendo i frammenti di Timeo:

a) la Scuola di Pitagora può farsi iniziare all'arrivo del Maestro a Crotone nel 529 avanti Cristo, dopo che, all'età di 60 anni, egli giunge nella Magna Grecia[10]. Gli anni che vanno dal 589, che la tradizione vuole anno della sua nascita[11] all'arrivo a Crotone, furono spesi fra la permanenza fino al 572 a Samo che gli diede i natali, sotto la guida di Ferecide[12] e il suo peregrinare in Egitto dove rimase[13] per ben ventidue anni dunque, e per poi passare in Babilonia dove rimase 12 anni[14]. Quando ritorna a Samo ha 56 anni[15], per poi peregrinare a Creta, a Sparta e a Delo[16];
b) a Crotone Pitagora rimane venti anni e qui organizza la scuola con *trecento discepoli*, di cui *sessanta* muoiono trucidati nelle vicende storiche che contrapposero, con la rivoluzione cicloniana, Crotone e Sibari mentre gli altri vanno in esilio[17];
c) le vicende inducono Pitagora nel 509 a trasferirsi a Metaponto dove rimane 19 anni. Muore all'età di 99 anni, nel 490[18]: la permanenza a Metaponto fu talmente importante che Porfirio, 5, chiama Pitagora "Metapontino".
d) la scuola però non chiude. A Pitagora succede **Aristeo**, quasi coetaneo

[10] cfr. l'analisi delle fonti compiuta da A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cfr. p. 15 e ss.

[11] cfr. l'analisi delle fonti compiute da A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cfr. p. 14

[12] così un buon numero di fonti studiate da A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., p. 14

[13] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit., p. 16

[14] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 16

[15] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 16

[16] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 16. Per quale ragione Pitagora sciegliesse Crotone non sappiamo con certezza. Si può solo dedurre che il Maestro, fatto tesoro di un'esperienza tra le più originali della storia che metteva insieme geometria, aritmetica e astronomia (fra Egitto e Babilonia), legislazione e diritto (fra Creta, Sparta e Delo) tentò di concretizzarla a Samo: le sue dottrine vengono respinte . le fonti sono in proposito chiarissime (A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 16). A Crotone Pitagora arriva al tempo della LXII Olimpiade, al tempo della tirannide di Policrate a Samo, che fu il vero ostacolo per cui Pitagora non potè esprimersi.

[17] Il problema e i dati sono discussi, sulla base di Apollonio, Giustino, Giambico e Diogene Laerte, in A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. pp. 12-14, dove la fonte primaria è Timoteo – Giustino (in A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 12) è chiaro: "Sed *trecenti* ex vivenibus cum sodalicii viri sacramento quodam nexi separatam a ceteris curibus exercerént, quasi coetum clandestinae coniurationes haberent civitatem in se converterunt, quae eos, cum in unam domum convenissent, cremare voluit. In quo tumultu *sexaginta* ferme periere; ceteri in exilium profeti"

[18] cfr. A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit, p. 26 e ss (anche per le vicende metapontine)

di Pitagora e poi via via: dopo la morte di Aristeo alla guida della Scuola fu chiamato **Mnesarco**, figlio di Pitagora cui successe **Bulagora** e poi **Gartida** e infine **Aresa** che incontrò intorno al 350 il filosofo cinico Diodoro Aspendio che – precisa A. Rostagni – "così è tramandato, nell'età immediatamente prealessandrina, assorbì le teorie pitagoriche e le diffuse in Grecia"[19]. Ci sia o meno un vuoto tra Bulagora e Gartida o fra Mnesarco e lo stesso Bulgarola circa la presenza di uno o due scolarcati, resta il fatto che Diodoro Aspendio portò le idee pitagoriche in Grecia[20]. E i Pitagorici "finirono per abbandonare l'Italia, tranne Archeta di Taranto"[21] agli inizi del IV secolo, e Filolao, vissuto nella seconda metà del V secolo, che si trasferisce a Tebe[22]. Timeo di Tauromonio, figlio di Andromaco, il capo dei cittadini di Nasso, trapiantatosi nel 350 in quest'ultima città, è lo storico fedele della tradizione pitagorica che la dottrina più attenta ha tenuto in alta considerazione[23]. Attraverso Archita e Filolao prenderanno le mosse filosofi platonici, peripatetici e stoici che si riallacceranno così al pensiero pitagorico. Tra i principali rappresentanti del neopitagorismo sono da ricordare Nigidio Figulo (prima metà del secolo I av. C), Apollonio di Tiana (secolo I d. Cristo), Moderato di Gade (secolo I d. C.), Nicomaco di Gerasa (secolo II d. C.), Numeneo di Apamea (secolo II d. C.)[24].

Facendo propria la conclusione di Rostagni (che la trae però da Timeo e non da Calveno Tauro che è da lui ignorato) diremo che "consistendo la *doikimasia* in un'acuta disamina del carattere individuale, chi era approvato conveniva tollerasse anzitutto *tre anni di dispregio e di indifferenza*, a provare la propria costanza e fermezza di proposito; poi susseguivano *cinque anni di silenzio*; al nuovo discepolo non si concedeva di discutere: ascoltare soltanto, neanche godere la vista del Maestro. E du-

[19] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. p. 41 e ss.

[20] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. pp. 40-41

[21] A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, p. 40

[22] L. Geymonat, *Storia del pensiero filosofico e scientifico*, vol. I°, *L'antichità. Il Medioevo*, Milano, 1983, p. 41 (di pp. 40-47). Ibidem, p. 41 e pp. 203-204 per Archeta; ibidem, p. 41 e pp. 73-78 e p. 578 per Filolao

[23] Timeo di Tauromonio (Taormina) è citato una sola volta da Gellio, in *Noctes Atticae*, XI, 1 la cui epigrafe così recita "De Origine vocaboli terrae Italiane, deque ea multa, quae suprema appellatur, deque eius nomenis ratione ac de lege Aternia; et quibus verbis antiquitus multa minima dièi plita sit". Questa sola citazione da parte di Gellio dimostra che l'unica fonte sulla Scuola pitagorica fu Calveno Tauro.

[24] per le indicazioni delle fonti sulle dottrine neopitagoriche cfr. la *Grundiss d. Geschichte d. Philosophe* vol. I, 12° ed., Berlino, 1926, pp. 513-524 del testo e pp. 168-171 dell'appendice bibliografica sui singoli neopitagorici.

rante questo periodo era obbligo accomunare i propri beni, consegnandoli ad alcuni compagni, per tale ufficio designati e detti *politikoi* od *oikonomikoi* ovvero anche *nomothetikoi*.

Così vivevano i trecento giovani di cui parlano le fonti, da Diogene Laerte a Giustino, da Apollonio a Giamblico fino a Diodoro Siculo: la speciale attenzione verso questi giovani e l'ammonizione diretta alle donne con esortazioni di pudicizia e di parsimonia, fondamento questo del vivere civile, era la preoccupazione continua per Pitagora e i suoi collaboratori[25].

### 3. *La comparazione con l'*anticum consortium quod vire atque verbo romano appellabatur ercto non cito

Gellio non ha dubbi: l'*inseparabilis societas* formata dalla comunione dei beni nella Scuola Pitagorica è simile al *consortium ercto non cito*, presente nel diritto romano fin dai tempi più antichi.

Ora è ben noto alla dottrina cosa sia stato il *consortium ercto non cito*, soprattutto con la scoperta dei nuovi frammenti delle istituzioni di Gaio che l'Arangio-Ruiz pubblicò in BIDR, 1935, n.s. I, p. 571 e ss. e, prima, in RFIC, 1934, n.s., XII, p. 27 e ss. Esisteva, nell'antico *jus Quiritium*, un tipo di *societas* che Gaio contrapponeva a quella consensuale, e che *nasceva naturaliter* fra più figli, che, alla morte del *pater familias*, ereditavano il patrimonio familiare *che gestivano lasciandolo indiviso* (non-cierè). Una *societas* dello stesso genere - annotava Frezza – "poteva esistere anche fra estranei, ove costoro avessero fatto sorgere fra di loro un patrimonio comune per mezzo di una determinata *legis actio*. Nel *consortium inter suos heredes* i rapporti fra coeredi e le relative responsabilità hanno il loro fondamento nel fatto dell'essere costoro insieme in una comunità che, come preesiste ai singoli ed a questa sopravvive, così viene da essi riguardata come necessaria. Nel momento in cui sorge la possibilità della costituzione artificiale del *consortium* fra estranei (che molto probabilmente coincide con l'introduzione della visibilità del *consortium inter suos heredes* ) diventa evidente che i rapporti fra socii hanno per fondamento la volontà di costoro: diretta, nell'ipotesi del *naturale consortium* a *non-dividere* il patrimonio familiare e, nell'ipotesi del *legitimum consortium* a costituire in un unico indiviso patrimonio i beni dei singoli conferenti. La società trova dunque il fondamento giuridi-

[25] le fonti sono in A. Rostagni, *Pitagora e i Pitagorici in Timeo*, cit. pp. 23-24

co nel volere la comunione; e in questo elemento volontario si deve riconoscere il carattere distintivo tra la *societas re coita* (communiter gestum) e la pura e semplice *communio incidens*, che deve aver condotto, in quanto non voluta dai condomini (o coeredi), rapidamente alla divisione"[26].

Gellio si richiama a siffatto istituto giuridico quando parla della comunione dei beni nella Scuola di Pitagora (…et coibatur societas inseparabilis, tamquam illud fuit anticum consortium, quod vire atque verbo romano appellabatur 'ercto non cito').

Ma davvero la *societas inseparabilis* della Scuola di Pitagora contiene dati ed elementi e contenuti giuridici tali da farla assimilare al *consortium ercto non cito*? Arnaldo Biscardi non aveva alcun dubbio. In quel saggio di precisa puntualità storico-giuridica che era lo studio *Sul regime delle comproprietà in diritto attico* (in *Studi in onore di U. E. Paoli*, Firenze, 1955, pp. 105-143), enumerando i sei casi di comproprietà nel diritto greco[27],

[26] cfr. P. Frezza, alla voce *Consortium* in *Nov. Dig. It.*, IV, 1959, rist. 1981, pp. 246-247 ed ivi p. 246; V. Arangio Ruiz, *Il nuovo Gaio*, in BIDR, 1935, n. s. I, p. 571 e ss, Idem, in RFIC, 1934, n. s. XII, p. 27 e ss.; E. Albertario, *I nuovi frammenti di Gaio* in *Atti del Convegno per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*. Studi pubblicati dalla Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Pavia, 1934: Il testo di Gaio è in FIRA, pars prima, Firenze, 1941, I° parte, pp. 41-42, n. 10 B. Cfr. per ultimo V. Arangio Ruiz, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 5-18 e F. Cancelli, *Società* (diritto romano) in *Nov. Dig. It.*, XVII, 1970, rist. 1982, pp.495-513 ed ivi, in particolare, per l'*ercto non cito*, pp. 496-497. Il passo gaiano (3, 154 a-154 b) venne pubblicato per la prima volta attraverso il Papiro di Antino e da V. Arangio Ruiz nel 1933, Pap. della società italiana, n. 1882.

[27] "il *primo caso* è quello della comproprietà fraterna o parentale…Essa dipende dalla comproprietà familiare in quanto ne rappresenta normalmente la volontaria continuazione dopo la morte del padre, capo dell'*ethnos* e titolare del patrimonio di fronte alla *polis*; eccezionalmente, a quanto sembra, la comunione civile del patrimonio inter liberos poteva essere disposta dal padre stesso in qualunque momento della sua vita, con effetto immediato e con l'obbligo per i figli di provvedere ai bisogni dei genitori finchè vivano" (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit., pp. 107-108);

- "il *secondo caso* può identificarsi con "quella sorta di comproprietà foggiata ad immagine della comproprietà precedente ma al difuori del patrimonio familiare e che intercorre di solito tra estranei, quantunque nulla vieti di concepirla altresì fra persone più o meno strettamente unite da vincoli di parentela" (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit., p. 108);

- "un *terzo caso* è quello della comproprietà di singole cose mobili che in quanto tali non facciano parte di una coeredità, poiché altrimenti si ricadrebbe nel primo caso, o eventualmente nel secondo, qualora il vincolo condominiale sia stabilito fra i coeredi per volontà del testatore" (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit., p. 110);

- un *quarto caso* è quello della "comunione dei beni appartenenti ad una associazione qualsiasi (fratria, demo, tribù……associazioni professionali, società di appaltatori, commercianti, banchieri) (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit. p. 112);

ritiene che il *consortium ercto non cito* possa identificarsi con "quella sorta di comproprietà foggiata ad immagine della comproprietà fraterna o parentale della totalità o di una parte dei beni aviti ma al di fuori del patrimonio familiare e che intercorre di solito fra estranei, quantunque nulla vieti di concepirla altresì fra persone più o meno strettamente unite da vincoli di parentela"[28]. Come per il diritto greco, precisa il Biscardi, non altrimenti avveniva nell'antico diritto romano dove "il momento costitutivo del consortium 'ercto non cito' non era già nel contratto supposto dal Solazzi, ma di cui nessuna fonte conserva la minima traccia, bensì proprio nel volontario permanere dei fratelli *sui heredes* in quello stato d'indivisione che, secondo la felice interpretazione dell'Arangio-Ruiz, lo stesso nome dell'istituto riusciva a porre bellamente in evidenza; "*erctum non citum*" da "*erctum non cier?*, ossia da non dividere ciò che è indiviso"[29].

Ma davvero i principi del *consortium ercto non ciere* possono essere applicati alla *societas inseparabilis* della Scuola Pitagorica?

I dubbi sono più che legittimi.

C'è innanzi tutto un dato preliminare, ed è che qualunque confronto tra istituti giuridici lontani nel tempo e nello spazio è scientificamente non pensabile e quindi non ammissibile tanto più per un istituto quale quello dell'*ercto non cito* che per le sue origini e per la scarsa fondatezza delle fonti che ne fanno da scenario si sottrae ad ogni rigorosa classificazione ed era, come ha precisato Cancelli, "al tempo di Gaio un suggestivo ricordo storico, e presente alla sua mente come ad altri giuristi classici per la peculiarità del regime giuridico"[30]. A dimostrazione di questa constatazione, precisa Cancelli, c'è Pomponio 36 ad Muc. D. 44, 7,57 che fa riferimento ad un *aliud genus societatis* che, sottolinea lo stesso studioso, non può essere il *consortium* "di cui il maestro dell'epoca degli Antonimi s'indugia a dire, a mò di excursus storico, quel tanto che meglio valga a farne rilevare le diversità con la società *iuris gentium* di cui ha già detto"[31].

*E poi c'è un secondo dato anch'esso preliminare*, ed è che dubitiamo fortemente della conoscenza da parte di Gellio dell'istituto del *consortium*

- un *quinto caso* è quello della "comunione formata esclusivamente di capitoli …" con "società costituite per l'esercizio delle imprese commerciali e bancarie, o per l'assunzione dei pubblici appalti o per una singola operazione di credito" (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit. p. 115);

- un *sesto caso* è quello della "comproprietà delle parti indivisibili dell'immobile che sia oggetto di una communio pro-divisio" (A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit. p. 116).

[28] A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit. pp. 108-110);

[29] A. Biscardi, *Sul regime della comproprietà*, cit. p. 119);

[30] F. Cancelli, *Società*, in *Nov. Dig. It.*, XVII, 1970, rist. 1982, pp. 495-516 ed ivi pp. 496-497;

[31] F. Cancelli, *Società*, cit. p. 497;

*ercto non cito* che l'autore delle *Notti Attiche* sembra citare perché ne conosceva la presenza in Gaio, certamente suo contemporaneo, ma non ne percepiva la realtà storico-giuridica, che viene fissata al solo passato (*olim*) non avendo alcuna attinenza e corrispondenza con l'*hodie*[32].

Ed ancora: gli averi e il denaro che venivano messi in comune (Calveno Tauro) insieme ai propri beni non meglio specificati (Timeo) venivano consegnati alla Scuola dove c'erano dei discepoli designati per tale ufficio e che si chiamavano *politikoi* (amministratori), o *ikonomikoi* (gestori della produttività finanziaria), *nomothetikoi* (esperti di leggi). I beni messi in comune venivano quindi gestiti perché fruttificassero negli anni di prova: se l'aspirante veniva accettato gli averi e il denaro (e i beni) venivano messi definitivamente in comune; se gli aspiranti venivano respinti, i beni, gli averi e il denaro venivano restituiti nella misura doppia. Il che significa:

a) che nel periodo di prova i beni recati alla scuola venivano *depositati* a quest'ultima perché venissero gestiti e fruttificati. Il che vuol dire che essi avevano una gestione distinta da quelli già facenti parte dei beni comuni
b) che la somma e i beni recati erano intesi come vera e propria *caparra* per la richiesta di far parte della Scuola; in caso contrario non si capirebbe perché potessero essere restituiti, e per giunta nella misura del doppio, ove l'aspirante fosse stato respinto dopo il periodo di prova.

Ebbene, perché ci sia un deposito, in diritto greco come in diritto romano[33] occorreva la consegna al depositario di una cosa mobile a scopo di custodia gratuita con l'obbligo da parte dell'accipiente di restituirla ad depositante. Dobbiamo ritenere che il deposito qui inteso è un deposito (*parakatatheke*) irregolare simile a quello bancario perché ne venisse consentito l'uso. L'obbligazione di restituire il tandundem (raddoppiato) avvicinerebbe la fattispecie a quella del mutuo per cose fungibili. E questi beni funzionavano anche da *arra* che veniva data per contratto non ancora concluso ma ancora da concludere.

Ma ciò che porta a non potere (e a non dovere) compiere alcuna comparazione fra la *societas inseparabilis* della tradizione pitagorica a il *consortium ercto non cito* è tutto lo scenario in cui è inquadrato quest'ultimo istituto che è quello del diritto privato romano e in particolare del diritto e del patrimonio familiare dove la successione dei cespiti familiari è assicurata dal passaggio del patrimonio dall'ascendente alla categoria degli *heredes sui* in una sorta di *comunione indifferenziata* come tramanda Gaio, 1. 154 a-b e

[32] cfr. la disamina compiuta in proposito da F. Cancelli, *Società*, cit., p. 496;

[33] per il deposito in diritto attico cfr. U. E. Paoli, in *Nov. Dig. It.*, V, 1960, rist. 1981, pp. 494-495, per quello in diritto romano cfr. F. Bonifacio, ibidem, pp. 495-497;

dove la realizzazione di questa comunione indifferenziata si attuava attraverso quell'istituto che noi conosciamo come *consortium ercto non cito*. Ebbene, caratteristica fondamentale dell'*ercto non cito* è il fatto che in tale istituto si subordinano (sempre e in ogni caso) le esigenze dei membri della comunità familiare alla difesa dei beni e del territorio, ma è vero che il *consortium* sorge proprio per non dividere l'eredità e quindi il complesso dei beni dell'intera famiglia. Il risultato è che l'originaria *dominio indivisa* che si viene a creare tra gli *heredes* tutela a tal punto i beni nella loro portata reale, che va a rappresentare perfino (e queste sono le considerazioni che possono trarsi da Ulpiano D. 50. 16. 195. 2 sulla distinzione tra famiglia *proprio iure* e famiglia *communi iure*) ciò che viene definita la *familia communi iure*. Lo attesta peraltro la stessa legislazione delle XII Tavole che perverrà alla previsione di uno strumento di divisione del patrimonio ereditario nell'*actio familiare erciscundae* utile a favorire la formazione di nuclei familiari semplici. Il fatto è che le XII Tavole prendono solo atto che l'economia romana è pervenuta ad una fase di sviluppo tale da consentire che l'eredità del *pater familias* potesse essere divisa tra i vari discendenti e non essere necessitata a dover essere gestita nella sua interezza[34].

## 4. *Conclusioni*

Il *consortium ercto non cito* nulla ha a che vedere con la *societas inseparabilis* di Pitagora. La comparazione compiuta da Gellio appartiene agli influssi del mito pitagorico sull'intera società romana ed in particolare sul diritto e nella convinzione, del tutto indimostrabile, che l'ordine e la razionalità del sistema giuridico romano dipendesse dall'influenza che su di questo avrebbe avuto il sistema numerico e armonico inse-

[34] Non è questa la sede per individuare la genesi e lo sviluppo storico che ebbero ad aversi fra capacità giuridica delle singole persone (meglio: dei singoli individui prima e dopo l'affermazione del concetto di *persona* in diritto romano, cfr. O. Bucci, *Persona, Una introduzione alla civiltà greco-romano-giudaico-cristiana*, Roman, 2005) e la formazione del nucleo familiare, storicamente inteso, intorno all'istituto giuridico della *patria potestas*. Necessita riprendere l'indagine compiuta da G. Franciosi, *Famiglia e persone in Roma antica, dall'età arcaica al Principato*, Torino, 1995 e collegarla a tutta la problematica che questo studioso sviluppò nel corso della sua ricerca scientifica soprattutto nel rapporto con l'istituto (che, usando la nostra terminologia, era di diritto pubblico e privato ad un tempo) della *gens* e del suo formarsi storicamente all'interno della società romana. Traccia di quell'insegnamento era già in A. Guarino, *Comunione* (diritto romano) in *EdD*, VIII, 1961, p. 232 e ss. E più di un'eco si trovava nella dottrina di P. Bonfante abbondantemente sviluppata nel corso di un cinquantennio di studi. E resta l'indiscutibile constatazione che ogni indagine deve partire da Ulpiano D. 50, 16, 195. 2;

gnato dalla Scuola Pitagorica.

Fin dal terzo secolo av. Cristo, e nel quadro dell'ellenizzazione condotta dalle guerre puniche, Pitagora diventa parte integrante del patrimonio culturale della società romana. *Lo attesta* la tradizione letteraria che vuole Ennio (239-169 av. C.) uno dei primi testimoni della cultura greca, e in particolare Pitagora, nel mondo romano[35]; *lo conferma* la vulgata che voleva, sulla base di una notizia di Valerio Anziate diffusa da Livio, che sarebbero stati scoperti nella tomba di Numa Pompilio (il secondo re di Roma e il grande legislatore voluto dalla tradizione) scritti pitagorici, subito bruciati per ordine del pretore per la loro estrema pericolosità[36] e che Numa sarebbe stato scolaro di Pitagora – fatto del tutto inverosimile dal momento che Pitagora giunse in Italia circa centoquarant'anni dopo la morte del secondo re di Roma[37] – cui si sarebbe ispirata la prima costituzione romana[38]; lo provano le testimonianze di Cicerone e di Livio che hanno nei confronti di Pitagora grande rispetto tanto che il primo lo pone accanto a Democrito, Socrate e Platone dicendo che la sua filosofia "si era occupata dei numeri, delle leggi del moto, dell'origine e della destinazione di tutte le cose, e aveva indagato attentamente le grandezze, le distanze ed il moto degli astri e i fenomeni celesti in genere"[39] mentre tutta la descrizione liviana delle XII Tavole, e in particolare del primo decemvirato, risente - a sentire una parte della dottrina[40] – dell'ordine cosmologico pitagorico, e a comprovarlo starebbe anche la contemporaneità della redazione delle XII Tavole con la fine drammatica della Scuola Pitagorica nell'Italia meridionale, a Crotone, nel 450 a.C.[41].

[35] L. Ferrero, *Storia del pitagorismo nel mondo romano (dalle origini alla fine della Repubblica),* Torino, 1995; A. Gianola, *la fortuna di Pitagora presso i Romani dalle origini fino al tempo di Augusto*, Colonia, 1921; M. Th. Fögen, *Storia di diritto romano. Origine ed evoluzione di un sistema sociale*, Bologna, 2005 (trad. it. edizione Gottingen, 2002) che riporta dal Gianola (ibidem, p. 88 nt. 163) che le leggi romane siano state "copiate dalla legislazione della Magna Grecia e della Sicilia che alla loro volta traevano ispirazione, se non origine, dal Pitagorismo";

[36] così Livio, 40, 29, 3. Il problema è discusso da Y. Thomas, *Idées romaines sur l'origine et la transmission du droit*, in *RJ*, 5, 1986, pp. 253-273 e ripreso da M. Th. Fögen, *Storia di diritto romano*, cit. p. 88;

[37] cfr. K. R. Prose, *Numa and The Pythagoreans. A curious incident*, in *Greece and Rome*, s. III, 11, 1964, pp. 36-42;

[38] I rapporti tra Numa Pompilio e Pitagora trovano più di un eco in Cicerone (*De republica*, 2, 28-29 e *Tusc*. 4, 3) e Livio, 40, 29, 8;

[39] così Cicerone, *Tusc*. 5, 10. Cfr. anche Chr. Riedweg, *Pythagoras, Leben, Lehre, NachwerKung. Eine Einführung*, München, 2002;

[40] così M. Th. Fögen, *Storia di diritto romano*, p. 82 e ss.;

[41] W. Burkert, *Weishert und Wissenschaft. Studien zu Pythagoras, Philolaos und Platon*, Nurnberg, 1962, p. 181 e ss. e p. 456 e ss.;

Che Gellio si faccia portavoce di questa sensibilità non deve pertanto meravigliare dal momento che la presenza pitagorica nella cultura romana diventa manifesta a partire dal I° secolo av. C. ed è testimoniata abbondantemente (e lo dimostra proprio Gellio) fino al II secolo dopo Cristo[42]. Se poi riteniamo vera la notizia di Plino e Plutarco che una statua di Pitagora era presente nel Foro fin dal IV secolo av. Cristo, l'influenza di quest'ultimo sulla cultura romana diventa ancora più sedimentata nel tempo[43].

[42] Cicerone (*De repubblica* 2, 28) e Livio, 1, 18, 2, conoscono bene l'epopea pitagorica nell'Italia meridionale, e Plino e Plutarco affermano (l'uno in *Naturalis Historia*, 34, 12, 26 e l'altro in *Numa*, 8, 109) che fin dal IV secolo una statua di Pitagora era ben visibile nel Comizio. Sulla conoscenza da parte di Cicerone delle dottrine pitagoriche cfr. R. Coleman, *The Dream of Cicero*, in *Procedings of the Cambridge Philological society*, 190, 1964, n. s. 10. pp. 1-14;

[43] per la testimonianza di Plino e Plutarco cfr. nota precedente. Sui rapporti fra pensiero greco (filosofico e giuridico) e diritto romano attraverso le XII Tavole e al di là delle XII Tavole, cfr., oltre ai lavori della Fögen, del Ferrero e del Gianola anche i seguenti: A. Berger, *Tabulae duodecim*, in *PWRE*, s. II, 1900-1994; Idem, *Le XII Tavole e la codificazione giustinianea*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, Pavia, 1934, pp. 37-69; G. Camassa, *Il mutamento delle leggi nella prospettiva pitagorica*, in *Annali della facoltà di Lettere e Filosofia dell'Università di Perugina*, 14, 1976-1977, p. 455-471; F. Cancelli, *Leggenda e Storia delle XII Tavole*, Roma, 1959; F. P. Casavola, *Cultura e scienza giuridica nel II secolo d. C.: il senso del passato*, in *ANRW*, II, 1976, n. 15, pp. 131-175; G. Crifò, *la leggenda delle XII Tavole, Osservazioni e problemi*, in *ANRW*, I, 1972, pp. 115-133; F. D'Ippolito, *Questioni decemvirali*, Napoli, 1993; M. Ducos, *L'influence grecque sur la loì des Dounzes Tables*, Paris, 1978; A. Magdelain, *Le XII Tables et le concept de ius*, in *Zum römischen und neuzeitlichen Gesetzesbegriff*, curantibus O. Behrends – Ch. Link, Gottingen, 1987, pp. 14-33; G. Poma, *Tra legislatori e tiranni. Problemi storici e storiografici sull'età delle XII Tavole*, Bologna, 1984 (Problemi di Storia, vol. II); F. Wieacker, *Solon und die XII Tafeln*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, Milano, 1971, vol. III, pp. 757-784. E restano i saggi di Giorgio La Pira, *La genesi del sistema della Giurisprudenza romana* (in *Studi Senesi*, 1935; BIDR 1934; SDHI, 1938) che vanno ancora studiati e rimeditati anche alla luce della prospettiva pitagorica qui discussa e analizzata.

FRANCESCO CASTIGLIONE

# Considerazioni sul contratto di somministrazione di lavoro

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La somministrazione di lavoro nella legge: l'abolizione dello *staff leasing*. - 3. Segue. Le ragioni oggettive della somministrazione a termine nella legge e nella giurisprudenza. - 4. La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva di settore. - 5. Brevi considerazioni conclusive.

## 1. *Premessa*

La somministrazione di lavoro costituisce, allo stato attuale, la tipologia contrattuale più significativa nell'ambito del nuovo quadro normativo in materia di lavoro decentrato, risultante dalla risistemazione attuata con il d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, emanato in attuazione della legge delega 14 febbraio 2003, n. 30. Come noto, con il richiamato intervento normativo si è provveduto ad abrogare contemporaneamente sia il divieto di interposizione nei rapporti di lavoro (legge n. 1369/1960), sia il lavoro interinale (artt. 1-11, legge n. 196/1997), definendo un'area significativamente più ampia di interposizione lecita nei rapporti di lavoro, nella quale, accanto alla somministrazione di manodopera (artt. 20-28, d.lgs. n. 276/2003), trovano collocazione sistematica l'appalto e il distacco, anch'essi opportunamente disciplinati e rivisitati[1].

Volendo sinteticamente indicare la *ratio* normativa e le linee portanti della nuova modalità di impiego della manodopera, va sottolineato che la somministrazione di lavoro, oltre a collocarsi nel solco già avviato con la recente esperienza del lavoro interinale, strettamente si ricollega ai fenomeni di esternalizzazione crescente di rami della produ-

[1] Tra i numerosi contributi dottrinali di commento cfr. AA.VV., *Commento al Titolo III. Somministrazione di lavoro, Appalto di servizi, distacco*, in R. DE LUCA TAMAJO, G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro. Commentario al D. Lgs. 10 settembre 2003, n.* 276 («Riforma Biagi»), Padova, Cedam, 2007, p. 259 ss.; M. MAGNANI, *Le esternalizzazioni e il nuovo diritto del lavoro*, in M. MAGNANI, P.A. VARESI (a cura di), *Organizzazione del mercato del lavoro e tipologie contrattuali. Commentario ai decreti legislativi n. 276/2003 e n. 251/2004*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 283 ss.; P. ICHINO, *La somministrazione di lavoro*, in AA.VV. (coordinato da M. PEDRAZZOLI), *Il nuovo mercato del lavoro. Commento al d.lg. 10 settembre 2003, n. 276*, Bologna, Zanichelli, 2004, p. 257 ss.

zione e del lavoro e di segmentazione del processo produttivo[2]. Si tratta di modalità organizzative già diffuse da alcuni anni, le quali, parallelamente all'incremento subito, ricevono una maggiore considerazione dal legislatore, orientato a ridurre i vincoli normativi e ad aumentare le opportunità per i datori di lavoro interessati[3].

La somministrazione di lavoro, come già il previgente lavoro interinale, costituisce una fattispecie complessa, nella quale soggetti debitamente autorizzati dal Ministero del lavoro – le agenzie di somministrazione – stipulano un apposito contratto di somministrazione con un soggetto utilizzatore, avente ad oggetto la fornitura di un certo numero di lavoratori; esse inoltre sottoscrivono un collegato contratto di lavoro subordinato con i lavoratori medesimi, rispetto ai quali le agenzie assumono la veste di datori di lavoro formali, ovvero dei datori che li assumono e li retribuiscono, assumendo la titolarità delle principali situazioni giuridiche attive e passive proprie del lavoro subordinato. La particolarità della somministrazione consiste nella circostanza che i lavoratori assunti dall'agenzia assumono l'obbligo di prestare l'attività di lavoro in favore di un altro datore di lavoro, e cioè il soggetto utilizzatore: tra quest'ultimo e il lavoratore sorge comunque un rapporto giuridico produttivo di effetti, conseguente all'inserzione del lavoratore somministrato nel luogo di lavoro di pertinenza dell'utilizzatore[4].

In proposito, giova ricordare che le disposizioni normative sulla somministrazione di cui al d.lgs. n. 276/2003, così come quelle sul lavoro interinale o, più in generale, temporaneo, di cui alla legge n. 196/1997, sono state concepite principalmente in favore dei lavoratori ed essenzialmente per arginare emergenze occupazionali, che non risultavano affrontabili con gli ordinari strumenti legislativi. La normativa è tutta costruita in maniera tale da favorire quanto più possibile il ricorso a tale forma di

[2] V. il lavoro monografico di L. Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro. Uno studio sulle tecniche di tutela del lavoratore*, Padova, Cedam, 2004.

[3] In dottrina cfr. per tutti P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, Giuffrè, 2000, p. 3 ss.; R. De Luca Tamajo, *Le esternalizzazioni tra cessione di ramo d'azienda e rapporti di fornitura*, in Id., *I processi di esternalizzazione. Opportunità e vincoli giuridici*, Napoli, Esi, 2002, p. 9 ss.; M. Tiraboschi (a cura di), *Le esternalizzazioni dopo la riforma Biagi. Somministrazione, appalto, distacco e trasferimento d'azienda*, Milano, Giuffrè, 2006.

[4] Di recente, per una complessiva disamina della fattispecie, v. M.T. Carinci, *Utilizzazione e acquisizione indiretta del lavoro: somministrazione e distacco, appalto e subappalto, trasferimento d'azienda e di ramo*, Torino, Giappichelli, 2008; P. Chieco, *Le nuove esternalizzazioni tra fornitura di prestazioni lavorative (somministrazione e distacco) e appalti* labour intensive, in P. Curzio (a cura di), *Lavoro e diritti a tre anni dalla legge 30/2003*, Bari, Cacucci, 2006, p. 105 ss.

lavoro «atipico»: più il lavoratore viene avviato a lavorare presso il terzo, meglio è. L'aggettivo «temporaneo» di cui alla legge n. 196/1997 significa non «di breve durata», ma piuttosto «non definitivo». Il lavoratore rende a terzi una prestazione (fornita o somministrata) per periodi più o meno lunghi, a più riprese, senza significativi intervalli di tempo: tutto ciò è perfettamente legittimo e il lavoratore ha perfetta consapevolezza che non renderà quelle sue prestazioni in via definitiva. L'espressione «lavoro in affitto», per quanto sgradevole, rende bene l'idea di un contratto caratterizzato (tra l'altro) dalla non definitività della prestazione di lavoro.

In quest'ottica, dunque, nella fattispecie del lavoro interinale e della somministrazione non c'è nulla di irregolare se, ad esempio, un lavoratore viene inviato cento volte sempre alla stessa impresa richiedente (anzi, bisogna esserne lieti perché ciò significa che la formula pensata dal legislatore ha prodotto risultati positivi). E nemmeno c'è da essere sorpresi se la eterodirezione della prestazione avviene da parte del terzo utilizzatore e non dell'agenzia fornitrice o somministratrice, che è la datrice di lavoro. Tale modalità, invero, non è affatto un'anomalia ma viceversa è una caratteristica del lavoro interinale e della somministrazione. Si tenga conto, infatti, che, già la precedente legge n. 196/1997, che disciplinava la fornitura di lavoro temporaneo prevedeva all'art. 4 che: «Il prestatore di lavoro temporaneo svolge la propria attività secondo le istruzioni impartite dall'impresa utilizzatrice per l'esecuzione e la disciplina del rapporto di lavoro…»; il d.lgs. 276/2003, che ha introdotto e disciplinato il lavoro in somministrazione, ha analogamente previsto all'art. 20, comma 2 che: «Per tutta la durata della somministrazione i lavoratori svolgono la propria attività nell'interesse nonché sotto la direzione e il controllo dell'utilizzatore».

La scissione tra titolarità formale del rapporto di lavoro, imputato a tutti gli effetti all'agenzia di lavoro temporaneo e/o agenzia di somministrazione, e rapporto giuridico sostanziale che sorge tra utilizzatore e lavoratore temporaneo e/o somministrato, è una delle caratteristiche fondamentali dello schema giuridico sotteso al lavoro interinale e alla somministrazione di manodopera, che si riflette sulle concrete modalità di svolgimento del rapporto di lavoro e, come noto, sull'articolazione dei poteri datoriali e sulla titolarità degli obblighi contrattuali[5].

[5] Per un peculiare approfondimento cfr. V. Speziale, *Il contratto commerciale di somministrazione di lavoro*, in Aa.Vv., *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, Cedam, 2005, p. 1623 ss; R. Romei, *Il contratto di somministrazione di lavoro*, in "Giornale di Diritto del lavoro e delle relazioni industriali", 2006, p. 403 ss.

Il «favore» con il quale il legislatore ha considerato queste tipologie flessibili è comprovato dalla stessa disciplina predisposta, atteso che, se la legge n. 196/1997 regolava in maniera nient'affatto rigida il lavoro interinale, ancor più a «maglie larghe» è la normativa sulla somministrazione di cui al successivo d.lgs. n. 276/2003.

Rispetto alla disciplina originariamente introdotta, va però tenuto conto che la somministrazione, oltre all'intervento normativo del 2007 (v. *infra*), che ha circoscritto l'ammissibilità alla sola somministrazione a termine, è stata di recente oggetto di un'interpretazione giurisprudenziale non del tutto pertinente con la disciplina di legge, ponendo alcune questioni interpretative abbastanza delicate per le posizioni delle parti coinvolte. Inoltre, essa è stata di recente integrata dalle previsioni del nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro (Ccnl 24 luglio 2008, stipulato tra Assolavoro e Cgil, Cisl, Uil e Nidil, Alai e Cpo), che ha introdotto nuove disposizioni sulla disciplina dei rapporti di lavoro e sulla tutela dei lavoratori somministrati.

## 2. *La somministrazione di lavoro nella legge: l'abolizione dello* staff leasing

La versione originaria della riforma Biagi del mercato del lavoro contemplava due tipologie di somministrazione di lavoro, distinte a seconda che l'agenzia di somministrazione intendesse esercitare la fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato (cd. *staff leasing*) o a tempo determinato (distinguendosi, in proposito, a seconda dell'attività indicata, agenzie cd. specialiste, abilitate allo svolgimento della sola somministrazione a tempo indeterminato e agenzie cd. generaliste, abilitate allo svolgimento sia della somministrazione a termine che di quella a tempo indeterminato.

Nella ipotesi della somministrazione a tempo indeterminato, l'agenzia poteva chiedere l'autorizzazione al Ministero del lavoro per somministrare lavoratori a tempo indeterminato ai differenti utilizzatori nelle ipotesi previste dalla legge (art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), realizzandosi, per volontà normativa, una fattispecie contrattuale che comportava il permanere di un vincolo di disponibilità in capo al lavoratore destinato ad essere somministrato da parte dell'agenzia.

La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato era ammessa, tra l'altro, nei servizi di consulenza e assistenza nel settore informatico; nei servizi di pulizia, custodia, portineria; nella gestione di biblioteche, parchi, musei, archivi, magazzini, nonché nei servizi di economato; nelle attività di gestione del personale e ricerca e selezione del per-

sonale; nelle attività di marketing e analisi di mercato; nella gestione di *call-center*; nelle costruzioni edilizie all'interno degli stabilimenti, per installazioni o smontaggio di impianti e macchinari, per particolari attività produttive; nonché in tutti gli altri casi previsti dai contratti collettivi di lavoro nazionali o territoriali stipulati da associazioni dei datori e prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative (art. 20, comma 3, d.lgs. n. 276/2003).

Relativamente ad alcune delle ipotesi menzionate, si trattava, a ben vedere, di attività già rientranti negli appalti leciti disciplinati dall'art. 5, legge n. 1369/1960, mentre altre di esse erano da ricollegare a nuove modalità di utilizzo del fattore lavoro da parte dei datori di lavoro, specialmente nel settore della consulenza aziendale e dell'attività informatica.

Negli anni successivi alla sua introduzione da parte della legge, la somministrazione di lavoro a tempo indeterminato è stata pressoché inutilizzata dai datori di lavoro, come comprovato non soltanto dalla circostanza che è risultato che una sola agenzia si è iscritta nell'apposita sezione dell'Albo delle agenzie di somministrazione a tempo indeterminato presso il Ministero del lavoro, ma anche dal fatto che i contratti collettivi non si sono avvalsi della facoltà, loro riservata dalla legge, di introdurre ulteriori ipotesi di lecito ricorso alla somministrazione a tempo indeterminato.

In considerazione dello scarso interesse manifestato nei confronti della somministrazione a tempo indeterminato, il governo nella XV° legislatura è intervenuto abolendola drasticamente (art. 1, comma 46, legge 24 dicembre 2007, n. 247, di attuazione del Protocollo sul *welfare*, lavoro e competitività sottoscritto da Governo e parti sociali nel mese di luglio 2007)[6], anche perché considerata emblematica dello sfruttamento dei lavoratori e della precarietà della loro esperienza personale e di lavoro[7].

In proposito, è opportuno sottolineare che l'abolizione della somministrazione a tempo indeterminato riguarda esclusivamente l'attività svolta dalle agenzie e, dunque, la durata del contratto commerciale di somministrazione di manodopera tra agenzia e utilizzatore: non concer-

[6] Cfr. L. Menghini, *Protocollo del 23 luglio 2007 e lotta alla precarietà*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2007, p. 961 ss.

[7] V. in proposito C. Alessi, *La flessibilità del lavoro dopo la legge di attuazione del protocollo sul welfare: prime osservazioni*, W.P. c.s.d.l.e. "Massimo D'Antona" n. 68/2008, in www.lex.unict.it/eurolabor; M. Lamberti, *La somministrazione di lavoro a tempo indeterminato: l'interposizione lecita dopo l'abolizione dello* staff leasing, in G. Ferraro, M. Cinelli (a cura di), *Lavoro, competitività,* welfare. *Commentario alla legge 24 dicembre 2007, n. 247 e riforme correlate,* Torino, Utet, 2008, p. 121 ss.

ne, invece, la durata del contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore, la quale, come in precedenza, può tuttora essere stabilita a tempo indeterminato[8]. Si tratta di un'eventualità che era già prevista dal d.lgs. n. 276/2003 e che continua ad essere disciplinata anche a seguito dell'abolizione disposta dalla legge n. 247/2007 (v. in proposito il recente Ccnl 24 luglio 2008: *infra*). Da questo punto di vista, al lavoratore che viene assunto dall'agenzia a tempo indeterminato spetta tuttora l'indennità di disponibilità, volta a compensare la sua messa a disposizione con la corresponsione di un'apposita indennità mensile di disponibilità nei periodi in cui egli rimane in attesa di assegnazione, ovvero in quelli non lavorati[9].

Va ulteriormente precisato che l'intervento in materia di somministrazione a tempo indeterminato non ha coevamente disciplinato un apposito regime transitorio in grado di definire la sorte delle situazioni in essere alla data di entrata in vigore della legge n. 247/2007 (1° gennaio 2008): sul punto è intervenuto il Ministero del lavoro, diramando un'apposita circolare interpretativa[10], con la quale si è precisato che i rapporti in corso di svolgimento alla data di entrata in vigore della legge mantengono la loro efficacia sino a quando non intervenga il recesso di una delle parti o per mutuo consenso.

Ciò sta a significare, dunque, che la fornitura professionale di manodopera a tempo indeterminato, già in corso prima dell'indicata riforma, resta tuttora vigente, così come continuano a produrre i loro effetti i rapporti di lavoro sorti tra i soggetti interessati, siano essi a tempo determinato o a tempo indeterminato. Conseguentemente, il rinvio disposto dalla legge (art. 22, comma 1, d.lgs. n. 276/2003), che stabiliva che nella somministrazione a tempo indeterminato i rapporti di lavoro tra agenzie e lavoratori sono soggetti alla disciplina generale dei rapporti di lavoro di cui al codice civile e alle leggi speciali, continua a trovare applicazione sia ai nuovi contratti di lavoro (che, nel senso precisato, possono essere conclusi da agenzie e lavoratori anche a tempo indeterminato), sia nei confronti dei rapporti di lavoro sorti in virtù di contratti di som-

[8] S. Bertocco, *"Abolizione" dello* staff leasing: *osservazioni giuridiche a margine del dibattito politico*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2008, n. 8, p. 771 ss.

[9] La misura dell'indennità di disponibilità, divisibile in quote orarie, che deve essere obbligatoriamente indicata nel contratto di somministrazione, in ogni caso non deve essere inferiore alla misura prevista o aggiornata periodicamente da apposito decreto del Ministero del lavoro (art. 22, 3° comma, d.lgs. n. 276/2003 e d.m. 10 marzo 2004, che fissava l'importo minimo di 350 euro mensili). L'indennità di disponibilità è attualmente stabilita nella misura di 700 euro mensili dal Ccnl 24 luglio 2008:

[10] Si tratta della circolare Min. lavoro 25 marzo 2008, n. 7.

ministrazione a tempo indeterminato stipulati prima della data di entrata in vigore della legge n. 247/2007 (1° gennaio 2008).

Per quanto riguarda, invece, la sorte delle autorizzazioni ministeriali già concesse allo svolgimento della somministrazione a tempo indeterminato, in assenza di espressa previsione normativa, è da ritenere che le agenzie potranno continuare ad esercitare la sola somministrazione a termine, nel senso che quell'autorizzazione già ottenuta non può più essere riferita alla somministrazione a tempo indeterminato.

### 3. *Segue. Le ragioni oggettive della somministrazione a termine nella legge e nella giurisprudenza: temporaneità* versus *stabilità?*

In considerazione dello scarso utilizzo della somministrazione a tempo indeterminato, che, come indicato, ha finito col condurre alla sua abolizione, è opportuno soffermare l'attenzione sulla somministrazione a tempo determinato, anche tenuto conto del suo stretto collegamento con il lavoro interinale di cui alla legge n. 196/1997 e con il lavoro a termine di cui al d.lgs. n. 368/2001.

Anzi, nel senso che verrà innanzi precisato, il confronto tra somministrazione a tempo determinato e lavoro a termine, anche al fine di definire la tipologia più conveniente per i datori di lavoro, deve oggi necessariamente tenere conto delle modifiche apportate al lavoro a termine (cfr., da ultimo, legge 6 agosto 2008, n. 133).

In via generale, relativamente alla somministrazione a tempo determinato, la legge contiene un espresso richiamo alla disciplina sul lavoro a termine, stabilendo che «il rapporto di lavoro tra somministratore e prestatore di lavoro è soggetto alla disciplina di cui al decreto legislativo 6 settembre 2001, n. 368» (art. 22, comma 2, d.lgs. n. 276/2003), fatto salvo in ogni caso il limite della compatibilità e con esclusione di quanto previsto all'art. 5, comma 3 e ss., d.lgs. n. 368/2001, che stabiliscono le conseguenze sanzionatorie connesse alle ipotesi della riassunzione a termine e della successione di più assunzioni a termine.

Nella somministrazione a tempo determinato, spetta ai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati da sindacati comparativamente più rappresentativi, in conformità a quanto previsto dall'art. 10, d.lgs. n. 368/2001, l'individuazione, anche in misura non uniforme, di limiti quantitativi di utilizzazione della somministrazione a tempo determinato (art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003): si tratta di una mera eventualità e non di una condizione imprescindibile per l'accesso alla somministrazione.

Per quanto concerne «la fornitura di lavoro temporaneo», l'art. 1,

legge n. 196/1997 indicava quali erano i casi in cui era lecito concludere il relativo contratto: a) nei casi previsti dai contratti collettivi; b) nei casi di temporanea utilizzazione in qualifiche non previste dai normali assetti produttivi aziendali; c) nei casi di sostituzione dei lavoratori assenti.

Per quanto concerne, invece, la «somministrazione», il d.lgs. n. 276/2003 prevede le ipotesi in cui è possibile concludere il contratto, in maniera – come già prima accennato – ancora più ampia rispetto alla precedente disciplina. La somministrazione a tempo determinato è infatti ammessa ai sensi dell'art. 20, comma 4 «a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore»: praticamente sempre, fatta eccezione solo delle tre ipotesi espressamente vietate dall'art. 20, comma 5 (per sostituzione di lavoratori in sciopero; per le aziende presso le quali si sia proceduto a licenziamenti collettivi nel semestre precedente o sia in atto la cassa integrazione; per le aziende che non abbiano effettuato la valutazione dei rischi ai sensi del d.lgs. n. 626/1994).

Come concordemente ritenuto dalla prevalente dottrina[11], la somministrazione a tempo determinato può costituire una modalità di ordinaria gestione della manodopera, non essendo più richiesto il requisito della temporaneità che era, al contrario, proprio quello caratterizzante le ragioni sottese al lecito utilizzo del lavoro interinale. Tale opinione risulta avvalorata dal dato letterale della norma richiamata, ed in particolare dal peso centrale che assume l'inciso «anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore», e risulta, inoltre, confermata anche in sede ministeriale[12], ove si è precisato che «Rispetto alla disciplina della fornitura di lavoro temporaneo di cui alla legge n. 196 del 1997, è venuto meno il limite del ricorso alla somministrazione di lavoro solo per far fronte ad esigenze di carattere temporaneo o eccezionale. Alla stregua dell'articolo 20, comma 4, del decreto legislativo n. 276 del 2003 è infatti sufficiente che sussista una ragione di carattere oggettivo, cioè una ragione effettiva e comprovabile, anche se riferibile all'ordinaria attività dell'utilizzatore (…). È tuttavia importante ribadire che rispetto alla somministrazione a tempo determinato il termine della somministrazione non dipende dalla necessità di soddisfare una esigenza temporanea o straordinaria dell'utilizzatore. Più semplicemente il termine costituisce la dimensione in cui deve essere misurata la ragionevolezza delle esigenze tecni-

[11] Da ultima e per tutti v. M.T. Carinci, *op. cit.*, p. 55, secondo la quale «l'esigenza dell'utilizzatore non deve essere necessariamente temporanea o transitoria, ma può essere stabile».

[12] V. circolare Min. lavoro 7 febbraio 2005, n. 7.

che, organizzative, produttive o sostitutive poste a fondamento della stipulazione del contratto di somministrazione. Si potrà, pertanto, fare ricorso alla somministrazione a tempo determinato in tutte le circostanze, individuate dall'utilizzatore sulla base di criteri di normalità tecnico-organizzativa ovvero per ipotesi sostitutive, nelle quali non si potrà esigere, necessariamente, l'assunzione diretta dei lavoratori alle dipendenze dell'utilizzatore e nelle quali, quindi, il ricorso alla somministrazione di lavoro non assume la finalità di eludere norme inderogabili di legge o di contratto collettivo».

Nel senso innanzi indicato, a seguito delle modifiche apportate dall'art. 21, comma 1, della legge n. 133/2008 all'art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001, le ragioni sottese alla lecita apposizione del termine risultano del tutto coincidenti con quelle già previste come condizione di liceità per la somministrazione a termine dall'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003, essendo stato inserito l'inciso «anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro» relativamente alle ragioni di lecita apposizione del termine al contratto di lavoro.

Da questo punto di vista, la maggiore convenienza a fare ricorso alla somministrazione a termine – la quale, anche se accompagnata da costi più elevati, era svincolata dalla temporaneità delle ragioni – risulta ora ridimensionata proprio perché ora è possibile utilizzare in alternativa il lavoro a termine per le medesime causali, quantunque permangano differenti profili di disciplina che possono tuttora rendere più fruibile la somministrazione a termine rispetto al contratto a tempo determinato (come, ad esempio, la successione tra contratti, alla quale non si applicano i limiti previsti per i contratti a termine: cfr. art. 5, d.lgs. n. 368/2001, come da ultimo modificato dalle leggi nn. 247/2007 e 133/2008).

Sulla questione delle condizioni di liceità della somministrazione a tempo determinato, è dato registrare i primi interventi della giurisprudenza di merito, prevalentemente orientati a ritenere che le ragioni sottese alla somministrazione a termine debbano essere oggettive, di natura temporanea e che esse vadano puntualmente specificate nel contratto, nel senso precipuo che non sarebbe sufficiente l'indicazione delle ragioni attraverso il richiamo alle formule normative di cui all'art. 20, comma 4, d.lgs. n. 276/2003. In mancanza di specificazione delle predette ragioni, i lavoratori – secondo tale orientamento giurisprudenziale – andrebbero considerati a tutti gli effetti alle dipendenze del soggetto utilizzatore, giusta applicazione dell'art. 27, comma 1, d.lgs. n. 276/2003, che disciplina la somministrazione irregolare, ovvero la somministrazione posta in essere al di fuori delle condizioni e dei limiti previsti dalla

legge[13]. Si tratta di un'interpretazione francamente discutibile, in quanto i giudici sembrano valutare la liceità della somministrazione più attingendo all'elaborazione giurisprudenziale in materia di lavoro a termine che attraverso il compiuto esame dello specifico dettato normativo.

Più di recente si è tuttavia profilata un'interpretazione più aderente al testo normativo, essendosi affermato appunto che « la somministrazione è autorizzata non solo nella fornitura temporanea di prestazioni lavorative, ma anche a fronte di esigenze stabili dell'attività imprenditoriale, come reso evidente dall'inciso contenuto nel primo periodo del quarto comma dell'art. 20 del d.lgs. n. 276 del 2003, secondo il quale la somministrazione è ammessa a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo, anche se riferibili all'ordinaria attività dell'utilizzatore»[14].

L'orientamento giurisprudenziale da ultimo richiamato risulta, d'altro canto, sostanzialmente in linea con quanto ulteriormente previsto dalla legge che, in materia di somministrazione irregolare (art. 27, comma 3, d.lgs. n. 276/2003), dispone che «Ai fini della valutazione delle ragioni di cui all'articolo 20, commi 3 e 4, che consentono la somministrazione di lavoro il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza delle ragioni che la giustificano e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano all'utilizzatore».

[13] Cfr., ad esempio, Trib. Milano 24 gennaio 2007, in "Rivista giuridica del lavoro", 2007, II, 681 ss. con nota di F. Aiello, *Alcune questioni sul lavoro somministrato a termine*; Trib. Milano 10 aprile 2007, n. 1235, in "Diritto e pratica del lavoro", 2007, n. 34, p. 2087 con nota di G. Fava, D. Colombo, *Somministrazione a termine: condizioni e requisiti*; Trib. Bologna 8 febbraio 2008, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 2009, n. 1, p. 69; Trib. Milano 28 marzo 2008, in "Rivista critica di diritto del lavoro", 2008, n. 3, p. 324; Trib. Bolzano 29 aprile 2008, in "Guida al lavoro", 2008, n. 38, p. 64; Trib. Bergamo 19 dicembre 2008, in "Guida al lavoro", 2009, n. 16, p. 36 con nota di G. Falasca, *Somministrazione di lavoro e invalidità delle causali*.

[14] Così Trib. Roma 4 marzo 2009, n. 3906, in "Bollettino Adapt", 2009, n. 15, in www.fmb.unimore.it, che ha conclusivamente affermato che «è possibile utilizzare la somministrazione di lavoro a termine a fronte di qualsiasi motivazione riferibile all'attività di impresa e a fronte di qualsiasi ragione ispirata dall'interesse dell'imprenditore e all'interpretazione che di esso ne dà l'utilizzatore stesso». In termini analoghi v. anche Trib. Lanusei 4 marzo 2008, in "Giurisprudenza di merito", 2008, n. 9, p. 2219, per la quale «La temporaneità del contratto di somministrazione non trova il proprio antecedente causale nella temporaneità dell'attività che l'utilizzatore si sia prefissato di svolgere mediante la fornitura di lavoro, bensì corrisponde unicamente a una scelta discrezionale del medesimo utilizzatore, tutt'al più valutabile in termini di ragionevolezza (come si desume dall'art. 27 comma ult. d.lg. n. 276 del 2003)».

Con ogni evidenza il dettato legislativo ora riportato fa ben intendere lo spirito della legge, che è quello di stabilire solo un presidio «formale», rimettendo ogni considerazione sostanziale alla libera scelta dell'imprenditore che, pur cosciente del maggior costo della prestazione somministrata, è stato considerato libero di scegliere di farvi ricorso per esigenze stabili della sua attività, anche più volte con gli stessi lavoratori, somministrati per diverse volte e senza soluzione di continuità tra una missione e la successiva. In tal senso, anche una certa frequenza nel ricorso alla somministrazione con uno stesso lavoratore, non costituisce affatto sintomo di fraudolenza, ma piuttosto deve essere valutato solo quale legittima manifestazione di una libera scelta datoriale, nell'ambito della riconosciuta libertà (di rango costituzionale) di organizzazione dell'impresa.

In buona sostanza, il controllo giurisdizionale andrebbe limitato alla sola valutazione della esistenza delle condizioni che rendono possibile il ricorso alla somministrazione ai sensi della disciplina di legge vigente, al di là di ogni giudizio di merito[15].

## 4. *La somministrazione di lavoro nella contrattazione collettiva di settore*

Sulla disciplina richiamata e sui principali problemi applicativi, è di recente intervenuta l'autonomia collettiva, siglando il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro per la categoria delle agenzie di somministrazione di lavoro (Ccnl 24 luglio 2008)[16]. Si tratta di un testo contrattuale che, nel mentre contiene una specificazione della disciplina dei rapporti di lavoro dei lavoratori in somministrazione, i quali vedono aumentate le tutele e rafforzata la fruizione dei correlati diritti, offre altresì spunti interessanti per la collocazione sistematica della somministrazione di lavoro nel quadro complessivo delle tipologie flessibili di impiego.

Come già osservato, nella somministrazione a tempo determinato l'agenzia di somministrazione può concludere, anche senza soluzioni di continuità, più contratti a termine con lo stesso lavoratore (come chiarito dalla stessa circ. Min. lavoro n. 7/2005). In proposito il recente contratto collettivo stabilisce innovativi limiti in materia di proroga e di reiterazione dei contratti di lavoro.

[15] In termini, anche circolare Min. lavoro n. 7/2005, *cit*.

[16] Per un primo commento a caldo v. G. Bocchieri, *Il nuovo contratto collettivo nazionale di lavoro per le agenzie di somministrazione di lavoro*, in "Rivista italiana di diritto del lavoro", 2009, n. 1, III, 69 ss.

Ed infatti, mentre la legge si limitava a subordinare la proroga del contratto ai soli requisiti formali del consenso del lavoratore e della forma scritta, rinviando per la individuazione dei casi e della durata alle previsioni del contratto collettivo applicato dal somministratore (art. 22, comma 2, secondo periodo, d.lgs. n. 276/2003), il contratto collettivo delle agenzie di somministrazione, pur confermando che le proroghe possono essere continuative, e cioè senza alcuna soluzione di continuità del rapporto di lavoro, ha stabilito che il periodo di assegnazione iniziale può essere prorogato per sei volte nell'arco di 36 mesi, che possono essere estesi a 42 mesi qualora, in riferimento alla medesima somministrazione del lavoratore presso lo stesso utilizzatore, vengano utilizzate al massimo due proroghe nell'arco dei primi 24 mesi comprensivi del periodo iniziale (art. 42 Ccnl 24 luglio 2008).

Degna di nota è altresì la previsione del contratto collettivo volta a realizzare una sorta di stabilizzazione a tempo indeterminato dei lavoratori in somministrazione. Si stabilisce, in proposito, che il lavoratore assunto a tempo determinato ha diritto ad essere assunto con un nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato dall'agenzia, a condizione che abbia prestato attività lavorativa anche presso diversi utilizzatori, in esecuzione di due o più contratti di lavoro stipulati con la medesima agenzia, per un periodo complessivo pari a 42 mesi anche non consecutivi; peraltro, nell'ipotesi in cui il lavoratore presti attività di lavoro in favore della stessa agenzia di somministrazione, in esecuzione di un unico contratto di somministrazione con lo stesso utilizzatore, il periodo di 42 mesi è ridotto a 36 mesi (art. 43, commi 2 e 4, Ccnl 24 luglio 2008).

Il contratto collettivo, colmando una lacuna della legge che, differenza del lavoro interinale si limitava ( ma comunque anche del Ccnl) non disciplinava in alcun modo i requisiti formali del contratto di lavoro tra agenzia e lavoratore somministrato, ma stabilisce ora i requisiti obbligatori del contratto di lavoro, distinguendoli a seconda che si tratti di contratto a termine o a tempo indeterminato. Relativamente a questa seconda ipotesi, che chiarisce come il lavoratore possa essere assunto a tempo indeterminato dall'agenzia anche a seguito dell'abolizione dell'attività di somministrazione a tempo indeterminato da parte della legge n. 247/2007, il contratto collettivo distingue un contratto di lavoro quadro con l'agenzia e una lettera di assegnazione ad ogni singola missione, definendo i requisiti obbligatori di entrambi (art. 23 Ccnl 24 luglio 2008). Si tratta di una previsione molto audace, dal momento che spesso il contenzioso ha comunque fatto emergere l'esistenza di una certa equivocità tra i requisiti obbligatori del contratto commerciale di somministrazione, espressamente previsti e debitamente sanzionati, con i requisiti del contratto di lavoro, che non sono in alcun modo definiti dalla legge (ov-

vero sono quelli propri della differente tipologia contrattuale di volta in volta posta in essere).

Nell'obiettivo di migliorare le tutele del lavoratore in somministrazione, il contratto collettivo ha altresì stabilito che, in caso di interruzione della missione prima della scadenza prevista, per cause diverse dal mancato superamento del periodo di prova o dalla sopravvenienza di una giusta causa di recesso, al lavoratore spetta il trattamento economico già prefissato, consentendo all'agenzia di proporgli un'altra missione compatibile con il suo inquadramento professionale (art. 40 Ccnl 24 luglio 2008). Sul versante della risoluzione del rapporto di lavoro con il lavoratore in somministrazione, fermo restando che il potere di recesso è dell'agenzia, nella sua qualità di datore di lavoro formale, il contratto collettivo ha specificato, rispetto alla legge, le cause di risoluzione del rapporto a seconda che il lavoratore sia stato assunto dall'agenzia a tempo indeterminato o a termine, stabilendo, in questa seconda ipotesi, che il lavoratore che risolve anticipatamente il rapporto di lavoro, è tenuto a corrispondere una apposita penalità di risoluzione anticipata (art 31 Ccnl 24 luglio 2008).

Come appare evidente, la disciplina dei rapporti di lavoro in somministrazione risulta oggi, grazie all'intervento dell'autonomia collettiva, significativamente più definita ed in linea con l'esigenza di fornire risposta ad alcune questioni interpretative sorte in questi anni anche a causa dell'insufficienza della normativa legale: si pensi, ad esempio, alla richiamata violazione dei requisiti del contratto di lavoro i quali, non essendo disciplinati dalla legge, sono stati talvolta invocati in uno all'applicazione delle sanzioni dettate per la violazione dei requisiti del contratto di somministrazione.

La stessa posizione dei lavoratori somministrati risulta rafforzata sul piano delle tutele e dei diritti, non solo a livello individuale ma anche su quello collettivo, confermando quella linea di tendenza normativa che, al cospetto del diffondersi di modalità di impiego della manodopera derogatorie al lavoro subordinato in senso tradizionale, cerca di bilanciare la flessibilità del lavoro con le esigenze di tutela e sicurezza dei lavoratori medesimi.

Un chiaro e recente esempio del predetto orientamento promana dal recente Accordo sottoscritto in data 13 maggio 2009 tra Ministero del lavoro, Assolavoro, Nidil-Cgil, Alai-Cisl e Uil-Cpo[17], con il quale, in via spe-

[17] Pubblicato in "Guida al lavoro", 2009, n. 21, p. 17 ss. con commento di G. Falasca, *Agenzie per il lavoro: decollano gli ammortizzatori sociali «bilaterali»*.

rimentale, si è stabilita l'erogazione di ammortizzatori sociali e misure di politica attiva del lavoro in favore dei lavoratori somministrati attraverso l'utilizzo combinato di risorse stanziate da fondi bilaterali del settore e di risorse pubbliche: un intervento degno di nota, che rafforza il ruolo delle agenzie di somministrazione nella gestione di politiche attive del lavoro, per una valutazione del quale è, ovviamente, necessario attendere i risultati della sperimentazione.

### *5. Brevi considerazioni conclusive*

Tirando le conclusioni, mi sembra si possa serenamente affermare che, delle varie tipologie di lavoro atipico o flessibile introdotte dal legislatore del 2003, effettivamente quello della somministrazione appare il modello che ha fatto registrare il maggior consenso e che più degli altri ha trovato concreta utilizzazione, con ogni probabilità in ragione della sua spiccata duttilità.

Appare chiaro, tuttavia, che la sorte futura di questo istituto dipenderà molto dall'atteggiamento della magistratura.

Va infatti adeguatamente considerato che quella del legislatore è stata chiaramente un'impostazione innovativa e fortemente incentivante. La stessa conseguenza-sanzione della trasformazione del contratto di somministrazione in un contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è stata esplicitamente confinata all'ipotesi – più che altro a tutela di interessi di tipo pubblicistico e superindividuale – in cui la somministrazione sia avvenuta per il tramite di agenzie non autorizzate.

Ora, si possono anche esprimere i dubbi e condividere le perplessità sull'opportunità di una tale scelta. E'noto, infatti, che non sono certo mancate le critiche alla "filosofia" che è alle spalle della somministrazione, come di gran parte dei contratti cd. flessibili, essendosi messe in risalto le gravi ricadute sul piano sociale che discendono dalla diffusione di tali contratti e in primo luogo l'intrinseca instabilità occupazionale e reddituale che mina profondamente la possibilità per le più giovani classi lavoratrici di programmare un proprio futuro professionale e familiare..

E pur tuttavia, a nessuno deve sfuggire che questo è il piano della politica legislativa e che questo piano non deve in alcun modo influenzare quello giudiziario, al quale compete solo l'applicazione oggettiva e neutrale delle disposizioni legislative, dovendosi rifuggire da ogni anomalo tentativo – inclinazione, purtroppo, non infrequente nelle nostre aule giudiziarie - di modificare i chiari contenuti di una normativa attraverso letture e applicazioni soggettive e opinabili.

Certamente, per chi è stato abituato per decenni ad affrontare queste tematiche attraverso l'archetipo preconcetto secondo cui il rapporto-base, il rapporto per così dire "normale" sarebbe il rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato mentre gli altri tipi di rapporto costituirebbero una sorta di "eccezione" a quella normalità; per chi per decenni ha dovuto confrontarsi con i rigorosi divieti in tema di interposizione di manodopera previsti dalla legge n. 1369/1960, riesce ora arduo introiettare come modello di legalità una fattispecie che fino a ieri era vietatissima. E pur tuttavia, un tale sforzo non solo va fatto ma è doveroso, perché se le parti hanno aderito ad un certo modello contrattuale e se in particolare l'imprenditore ha fatto ragionevole affidamento sulla legittimità del modello così come effettivamente voluto e predisposto dal legislatore, non è possibile addossargli le gravi conseguenze derivanti dalla stabilizzazione di un rapporto a tempo indeterminato, conseguente a interpretazioni impropriamente estensive e non fedeli né allo spirito né alla lettera della normativa.

Un tale invadente tipo di intervento giudiziario gioverebbe sì ai pochi lavoratori che sono parti del processo ma significherebbe ben presto la morte (anche) di tale istituto, con grave danno alla generalità dei lavoratori inoccupati, rispetto ai quali – come più sopra detto – il contratto di somministrazione costituisce una preziosa risorsa di occupazione, per quanto provvisoria.

Ed in effetti, è estremamente probabile che un intervento da parte della magistratura che, ispirato ad un malinteso favor prestatoris, finisca, come già accaduto nel passato per situazioni analoghe, col cambiare i connotati dell'istituto trasformando quello che palesemente è stato disegnato dal legislatore come un istituto a "maglie larghe" in uno dei tanti gremiti invece di "trappole formali", determini questo effetto esiziale, in quanto – come si sa – l'imprenditore rifugge il ricorso a contratti di lavoro dai contenuti non ben definiti e con elevati margini di alea.

Purtroppo, bisogna dire che i segnali che vengono dalle prime decisioni della magistratura sono poco confortanti in questo senso, dovendosi registrare la coriacea insistenza nel voler individuare e tracciare confini normativi che, con ogni probabilità, non esistono e che finiranno col produrre l'inauspicato effetto deterrente nell'utilizzazione del contratto di somministrazione.

GIANFEDERICO CECANESE

# Il proscioglimento predibattimentale

SOMMARIO: 1. Cenni storici. - 2. Il proscioglimento anticipato. - 3. (segue): l'audizione ed il consenso delle parti. - 4. I rapporti con l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità. - 5. Il proscioglimento anticipato nei giudizi di impugnazione. - 6. L'inappellabilità della sentenza predibattimentale. - 7. L'applicazione della declaratoria nel dibattimento.

## 1. *Cenni storici*

Il tema relativo alla sentenza di proscioglimento predibattimentale rappresenta un argomento importante per la funzione deflattiva assegnatagli dal legislatore il quale, nelle situazioni che, *latu sensu*, rendono improcedibile il reato e sono evidenti preferisce interrompere le attività processuali ritenendole un'inutile dispendio di lavoro giudiziario.

L'istituto trova il suo archetipo nelle legislazioni degli antichi stati sorti prima dell'unità d'Italia e, sin da allora, ha avuto la funzione di perseguire esigenze di razionalizzazione dei tempi processuali in virtù della possibilità di arrestarne il corso, durante la fase dei c.d. atti preliminari al dibattimento, in presenza di un reato estinto o di una causa ostativa all'inizio o alla prosecuzione dell'azione penale: in tali situazioni, invero, il giudice, senza espletare particolari accertamenti, era messo nelle condizioni di dichiarare il proscioglimento dell'imputato.

Un presupposto imprescindibile ai fini del proscioglimento era (ed è) costituito dal consenso delle parti di non opporsi alla pronuncia: con l'esercizio di tale opzione, in un contraddittorio seppur limitato, le parti, consapevolmente, rinunciano al giudizio di merito di primo e di secondo grado essendo la sentenza inappellabile.

In questo modo si perseguono le esigenze di massima semplificazione e di rapida definizione della vicenda giudiziaria.

Verso la fine del XVIII secolo la crisi del processo di stampo medievale segnò il declino del sistema inquisitorio, avviando una fase di tutela dei diritti della persona e, in particolare, di chi era sottoposto al processo.

Fu il *code d'instruction criminelle* del 1808 che diede avvio ad una diversa e moderna concezione del processo, ideologicamente ispirato al mo-

dello misto[1], segreto nelle fasi dell'istruttoria[2]e modulato su principi tipici del sistema accusatorio, quali il contraddittorio e la pubblicità del giudizio, nelle ulteriori fasi[3].

In questo codice, per la prima volta, viene prevista una fase dedicata esclusivamente agli atti preliminari al dibattimento[4] da espletarsi, necessariamente, prima dell'apertura dell'udienza[5] qualora il giudice istruttore non avesse dichiarato *qu'il n'y a pas lieu à poursuivre* in presenza di un fatto che non costituiva crimine, sia delitto che contravvenzione, od in mancanza di una prova a carico dell'incolpato (art. 128).

Nel mite Regno di Pietro Leopoldo, Granduca di Toscana, oltre alle ipotesi assolutorie[6], era disciplinata anche l'improcedibilità della causa criminale nei confronti del reo il cui reato si fosse prescritto, salva la possibilità di proseguirla per la refezione del danno od altro e diverso interesse che potesse reclamare la parte offesa.

Anche il Codice del Regno delle due Sicilie[7] contemplava una peculiare ipotesi di estinzione dell'azione criminale che determinava l'interruzione del processo qualora, nel corso dell'istruzione o della causa, ci fosse stata una rinuncia dell'accusante: in questo caso all'accusato era, però, riconosciuto il diritto di opporsi per ottenere una pro-

[1] A comunciare dalla legislazione napoleonica il sistema misto costituì il modello processuale di tutte le legislazioni successive e fu, secondo HELIE, *Traitè de l'instructioncriminelle (ou théorie du code d'istruction criminelle)*, 2° ed., IV, Paris, 18867, 47, il segreto della modertnità della giustizia penale francese: *c'èst là le secret de la piussance de noire justicie pénele: la forme inquisitoriale lui fournit les moyens de saisir les crimes, et la forme accusatorie de les juger.*

[2] Nel codice del 1808 la fase dell'istruzione fu disciplinata secondo il modello inquisitorio, già dsperimentato con l'*ordonnance criminelle* di Colbert (1670) e, ancor prima, con l'*ordonnance sur le fait de la justice* di Poyet (1579). Per una ricostruzione storica della legislazione criminale francese dall'epoca dell'*ancien regime*, v. MARTUCCI, *Il modulo inquisitorio nelle "ordonnances" francesi da Colbert alla costituente*, in Le politiche criminale nel XVIII, secolo, a cura di BERLINGUER e COLAO, Milano, 1990, 233.

[3] n realtà, già nell'otobre 1789 la Costituente aveva adottato il primo modello processuale misto, approvando un testo conosciuto come decreto "Beaumetz". Cfr., MARTUCCI, *Il modulo inquisitorio nelle "ordonnances" francesi da Colbert alla costituente*, cit., 286.

[4] LEGRAVEREND, *Traité de la législation criminelle*, 3° ed., Bruxelles, 1832, 137.

[5] Nel sistema processuale napoleonico la fase degli atti preliminari costituisce la demarcazione tra la fase dell0'inchiesta e quella del giudizio.

[6] Specificate nel preambolo del codice, NANI, *Nuova legislazione criminale da osservarsi nella Toscana*, Milano, 1803.

[7] Leleggi nella procedura né giudizi penali (contenute nella IV parte del Codice per lo Regno delle Due Sicilie del 1819), al pari del codice di processura criminale per gli Stati di parma, Piacenza e Guastalla del 1820si ispirarono al codice Romagnosi . DEZZA, *Il modello nascosto. Tradizione inquisitoria e riferimenti napoleonici nel regolamento organico e di procedura criminale del 5 novembre 1831*, in Saggi di storia del processo penale nell'età della codificazione, Padova, 2001, 174.

nuncia nel merito[8].

Successivamente, con il codice di procedura criminale degli Stati sardi del 1847 si sono introdotte nel sistema alcune peculiari novità come la distinzione tra *assoluzione* e *non esservi luogo a procedimento.*

Quest'ultimo provvedimento veniva adottato al fine di concludere le procedure prive (o divenute *medio tempore* a difettare) dell'istanza privata o in caso di prescrizione dell'azione od ancora in caso estinzione del reato per altra causa; diversamente l'assoluzione veniva pronunciata nel caso in cui il fatto non fosse stato commesso dall'imputato ovvero in mancanza di prova della sua colpevolezza.

Nel codice di procedura penale dell'unificato Regno d'Italia del 1865 per la prima volta viene coniata una disposizione normativa, l'art. 120, inserita nel libro dedicato all'istruzione preparatoria, che conferiva al giudice il potere di dichiarare il non essere luogo a procedimento per quei reati per i quali era prevista la procedibilità a domanda della parte privata, qualora questa non fosse stata presentata ovvero vi avesse rinunciato desistendo da essa.

L'accertamento della mancanza della domanda di punizione o della desistenza[9] comportava una dichiarazione di estinzione del reato in qualunque stato del processo.

Le riforme della procedura penale si susseguirono con il varo del codice del 1913, preceduto dai progetti ministeriali del 1905, nel quale si disciplinava un provvedimento predibattimentale, avente il carattere di sentenza[10], da adottarsi nell'ipotesi di estinzione dell'azione penale o nel caso in cui fosse impossibile proseguirla (art. 410), senza la necessità di dover procedere nel dibattimento in modo da consentire il perseguimento delle esigenze di speditezza, e del 1911, nel quale fu eliminato il presupposto dell'improseguibilità dell'azione penale così legittimando il giudice a dichiarare, sempre in camera di consiglio, il non farsi luogo a procedimento nei casi in cui fosse sopravvenuta una causa di estinzione del reato (art. 443).

La *capitis deminutio* subita dalla norma nel progetto ministeriale del

[8] Russo, *Pratica della formazione dè processi criminali*, Palermo, 1794, 265.

[9] Borsani-Casorati, *Codice di procedura penale commentato,. Libro primo. Citazione diretta, Flagrante reato, Procedimento sommario, Polizia giudiziaria, Procedura formale preparatoria*, Milano, 1876, 299.p 25

[10] *Relazione sul progetto del nuovo codice di procedura presentata dal Ministro di Grazia e Giustizia (Finocchiaro Aprile) alla Camera dei Deputati nella seduta del 28 novembre 1905*, in Commento al codice di procedura penale, Parte prima – Lavori preparatori. I progetti ministeriali del 1905 e del 1911 (relazioni e testi), a cura di Mortara-Stoppato-Vacca-Setti-De Notaristefani-Longhi, Torino, 1913, 307.

1911 segnò il passo del progressivo calo di favore registrato nei primi coniati di riforma, fino alla completa soppressione nel testo definitivo del codice del 1913, sotto la vigenza del quale, tuttavia, la necessità di evitare l'inutile passaggio al dibattimento quando, nella fase ad esso preliminare, fosse sopraggiunta una causa di estinzione dell'azione penale ovvero ne risultasse impedita la prosecuzione, indusse dottrina e giurisprudenza a ricercare *aliunde* una disposizione normativa che consentisse di perseguire il medesimo risultato: tra le possibili due norme applicabili - art. 134 e art. 439 - quest'ultima sembrò, sin da subito, la più adeguata al periodo processuale di riferimento poiché connotata dal carattere della specialità rispetto alla prima, applicabile nella fase di anticipo del dibattimento.

Tale disposizione prevedeva che *"se l'azione penale sia estinta ovvero non possa essere promossa o proseguita, il Presidente, anche d'ufficio, sentiti il pubblico ministero, l'imputato ed i difensori, pronunzia il non doversi procedere per il motivo che indica espressamente nel dispositivo della sentenza. Questa è deliberata senza l'intervento dei giurati, anche dopo l'apertura del dibattimento"*.

Quest'ultimo inciso consente di espletare il potere anche nel periodo successivo alla formale apertura dell'udienza, per cui lascia presupporre la pacifica operatività nel predibattimento[11].

Allo stesso modo, sentire le parti coinvolte nel processo non poteva che essere letto nell'ottica di un contesto diverso da quello dibattimentale ove una prescrizione simile sarebbe risultata pleonastica[12].

La necessità di colmare il vuoto normativo presente nel codice del 1913 fu subito avvertita nel corso dei lavori preparatori del nuovo codice di procedura penale i cui testi rivalutarono, nel plauso generale[13], le disposizioni dei progetti ministeriali del 1905 e del 1911 che si trasformarono nel conio della disciplina inerente la pronuncia anticipata di proscioglimento per estinzione del reato, improcedibilità o improseguibilità dell'azione penale.

[11] De Notaristefani, *Commento al codice di procedura penale, Libro terzo, Del Giudizio*, a cura di Mortara-Stoppato-Vacca-Setti-DeNnotaristefani-Longhi, Torino, 1920, 873.

[12] Tale impostazione non era condivisa da Aloisi, *Spiegazione pratica del codice di procedura penale*, diretta da Mortara, II, Torino, 1915, 258, il quale ne confutava l'argomentazione secondo cui la necessità normativa di integrare una specie di contraddittorio, sta a confermare il proposito del legislatore di abilitare il presidente a pronunciare tale sentenza anche prima dell'apertura del dibattimento.

[13] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale (artt.408-684)*, in Ministero della Giustizia e degli affari di culto, Roma, 1930, 176.

Il progetto preliminare ed il progetto definito dell'art. 424 c.p.p., rubricato proscioglimento prima del dibattimento, testualmente disponeva: "*salvo quanto è stabilito nel capoverso dell'art. 153, se sussista una causa per la quale risulti che il reato è estinto o che l'azione penale non poteva essere iniziata o non può essere proseguita, e se per accertarla non sia necessario procedere al dibattimento, la corte, il tribunale o il pretore, in camera di consiglio, anche d'ufficio, pronuncia sentenza di proscioglimento enunciandone la causa nel dispositivo. Con la stessa sentenza dispone la liberazione del prosciolto che sia detenuto o soggetto a libertà vincolata e revoca i provvedimenti che siano stati ordinati per il dibattimento.*

*Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni degli artt. 384, 385 e 386. La sentenza è soggetta a ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero*". Con tale norma si ridusse la cesura apertasi a seguito della soppressione, nel testo finale coniato nel codice del 1913, della disciplina del proscioglimento nella fase degli atti predibattimentali.

Al tempo stesso si sciolse l'interrogativo inerente la possibilità di applicare la norma ai procedimenti dinanzi al pretore e al tribunale, cui fu estesa la disciplina già operante per quelli di competenza della Corte d'Assise.

A ciò aggiungasi che il *novum* normativo disciplinò, per la prima volta, la regola della prevalenza delle formule assolutorie nel merito rispetto a quella che dichiarava l'estinzione del reato in virtù del rinvio all'art. 153 c..p.p.[14].

Durante l'elaborazione del codice del 1930, inoltre, fu proposto di estendere il giudizio di merito, previa rinuncia alla sentenza processuale, oltre alle possibili cause di estinzione del reato, anche alle ipotesi di improcedibilità e improseguibilità dell'azione penale: la *ratio* di una tale scelta fondava sul fatto che, in tali ipotesi, si sarebbe, sicuramente, potuto evitare un pregiudizio all'imputato, non sembrando equo precludergli la possibilità di proporre e vedere apprezzate le prove dell'innocenza.

A partire dagli anni sessanta si sentì l'esigenza di novellare quanto codificato dal legislatore del 1930: studi approfonditi, accompagnati da prassi giurisprudenziali, evidenziarono la necessità di procedere ad una coraggiosa ricostruzione dell'intero assetto codicistico inerente il versante processuale[15].

Purtuttavia, nessuna delle numerose proposte di riforma dedicò particolare attenzione alla sentenza predibattimentale.

[14] *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale. Osservazioni e proposte sul progetto preliminare di un nuovo codice di procedura penale (artt.73-219)*, in Ministero della Giustizia e degli affari di culto, cit. 333.

[15] CARNELUTTI, *Verso la riforma del processo penale*, cit., 11.

Anche il progetto Carnelutti, evocando un ritorno alla legislazione del 1913, disciplinando il giudizio con la previsione di un fase dedicata agli atti preliminari al dibattimento, non prevedeva alcuna disposizione normativa analoga al vigente art. 421 c.p.p. cod. 1930 in materia di proscioglimento anticipato.

Esigenza, questa avvertita anche nella legge 3 aprile 1974 n. 108[16]- delega al Governo per l'emanazione di un nuovo codice di procedura penale – e dal progetto preliminare del 1978[17] al punto da suggerire, in sede di discussione, di introdurre una disposizione di legge, in coda agli atti preliminari al dibattimento, al fine di consentire il proscioglimento dell'imputato che fosse deceduto nell'intervallo temporale tra la data dell'ordinanza di rinvio a giudizio e quella dell'udienza dibattimentale (art. 446 *bis* prog. prel. 1978)[18].

Per un verso si trattò soltanto di un marginale tentativo di recupero, peraltro solo parziale, del proscioglimento predibattimentale previsto dal testo del progetto preliminare: infatti, accanto alle ipotesi di morte dell'imputato, non trovarono spazio altre cause di estinzione del reato come ad esempio la prescrizione o l'amnistia.

Per altro verso, la proposta di modifica trascurò le ulteriori ipotesi di proscioglimento predibattimentale già previste dall'art. 421 cod. 1930 come quella relativa all'azione penale non procedibile *ab initio* o non più proseguibile *in itinere.*

Anche se le indicazioni contenute nel progetto non si concretizzarono, lo sforzo compiuto per la sua redazione costituì, comunque, l'*incipit* per ulteriori iniziative che portarono all'approvazione di una nuova legge-delega ed all'emanazione di un nuovo codice[19].

Le direttive nn. 11, 52 e 55 dell'art. 2 legge 16 febbraio 1987 n. 81 costituiscono il criterio di riferimento sul quale il legislatore ha coniato gli artt. 148 e 463 del progetto preliminare del codice del 1988, in tema di obbligo dell'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e di proscioglimento prima del dibattimento, trasfuse, poi, negli attuali artt. 129 e 469 c.p.p.

In particolare, quest'ultima disposizione nomologica, più volte og-

[16] Pubblicata in G.U. del 26 aprile 1974 n. 102.

[17] Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice dii procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, Padova, 1989, 77.

[18] Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice dii procedura penale. Dalle leggi delega ai decreti delegati, I, La legge delega del 1974 e il progetto preliminare del 1978*, cit., 1164.

[19] In argomento Conso-Grevi-Neppi Modona, *Il nuovo codice dii procedura penale dalle leggi delega ai decreti delegati,* cit., 1984.

getto di operazioni di interpolazione, ricalca, con alcune varianti, l'ipotesi prevista dall'art. 421 cod. 1930 ed è finalizzata a perseguire esigenze di economia processuale, statuendo che di fronte ad evidenti circostanze di improcedibilità ed improseguibilità dell'azione penale ovvero in caso di estinzione del reato, il giudice possa emanare una sentenza di proscioglimento anticipato.

La norma, inoltre, fa salva l'operatività dell'art. 129 comma 2 c.p.p. richiedendo, poi, quali ulteriori requisiti, che la verifica di tali condizioni non necessiti di procedere al dibattimento e che l'imputato ed il pubblico ministero non si oppongano[20].

## 2. *Il proscioglimento anticipato*

La sentenza predibattimentale con la quale si dispone il non doversi procedere differisce sensibilmente per le condizioni che la animano e per gli effetti che ne conseguono, dai presupposti generali del proscioglimento, contenitore capace di inglobare un ampio numero di pronunce e formule terminative[21], in virtù delle quali viene riaffermato l'intangibile diritto *subiettivo* di libertà dell'individuo[22].

Un suo corollario è rappresentato, appunto, dalla declaratoria disciplinata dall'art. 129 c.p.p. la quale contempla, al suo interno, un complesso articolato di situazioni[23], in fatto ed in diritto[24], offrendo all'imputato una vasta gamma di garanzie attuabili durante tutto l'*iter* processuale.

Tuttavia, la declaratoria, intesa nella sua massima espansione, non trova spazi applicativi nella fase relativa agli atti preliminari, il cui assetto, di norma finalizzato all'epilogo dibattimentale, risulta sottoalimentato per contenere e assicurare le garanzie tipiche del giudizio ed il mancato riconoscimento delle ragioni che possono condurre al proscioglimento nel merito dell'imputato è soltanto uno degli effetti più evidenti di una tale impostazione[25].

[20] Chinnici, *Il regime del proscioglimento predibattimentale*, in GP, 2001, 389; Marandola, *Mancata opposizione delle parti e applicabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, in CP, 2002, 1621; Squarcia, *Proscioglimento prima del dibattimento ed accertamento di merito: una decisione ambigua della suprema Corte*, in CP, 2001, 534.

[21] Gius Sabatini, *Classificazione e gerarchia delle formule di proscioglimento*, cit., 449.

[22] Siracusano, *Sentenza penale*, cit., 1192.

[23] Dominioni, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 66.

[24] Sulla distinzione tra giudizio di rito e giudizio di merito v., La Rocca, *In tema di formule di proscioglimento*, cit., 50

[25] De Gennaro, *Atti preliminari al giudizio*, in EF, I, Milano, 1958, 562.

Invero, la fase degli atti preliminari, costruita come fase preparatoria del dibattimento, prevede la possibilità di emettere una sentenza potenzialmente idonea a bloccare la progressione processuale, ma soltanto per alcune cause, tassativamente indicate[26], con esclusione di quelle che, pur essendo terminative[27], impediscono l'ulteriore sviluppo dibattimentale in quanto superfluo.

Sottesa alla disciplina del proscioglimento anticipato (art. 469 c.p.p.)[28] vi è, infatti, un'esigenza di razionalizzazione del processo da concretizzarsi attraverso l'attuazione dei principi di economia processuale[29] e di congruenza[30] entrambi finalizzati ad evitare l'espletamento di attività inutili[31] che, sicuramente, porterebbero agli stessi risultati di quelli ottenibili interrompendo il processo in un momento anteriore al suo epilogo naturale[32].

Epperò, il principio di economia processuale non deve essere inteso come un principio inderogabile[33] ma, al contrario, esso cede il passo alla volontà dell'imputato di vedersi riconosciuto il diritto di essere giudicato nel merito[34].

Ciò traspare chiaramente dal parametro normativo contenuto nell'art. 469 c.p.p. nella parte in cui è prevista l'interlocuzione, adesiva od ostativa, del pubblico ministero e dello stesso imputato.

[26] In tal senso Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, in CP, 2002, 1620; Id., Sez. VI, 13/02/1998, Faustini, ANPP, 1998, 604, Id., Sez. III, 5/02/1996, Mercati, in GI, !998, 142 con nota a cura di IAI, *Condizioni e limiti del proscioglimento durante la fase degli atti predibattimentali*.

[27] Secondo DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 24, la locuzione provvedimento terminativo del processo indica ogni provvedimento giudiziale che sia potenzialmente idoneo a produrre quell'effetto ma non coincide con il concetto di momento finale del processo rappresentato, viceversa, dalla decisione la cui irrevocabilità non consente il proseguimento del processo dando vita ad ulteriori "*stati*", "*fasi*" e "*gradi*".

[28] GIUS SABATINI, *Trattato dei procedimenti speciali e complementari nel procedimento penale*, Torino, 1956, 148.

[29] Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1618.

[30] FOSCHINI, *Predibattimento e fase della prelibazione*, in RIDPP, 1966, 36.

[31] BONETTO, *Artt. 465-469*, in Commento al nuovo codice di procedura penale, coordinato da Chiavario, V, Torino, 1991, 51; CHINNICI, *Il regime del proscioglimento predibattimentale*, cit., 339.

[32] DEL POZZO, *Atti preliminari al dibattimento* (dir. proc. pen.), in ED, IV, Milano, 1959, 103; GIANNITI, *Le sentenze di proscioglimento predibattimentali*, in CrP, 2000, 33.

[33] Secondo Cass. Sez. IV, 28/10/1994, Perruzza, in CED n. 200993, nessuna ragione di economia processuale può costituire ostacolo al diritto di difesa dell'imputato di vedere accertare nel dibattimento la realtà dei fatti.

[34] FOIS, *Art. 469 c.p.p.*, in Codice di procedura penale commentato, a cura di GIARDA-SPANGHER, Milano, 2007, 1205; ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 652.

Non si tratta di un *novum* del codice del 1988 ma, al contrario, il principio *de quo,* trova il suo addentellato storico nella legge 18 giugno 1955 n. 517 la quale ha imposto al giudice l'obbligo di sentire le parti per acquisire il loro consenso ovvero per constatarne la mancata opposizione prima di adottare la sentenza di proscioglimento[35].

In ogni caso, al giudice sarà preclusa la possibilità di pronunciare la sentenza *ante judicium* nell'ipotesi in cui, pur essendo il reato estinto, emerga dagli atti una causa di proscioglimento nel merito corroborata dal carattere dell'evidenza[36].

Quindi, stando al tenore letterale della norma di cui all'art. 469 c.p.p., la pronuncia della sentenza predibattimentale sarà consentita soltanto per dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale o l'estinzione del reato e solo quando "*per accertarlo non è necessario procedere al dibattimento*"[37].

Ciò sta a significare da un lato, che tali situazioni devono risultare dallo *stato degli atti* senza la necessità di espletare nuovi accertamenti esperibili soltanto nel successivo dibattimento[38], salva l'ipotesi di assunzione di atti urgenti (art. 467 c.p.p.) o attività integrativa delle parti; dall'altro, che in tale fase non è consentito al giudice avere contezza del materiale probatorio raccolto durante le indagini e contenuto nel diverso fascicolo del pubblico ministero (art. 431 c.p.p.)[39].

[35] In tema, Ferrante, *L'art. 421 c.p.p. modificato dalla legge 18 giugno 1955 n. 517, nell'interpretazione delle Sezioni Unite*, in GP, 1961, III, 308.

[36] La Rocca, *In tema di formule di proscioglimento*, 140.

[37] In questo senso si è espressa la maggior parte della dottrina sotto il vigore del codice del 1930. Cfr. Conso, *Applicabilità dell'art. 18 c.p.p. durante la fase degli atti preliminari al dibattimento e competenza funzionale del presidente*, in RIDPP, 1960, 1317; Del Pozzo, *Atti preliminari al dibattimento*, cit., 103; Foschini, *Predibattimento e fase della prelibazione*, cit., 36; Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale*, Milano, 1963, 153, Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra il proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, in AP, 1988, 98.

[38] In dottrina Siracusano, *Gli atti del predibattimento,* in Siracusano-Galati-Tranchina-Zappalà, Diritto processuale penale, Milano, 2001, 317. In giurisprudenza Cfr. Cass. Sez. III, 11/0371993, Sotira, in CED n. 185021.

[39] La Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 1992, n. 91, in RIDPP, 1993, 339, con nota a cura di Buzzelli, *In tema di atti utilizzabili dal giudice ai fini della sentenza predibattimentale*, ha messo in rilievo che l'atto con il quale si innesca la fase dibattimentale rappresenta, nel contesto dell'attività giurisdizionale, la "*domanda*" che il pubblico ministero rivolge al giudice: una domanda di giudizio che impedisce "*qualsiasi verifica del fatto e della sua qualificazione*" riguardando, quest'ultima il merito della causa. Prima del dibattimento è consentito al giudice di adottare una "*sentenza anticipata solo ove si rinvenga una causa estintiva che ne rende superflua la celebrazione, poiché, in questo caso, sarebbe la stessa domanda di giudizio a non avere più una effettiva ragion d'essere*". Secondo la Corte, al giudice è inibita la possibilità di conoscere gli elementi sulla cui base è stata elevata l'imputazione proprio perché è l'imputazione a dover essere valutata dal giudice al solo fine di verificare se la do-

Secondo una dottrina minoritaria il proscioglimento nel merito potrebbe operare anche in tale fase processuale sia perché l'azione penale, in questo caso, è stata eserciata e, quindi, è presente uno dei presupposti tipici dell'art. 129 c.p.p., sia perché, nella predetta fase, l'art. 469 c.p.p. si pone in rapporto di specialità rispetto al principio generale di cui all'art. 129 c.p.p., del quale costituisce un'applicazione particolare[40].

Il principio è stato considerato valido anche da una parte della giurisprudenza la quale, pur con statuizioni tra loro contraddittorie, da un lato ha escluso la possibilità per il giudice di pronunciare una sentenza di proscioglimento nel merito nella predetta fase e, dall'altro, ha affermato che, la riserva di applicabilità dell'art. 129 comma 2 c.p.p., deve leggersi nel senso che laddove sussista una causa di estinzione, ma emergano con altrettanta evidenza ipotesi di non punibilità dell'imputato, il giudice dovrà, anche in sede preliminare, pronunciare la formula di proscioglimento nel merito[41].

Un discorso diverso deve essere fatto in ordine a quelle situazioni che legittimerebbero un proscioglimento nel merito: il rinvio all'art. 129 *cpv*. c.p.p., contenuto nell'*incipit* della previsione, indica l'obbligo per il giudice, laddove riconosca la contemporanea presenza di una causa estintiva e l'evidenza di una causa di non punibilità, di proseguire nel dibattimento ai fini della (scontata) pronuncia assolutoria.

*Ergo*, tra le due condizioni propulsive sottese alla sentenza predi-

manda formulata dal pubblico ministero necessiti di ulteriori e più approfondite verifiche. Per altre osservazioni, Di Chiara, *Il nuovo codice di procedura penale alla vigilia del primo triennio: gli itinerari della giurisprudenza costituzionale*, in FI, 1992, I, 1695; Scomparin, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 251.

[40] Iovino, *Dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina del proscioglimento anticipato*, in RIDPP, 1993, 780; Rivello, *Gli atti preliminari al dibattimento*, in GP, 1990, III, 327.

[41] In questi termini, Cass. Sez. V, 3/02/2000, Mancuso, in CP, 2001, 533, con nota di Squarcia, *Proscioglimento prima del dibattimento ed accertamento di merito: una decisione ambigua della suprema Corte.* Contrariamente le Sezioni Unite hanno, invece, ribadito che l'art. 129 c.p.p. implica un giudizio di merito che postula l'instaurazione di un vero e proprio giudizio per cui la clausula di salvezza racchiusa nell'art. 469 c.p.p. vale ad escludere l'operatività nella fase dibattimentale ove non vi è spazio per un proscioglimento: In tema Cass. S.U., 19/12/001, Angelucci, cit., 1619; negli stessi termini Cass. Sez. II, 17/11/2002, Nicalizzi, in CED n. 230692; Id., Sez. V, 20/09/2004, Polacco, in CED n. 229924.. Tuttavia, una parte della giurisprudenza di merito fornisce una diversa lettura della norma ammettendo che in sede preliminare il giudice, pur in difetto del consenso del pubblico ministero, possa emettere una sentenza di improcedibilità per intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 129 c.p.p. Secondo tale impostazione, il rinvio da parte dell'art. 469 c.p.p. al solo comma 2 dell'art. 129 c.p.p. non vieta che si applichi il comma 1 del medesimo articolo, ma sancisce esclusivamente l'inappellabilità della decisione emessa su consenso delle parti. In tal senso Trib. Torino, 21/03/2002, Del Vecchio, in CP, 2003, 1039.

battimentale la situazione relativa all'estinzione del reato cederà il passo alla concomitante, ed evidente, sussistenza di una causa di assoluzione, impedendo la chiusura anticipata del processo e stimolandone, quindi, la sua progressione.

Un'ulteriore ipotesi in cui il principio di economia processuale viene disatteso si verifica in presenza di una situazione dubitativa riferita all'estinzione del reato e alla sussistenza delle condizioni in cui l'azione penale non avrebbe dovuto essere iniziata ovvero proseguita: in questi casi, il comportamento che si impone al giudice lo condiiziona al punto di disporre la prosecuzione al dibattimento, non potendo operare nella fase preliminare il principio *in dubio pro reo*[42] la cui regola di giudizio è stata specificatamente inserita nel *corpus* degli artt. 529 comma 2 (con riferimento alla prova insufficiente e contraddittoria), 530 comma 3 e 531 comma 2 c.p.p. applicabili nel dibattimento e non nella fase ad esso preparatoria ove, invece, domina il criterio dell'evidenza della causa di proscioglimento, in fatto ed in diritto.

Nello specifico, l'art. 469 c.p.p. è finalizzato a prendere in considerazione una ristretta cerchia di eventi, naturali e giuridici[43] che, potendo verificarsi nel corso dell'intero procedimento, si concretizzano nella fase degli atti preliminari al dibattimento di primo grado[44]: si tratta, come anticipato, del fenomeno estintivo del reato e dell'indebito inizio o prosecuzione dell'azione penale[45].

La *ratio* sottesa al conio di tale previsione normativa fonda sulla necessità di evitare che un periodo processuale, seppur circoscritto, possa rimanere privo di una disciplina specifica capace di regolare determinati eventi tali da imporre l'immediata interruzione dell'*iter* di accertamento.

Vero è che, un eventuale "*vuoto*" normativo, avrebbe, sicuramente, determinato l'automatica applicazione della declaratoria disciplinata dall'art. 129 c.p.p., nella sua estensione complessiva, comportando la chiusura di una "*fase*"con la pronuncia di una sentenza di merito.

[42] Sul proscioglimento dubitativo e le cause di estinzione del reato nel codice abrogato, v., LOZZI, voce *Favor rei*, cit., 16.

[43] In argomento, sul concetto di fatto giuridico, CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1955, 32.

[44] In giurisprudenza Cfr., Cass. Sez. I, 25/09/1997, Aziz, in CED n. 208735; Id., Sez. III, 26/04/1996, Romano, in CED n. 205433; Id., Sez. III, 16/01/1996, El Gourche, in CED n. 204344.

[45] La possibilità di pronunciare una sentenza anticipata in presenza dei presupposti contemplati dall'art. 469 c.p.p. è considerata eccezionale dalla giurisprudenza. Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1619; Id., Sez. IV, 11/07/2002, Cirri, in CED n. 221873; Id., Sez. V, 27/10/1999, Mahlknecht, in GP, 2000, III, 642.

### 3. *(segue): l'audizione ed il consenso delle parti*

La norma contenuta nell'art. 469 c.p.p. oltre a contemplare i casi in cui è possibile adottare la sentenza di proscioglimento predibattimentale[46], disciplina il comportamento che il giudice deve osservare nel caso in cui ritenga di poter prosciogliere l'imputato.

*In primis* egli è tenuto all'audizione delle parti[47] le quali, seppur in una forma circoscrtitta di contraddittorio[48], devono esprimere il loro consenso[49] ovvero manifestare l'eventuale dissenso[50].

L'espressione utilizzata dal legislatore nel *corpus* dell'art. 469 c.p.p. "*e se questi non si oppongono*" sembrerebbe, *prima facie*, legittimare solo un contegno omissivo delle parti.

In realtà, il loro comportamento non può essere valutato se non complessivamente, tenuto conto, in particolare, di quanto è emerso in sede di audizione.

Nel testo originario dell'art. 421 c.p.p. 1930 non era stata disciplinata una previsione in tal senso[51] e, nonostante l'intervenuta modifica, ad opera della legge 18 giugno 1955 n. 517, con la quale si è introdotto

[46] Nel caso in cui il giudice voglia prosciogliere l'imputato in data anteriore a quella fissata per l'udienza dibattimentale, deve darne avviso alle parti al fine di metterle in condizioni di esercitare i diritti connessi alla fase. L'avviso non è dovuto alla parte la cui volontà risulti dagli atti poiché, in questo caso, risulta suprflua l'audizione. Cass. Sez. V, 19/12/2000, Buitoni, in CED n. 218238; Id., Sez. IV, 28/02/1997, Califfi, in CP, 1998, 2624. In dottrina, cfr., MARANDOLA, *Mancata opposizione delle parti e applicabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, cit., 1624, secondo la quale il dissenso deve, comunque, essere espresso dall'imputato non essendo sufficiente il silenzio del difensore.

[47] Sull'importanza del contributo dialettico di tali parti, v. Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 1992 n. 91, cit., 343.

[48] In sede di proscioglimento predibattimentale tutte le parti diverse dall'imputato e dal pubblico ministero sono escluse; non è, quindi, possibile una camera di consiglio allargata.

[49] In proposito, cfr. DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali* cit., 504, ritiene non possibile valutare alla stregua di un consenso all'epilogo predibattimentale né la mancata comparizione di una delle parti, né il silenzio della stessa.

[50] Il diritto di opposizione, una volta esercitato dall'imputato o dal pubblico ministero, non può essere superato dal contrario avviso del giudice che, rilevata d'ufficio la mancanza di una condizione di procedibilità, voglia pronunciare sentenza anticipata di proscioglimento; costui dovrà procedere, comunque, al dibattimento per non incorrere nella violazione dell'art. 469 c.p.p.; sul punto, v. Cass. Sez. II, 12/12/1991, Diana, in CED n. 189898.

[51] Sulle conseguenze, per l'imputato, dovute alla mancanza di un contraddittorio nella fase predibattimentale, prima della riforma del 1955, v. GUARNERI, *Limiti alla necessità del contraddittorio in sede di delibazione dell'ammissibilità del proscioglimento anticipato,* in RIDPP, 1956, 328. Secondo PISAPIA, *Compendio di procedura penale,* Padova, 1985, 377, il presupposto dell'audizione costituisce una maggior garanzia dell'interesse delle parti.

l'obbligo del giudice di sentire le parti non mancano critiche da chi non condivideva una tale scelta[52] che rimetteva all'imputato la possibilità di ostacolare l'adozione di una sentenza in rito per ottenerne una più favorevole nel dibattimento[53].

Al fine di porre rimedio a tale situazione l'ampiezza dell'inciso "*sentite le parti*" fu subito ridimensionata attraverso un'interpretazione restrittiva che, da un lato, non vincolava il giudice a convocare le parti e, dall'altro, circoscriveva la connotazione soggettiva dell'obbligo, limitandola, analogamente alla previgente disciplina, all'audizione del pubblico ministero e dell'imputato con esclusione delle parti accessorie[54].

Tale limitazione è stata, poi, ampliata sino a coinvolgere la sentenza predibattimentale per estinzione del reato (relativa alla sola ipotesi dell'amnistita)[55]. Così circoscritto l'obbligo inerente l'audizione ha assunto il carattere della residualità, riconosciuto nella sola ipotesi, salva qualche isolata eccezione[56] in cui l'imputato non avesse avuto conoscenza del procedimento a suo carico[57] e, in tale evenienza, sol-

[52] FERRANTE, *L 'art. 421 C.p.p., modificato dalla Legge 18 giugno 1955 n. 517, nell'interpretazione delle Sezioni Unite,* cit., 310, afferma che, attraverso l'obbligo di sentire le parti, si è inteso ridurre i poteri del giudice ed introdurre un controllo sulla sua attività

[53] Sugli aspetti e sulle finalità delle scelte dell'imputato, v. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, Milano, 1972, 302.

[54] In realtà secondo Cass. S.U., 9/07/1960, Maina, in GP, 1961, II, 208, l'ampiezza dell'inciso è solo apparente ed è dovuta ad un difetto di coordinamento legislativo tra l'art. 421 c.p.p. e le disposizioni che regolano analoghe situazioni procedurali nella fase istruttoria.

[55] In questi termini Cass. Sez. VI, 10 dicembre 1969, Addonizio, in CED n. 113656.

[56] Cass. Sez. V, 9/10/1980, Corrado, in CP, 1980, 842; Id., Sez. VI, 25/09/1980, Zibellini, in CED n. 146902, è nulla per violazione degli artt. 76, 185, n. I e 421 c.p.p. la sentenza predibattimentale con la quale sia stata dichiarata in camera di consiglio l'estinzione del reato per amnistia senza che il pubblico ministero sia stato sentito. In dottrina, V. PIERRO., *Riflessioni sulla distinzione fra nullità assolute e relative alla luce della nuova formulazione normativa dell'art. 185 c.p.p.,* in GM, 1983, II, 731.

[57] Secondo Cass. S.U., 9/07/1960, Maina, cit., 209, l'interrogatorio dell'imputato per reato oggetto di provvedimento di amnistia esonera il giudice dal dovere di sentirlo, poiché l'interessato sapeva, o si presume che sapesse, di essere imputato di un reato amnistiabile e di poter ottenere una pronuncia nel merito dichiarando di non volere usufruire dell'amnistia. Nettamente dominante è l'orientamento in tal senso, culminato in una decisione delle sezioni unite: v. Cass. S. U., 18/06/1983, Lazzarin, in CP, 1984, 844. Inoltre, in argomento Cass. Sez. V, 12/03/1992, Mora, *ivi,* n. 189863; Id., Sez. V, 2/07/1991, Sandrini, *ivi,* n. 187917; Id., Sez. VI, 21/04/1989, Tarzia, *ivi,* n. 183543; Id., Sez. IV, 5/06/1984, Zanella, in CED n.. 167575, secondo cui la nullità per omessa audizione delle parti in camera di consiglio, prima della pronuncia del proscioglimento per amnistia, si verifica solo quando l'imputato sia ignaro della pendenza del procedimento a suo carico. Quanto alla mancata audizione delle parti nel periodo predibattimentale del giudizio di secondo grado, v. Cass., Sez. II, 21/05/1991, Bergonzini, in CED n. 188662; Id., Sez. V, 6/02/ 1980, Leone, *ivi,* n. 144871

tanto se vi fosse stata l'astratta possibilità di un contrasto con la posizione del pubblico ministero[58].

Tuttavia, questa interpretazione strideva con il tenore letterale della norma la quale, al contrario, indicava un comportamento obbligato da parte del giudice[59], esente da condizioni o eccezioni[60] ed incideva, in modo negativo, sui diritti dell'imputato nonché sulle funzioni del pubblico ministero, in relazione alle invalidità connesse alla violazione dell'obbligo di audizione.

Epperò, il mancato rispetto di tale obbligo cui normalmente dovrebbe collegarsi una nullità assoluta sotto il profilo della valenza delle norme riguardanti l'intervento e l'assistenza dell'imputato[61] nonché l'iniziativa del pubblico ministero inerente l'esercizio dell'azione penale, non era considerato sanzionabile dalla giurisprudenza secondo la quale, in tale comportamento omissivo non si ravvisava alcuna violazione in virtù dei principi *ut supra*[62].

Invece, nel nuovo codice l'obbligatorietà del comportamento riguarda la necessità di coinvolgere e responsabilizzare l'imputato e il pubblico ministero nella scelta alternativa tra la sentenza di proscioglimento anticipato ed il seguito dibattimentale sede in cui è possibile pervenire anche ad una pronuncia di merito.

Di conseguenza, proprio al fine di salvaguardare il principio, l'imputato ed il pubblico ministero devono essere effettivamente sentiti e non, soltanto, essere messi nelle condizioni di poter interloquire con

[58] È un'ipotesi di contrasto tra pubblico ministero e imputato il fatto che il primo chieda che sia pronunciata sentenza per amnistia, mentre il secondo ritenga di essere innocente e meritare l'assoluzione; cfr. Cass. Sez. I, 20/02/1956, Feliciani, in RIDPP, 1956, 328, con nota di GUARNERI., *Limiti alla necessità del contraddittorio in sede di delibazione dell 'ammissibilità del proscioglimento anticipato,* cit., 331.

[59] V. Cass. Sez. II, 28/05/1991, Albin, in CED n. 188567.

[60] Cass. Sez. V, 9/10/1980, Corrado, cit. In dottrina ALGOSTINO, *Nota redazionale a Cass, Sez. V, 24/11/1971, Russo,* in GI, 1974, II, 138 afferma che l'obbligo di previa audizione dell'imputato, prima di pronunciare la sentenza ai sensi dell'art. 421 c.p.p., non sopporta eccezioni, neppure nell'ipotesi in cui egli abbia già avuto conoscenza dell'esistenza del procedimento a suo carico; v., inoltre, DOMINIONI., *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale,* cit., 95; FERRANTE, *L'art. 421 C.p.p., modificato dalla Legge 18 giugno 1955 n. 517, nell''interpretazione delle Sezioni Unite,* cit., 308; FOSCHINI., *Predibattimento e fase della prelibazione,* cit., 39; GUARNERI , *Limiti alla necessità del contraddittorio in sede di delibazione dell'ammissibilità del proscioglimento anticipato,* cit., 328; GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 301; ZHARA BUDA., *Sulla sentenza predibattimentale,* cit., 271.

[61] Cass. Sez. V, 27/03/1991, Maceri, in CED n. 187152; Id.., Sez. I, 22/10/1987, Pagliuso, *ivi,* n. 177312. In dottrina, su tale aspetto, VANNINI- COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano,* cit., 381.

[62] Cfr., Cass. Sez. V, 23/10/1967, Platania, in CED n. 105935.

il giudice[63] altrimenti, la sentenza, sarà affetta da una nullità generale[64] a regime intermedio (artt. 178 lett. *b)* e *c)* e 180 c.p.p.) ovvero a carattere assoluto qualora l'omessa convocazione delle parti abbia impedito, da un lato, al difensore dell'imputato di partecipare all'udienza in camera di consiglio (artt. 178 lett. *c)* e 179 c.p.p.) o, influito, dall'altro, sulle determinazioni del pubblico ministero in ordine all'esercizio dell'azione penale (artt. 178 lett. *b)* e 179 c.p.p.).

Infine, va sottolineato che il consenso delle parti[65], anche se animato da interessi antitetici, deve essere effettivamente manifestato e non può mai essere presunto o desunto come si verificava nel codice Rocco[66].

Si tratta, infatti, di una manifestazione di volontà che integra l'esercizio di un potere dispositivo al quale le parti fanno ricorso nella veste di protagonisti rinunciando al dibattimento ed al consequenziale giudizio di merito[67], accordandosi[68] sulla decisione anticipata nella consapevolezza della sua inappellabilità[69].

[63] L'obbligo di audizione delle parti costituisce una delle rilevanti differenze rispetto al c.d. modello debole disciplinato nell'art. 127 c.p.p. Sul punto V., DI CHIARA, *Il contraddittorio nei riti camerali*, cit., 504; secondo CRISTIANI, *Manuale del nuovo processo penale*, cit., 349, non è sufficiente che le parti siano citate e eventualmente sentite in camera di consiglio: per applicare la causa estintiva [o dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale] occorre che pubblico ministero e imputato non si oppongano; *contra*, ILLUMINATI, *Giudizio*, cit., 653, ritiene che, ai fini della pronuncia ex art. 469 c.p.p., è sufficiente il mancato dissenso, visto che, ove le parti se ne disinteressino, il proscioglimento anticipato può essere ugualmente disposto.

[64] Cass. Sez. V, 21/03/2003, Allegra, GI, 2004, 597 secondo cui è nulla la sentenza di proscioglimento pronunciata nella fase predibattimentale senza che ricorrano le condizioni previste dall'art. 469 c.p.p.

[65] RAMACCI, *Proscioglimento prima del dibattimento: ambito di applicazione*, in RP, 1997, 1030. 137

[66] In dottrina, IOVINO, *Dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina del proscioglimento anticipato*, cit., 353.

[67] DI CHIARA., *Il contraddittorio nei riti camerali,* cit., 505; ILLUMINATI., *Giudizio,* cit., 652.

[68] Non è più condivisibile, pertanto, l'assunto secondo il quale la sentenza di proscioglimento predibattimentale deve essere pronunciata anche d'ufficio (art. 421 c.p.p. cod. 1930). Al riguardo, DE GENNARO, *Atti preliminari al giudizio,* cit., 563.

[69] Non sarebbe audace parlare di un vero e proprio "*patteggiamento*" della decisione, sebbene, a differenza dell'accordo sull'applicazione della pena ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., l'imputato e il pubblico ministero possano aderire alle due tipologie di decisione previste dall'art. 469 c.p.p. In questo contesto il consenso (alla pronuncia della sentenza) non è solo il frutto dell'iniziativa privata, ma può anche essere indotto dall'invito del giudice a manifestarlo; cfr., in proposito, Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1620, secondo la quale, mentre l'art. 129 c.p.p. è strutturato intorno al ruolo del giudice, l'art. 469 c.p.p. enfatizza proprio la volontà delle parti. E' interessante l'analogia di previsioni in ordine all'inappellabilità, tanto della decisione (di proscioglimento) ex art. 469 c.p.p., quanto della sentenza che applica la pena su richiesta delle parti (448, c. 2, c.p.p.), equiparata a una pronuncia di condanna (art. 445, c. 1, c.p.p.).

## 4. *I rapporti con l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità*

L'art. 129 c.p.p. detta una norma, di carattere generale, ispirata da esigenze di economia processuale e di attuazione del principio del *favor rei* capace di orientare il comportamento del giudice, obbligandolo ad arrestare l'*iter* di accertamento ogni volta che constati l'esistenza dei presupposti contemplati dalla norma.

Invece, l'art. 469 c.p.p., inserito nel titolo I, Libro VII, del codice del 1988, dedicato agli atti preliminari al dibattimento, esprime e specifica la regola di condotta insita nell'art. 129 c.p.p., costituendone una deroga parziale.

Entrambe le disposizioni normative sono state al centro di un dibattito che ha attratto l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza.

In particolare, la questione più dibattuta ha riguardato i controversi rapporti tra l'art. 469 c.p.p. e l'art. 129 c.p.p. e, nello specifico, la portata semantica della clausola di salvezza con la quale esordisce l'art. 469 c.p.p.[70]

Prima di addentrarci nella problematica è necessario premettere alcune osservazioni di carattere preliminare.

Dal rapporto tra gli artt. 469 e 129 c.p.p.[71] traspare un connotato di specialità della prima disposizione di legge rispetto alla seconda[72]: infatti, nella fase preparatoria del dibattimento l'art. 469 c.p.p. costituisce un'applicazione del principio generale dell'obbligo dell'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità disciplinata dall'art. 129 c.p.p.[73].

Secondo la dottrina non si tratta di una norma attuativa[74], ma di un'applicazione connotata dal carattere della specialità che, fermo restando la comune matrice di razionalità e di economia processuale[75], presenta aspetti significativamente diversi rispetto al principio da cui trae origine.

Innanzitutto, vi è un *quid minus* di cause di proscioglimento conte-

[70] VENERONI, *Nota a sentenza Trib. Torino, 21/0372000, n. 287*, in Dir.Conc.&Prof, 2007, 1.

[71] In generale, MENNA, *Annotazioni in ordine al rapporto tra il proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., 93.

[72] Sui rapporti tra gri artt. 421 e 152 c.p.p. 1930 GIANZI, *Estinzione del reato e proscioglimento nel merito*, cit., 991. In generale, v., BELLAVISTA, *Sulla teoria generale dei procedimenti penali anomali*, in RIDPP, 1956, 526.

[73] MASSA, voce *Proscioglimento*, cit., 5.

[74] In questi termini sia pure con riferimento al codice abrogato CONSO, *Applicabilità dell'art. 18 c.p.p. durante la fase degli atti preliminari al dibattimento e competenza funzionale del presidente*, cit., 1317; FOSCHINI, *Predibattimento e fase della prelibazione*, cit., 134.

[75] CHINNICI, *Il regime del proscogliemnto predibattimentale*, cit., 342; VITALE, *Dibattimento* (atti preliminari al dibattimento), in EGT, Roma, 1988

nute nella norma[76] la cui potenzialità si affievolisce[77] sia perché, nella fase predibattimentale, la declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p. ha uno spazio operativo circoscritto e limitato[78], sia perchè l'art. 469 c.p.p. frena l'attuazione delle sue massime potenzialità[79].

Di recente, la giurisprudenza ha precisato che la locuzione "*ad ogni stato e grado del processo*" di cui all'art. 129 c.p.p., va riferita al giudizio in senso tecnico, ossia al dibattimento di primo grado, al giudizio in appello ed al giudizio in cassazione, poiché in queste fasi si instaura la dialettica tra le parti e il giudice dispone di tutti gli elementi per adottare la formula assolutoria più opportuna[80].

In realtà, una tale impostazione si presta facilmente ad interpretazioni equivoche proprio perché l'art. 129 c.p.p. contempla anche le formule in rito, mentre lo spazio di operatività riservato all'art. 469 c.p.p. attiene ad una fase diversa dal dibattimento vero e proprio.

Ciò detto va precisato che l'art. 469 c.p.p. contiene un *quid pluris* rispetto alla disciplina generale in quanto subordina l'operatività della sentenza anticipata al consenso od alla mancata opposizione delle parti[81].

Pertanto, la specialità dell'art. 469 c.p.p. va riferita al fatto che il legislatore ha ritenuto, opportunamente, di dover disciplinare un regime particolare del proscioglimento, applicabile in una fase propulsiva nella quale non possono essere adottate le sentenze tipiche del dibattimento.

Consentire all'art. 129 c.p.p. la possibilità di operare senza alcun limite significherebbe derogare alla *ratio legis* che, viceversa, è finalizzata a ridurre l'applicazione incondizionata in tale fase[82].

[76] CHINNICI, *Il regime del prosciogliemnto predibattimentale*, cit., 342.

[77] LOZZI, *Gli epiloghi anomali della fase predibattimentale nel giudizio ordinario di primo grado*, in RIDPP, 1962, 723; SICILIANI, *Proscioglimento in merito nel periodo degli atti preliminari e interesse a ricorrere del pubblico ministero*, in RP, 1938, 412; ZHARA BUDA, *Sulla sentenza predibattimentale*, in GP, 1961, III, 273.

[78] IOVINO, *Dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina del proscioglimento anticipato*, cit., 335.

[79] CONSO, *Applicabilità dell'art. 18 c.p.p. durante la fase degli atti preliminari al dibattimento e competenza funzionale del presidente*, cit., 1317

[80] In tal senso Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1620.

[81] Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1619.

[82] Il rapporto tra gli artt. 469 e 129 c.p.p. è stato inquadrato in un'altra prospettiva nella quale assume rilievo il consenso delle parti per l'emanazione della sentenza. Si è, invero, chiesto se in caso di estinzione del reato per prescrizione sia possibile prosciogliere in detta fase utilizzando la declaratoria ex art. 129 c.p.p. malgrado l'opposizione del pubblico ministero. Una tale impostazione riporta all'interrogativo di fondo e cioè se sia o meno applicabile l'art. 129 c.p.p. durante il periodo degli atti preliminari . Su tali aspetti, ABBATECOLA, *Nuova luce sul rapporto tra gli artt. 129 e 469 c.p.p.*, in CP, 2003, 1043.

Infatti, il legislatore vuole evitare che il giudice possa adottare delle decisioni non avendo una conoscenza approfondita delle prove e senza che le parti siano messe in condizioni di poter interloquire in ambito probatorio[83]. In fondo è questa l'essenza del dibattimento.

Non a caso il carattere tassativo delle condizioni stabilite dall'art. 469 c.p.p. impedisce le pronunce nel merito dell'accusa[84], riservandole al dibattimento ove le parti si possono confrontare in contraddittorio[85].

È questo il motivo per cui il legislatore ha limitato nella fase preliminare l'utilizzo delle sole formule assolutorie di rito[86] a cui ha anteposto il divieto di pronunce nel merito[87]. Si tratta del principio cardine sul quale ruota la soluzione al dibattuto contrasto giurisprudenziale: la tassatività delle ipotesi che legittimano il proscioglimento predibattimentale impedisce la possibilità di adottare qualsiasi decisione che affronti il merito dell'accusa[88] e, di conseguenza, richiede l'applicazione di una sentenza allo stato degli atti ai sensi dell'art. 129 c.p.p.[89]

[83] Sempre secondo Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1620, l'applicabilità dell'art. 129 c.p.p. nella fase degli atti preliminari al dibattimento, determinerebbe una illogicità del sistema difficilmente comprensibile poiché il codice, da una parte, escluderebbe che possa instaurarsi un procedimento per cause diverse dall'estinzione del reato o difetto delle condizioni per l'inizio o la prosecuzione dell'azione penale, per poi smentirsi riconoscendo un sistema parallelo per le cause in precedenza escluse (ex art. 129 c.p.p.) e, dall'altra parte, farebbe assurgere il medesimo evento processuale (la mancata opposizione delle parti) a condizione necessaria (art. 469 c.p.p.) o condizione irrilevante (art. 129 c.p.p.): in altri termini, non sarebbe razionale una disciplina dello stesso fatto in modo opposto nello stesso tempo e nella stessa fase.

[84] Fois, *Art. 469 c.p.p.*, cit., 1204; Gius Sabatini, *Classificazione e gerarchia delle formule di proscioglimento*, cit., 451; Illuminati, *Giudizio*, cit., 652. In senso contrario Iovino, *Dubbi sulla legittimità costituzionale della disciplina del proscioglimento anticipato*, cit., 355, afferma che all'imputato è stato riconosciuto il diritto a pretendere il proscioglimento di merito anche nella fase degli atti preliminari.

[85] Cass. Sez. III, 23/10/2002, Ruggeri, in CED n. 225403; Id., Sez. VI, 16/05/2001, Marchetto, in CED n. 219919; Id., Sez. V, 18/05/2000, Schiavone, in CP, 2001, 1244.

[86] Sez. V, 27/10/1999, Mahlknecht, cit., 642.

[87] In tema Vannini-Cocciardi, *Manuale di diritto processuale penale italiano*, Milano, 1976, 383. In giurisprudenza Cass. Sez. I, 29/05/1998, Gian, in CED n. 211764.

[88] Durante la vigenza del codice Rocco sia la dottrina v., Conso, *Applicabilità dell'art. 18 c.p.p. durante la fase degli atti preliminari al dibattimento e competenza funzionale del presidente*, cit., 1317; Gianzi, *Estinzione del reato e proscioglimento nel merito*, cit., 991; Menna, *Annotazioni in ordine al rapporto tra il proscioglimento immediato e la sentenza predibattimentale*, cit., 98, sia la giurisprudenza, cfr., Cass. Sez. III, 15%01/1980, Muccio, in GP, 1980 , 397 nonché Cass. Sez. II, 14/12/1979, Spetrillo, in GP, 1980, III, 398 escludevano la possibilità di un proscioglimento pieno nella fase degli atti preliminari al giudizio.

[89] Secondo Vaccari, *Sul giudizio di merito negli atti preliminari*, in CrP, 1946, 285, l'esame nel merito è pienamente autorizzato con la sola limitazione che oltre l'esame degli atti, nello stadio in cui si trovano, non si può andare.

D'altra parte, le sentenze di merito emesse nella fase preliminare risulterebbero prive di *nomen*[90], posto che la terminologia utilizzata dal legislatore per circoscrivere le decisioni applicabili all'interno dell'art. 469 c.p.p. si limita alla sola pronuncia di non doversi procedere ed il richiamo all'art. 129 comma 2 c.p.p. implica che l'assoluzione va applicata solo all'esito del giudizio[91]. Da questi principi si intuisce come il legislatore abbia voluto calibrare gli interventi giurisdizionali nelle diverse fasi processuali[92] in modo da evitare che nella fase preliminare si potessero adottare decisioni potenzialmente idonee ad assumere il carattere delle definitività[93].

Il giudice del predibattimento conosce solo una parte della piattaforma probatoria e, per questo, non può compiere valutazioni di merito ed adottare decisioni per le quali la stessa legge ha previsto il percorso dell'istruttoria dibattimentale[94].

Pertanto, il giudice che durante la fase degli atti preliminari pronunci sentenza di assoluzione viola la legge processuale[95] e genera un atto

[90] Prima dell'inizio formale del dibattimento non è, infatti, contemplata la sentenza di assoluzione, la cui tipologia è tipica di tale stato processuale. Pertanto, nella fase del predibattimento non possono pronunciarsi provvedimenti diversi dalla sentenza di non doversi procedere per improcedibilità dell'azione penale o per estinzione del reato. Questi ultimi casi, essendo gli unici contemplati dalla norma caratterizzano la deroga al principio generale dell'art. 129 c.p.p., normalmente applicabile in ogni stato e grado del processo.

[91] Si veda Cass. Sez. V, 3/02/2000, Mancuso, cit., 534.

[92] Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 1992, n.91, cit., 349.

[93] Di contrario avviso è una parte della dottrina la quale, approfondendo i rapporti tra gli artt. 129 e 469 c.p.p., ha sottolineato che la clausola di di salvezza di cui al primo periodo dell'art. 469 comma 1 c.p.p., implica l'operatività della declaratoria soltanto in presenza di una delle situazioni contemplate dall'art. 129 comma 2 c.p.p. Secondo il ragionamento seguito, nel predibattimento, in presenza di una situazione di assoluzione che si manifesta come evidente (anche per effetto della modifica della piattaforma probatoria) il giudice è tenuto a dichiararla con la sentenza prevista dall'art. 129 comma 2 c.p.p. Il rapporto di specialità investirebbe soltanto gli artt. 469 e 129 comma 1 c.p.p. per cui, in presenza di una causa di improcedibilità o improseguibilità dell'azione penale o di estinzione del reato, troverà applicazione la sentenza di non doversi procederedisciplinata dall'art. 469 c.p.p. Quest'ultima, sarà pronunciata solo dopo che le parti abbiano interloquito in camera di consiglio, momento mprescindibile all'esito del quale il mancato passaggio al dibattimento può essere sancito anche con una pronuncia ai sensi dell'art. 129 comma 2 c.p.p. In questi termini Griffo, *Proscioglimento predibattimentale e giudizio d'appello,* in GP, 2006, III, 449; Id., *L'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità e udienza preliminare,* cit. 369 e ss.

[94] Ampiamente Iai, *Condizioni e limiti del proscioglimento durante la fase degli atti predibattimentali,* cit., 143

[95] In tal senso Cass. Sez. III, 5/02/1996, Mercati, cit., 143. In argomento Iai, *Condizioni e limiti del proscioglimento durante la fase degli atti predibattimentali*, cit., 144; Id., *In tema di sentenza predibattimentale*, in GI, 1998, 1682, il quale sofferma la sua attenzione sui possibili profili di abnormità della sentenza.

invalido, poichè si tratta di una decisione che, comunque, è vietata in quella specifica fase processuale, esorbitando dai presupposti previsti dall'art. 469 c.p.p. per la sua emissione. Tuttavia, se in un primo momento la giurisprudenza sembrava orientata ad escludere che un tale provvedimento potesse essere dichiarato nullo[96], recentemente ha mutato opinione in ordine al problema affrontandolo sotto una diversa visuale e giungendo a differenti conclusioni: infatti, è stato evidenziato che è nulla la sentenza predibattimentale pronunciata in assenza di uno dei presupposti contemplati nell'art. 469 c.p.p.[97] come ad esempio in caso di mancato consenso di una delle parti[98] o in presenza di opposizione di una di esse[99] ma il giudice pronunci ugualmente la sentenza per una causa indicata nell'art. 469 c.p.p. o per altre, di merito, non ivi contemplate[100].

[96] Cass. Sez. III, 4/05/1999, Bruno, in CP, 2000, 1995, secondo cui poiché il giudice predibattimentale è lo stesso giudice del dibattimento al pari di questo è legittimato ad assolvere l'imputato senza incorrere nella violazione delle norma sulla capacità e composizione dei giudici. Si esclude, inoltre, la nullità stante la mancanza di un'espressa disposizione di legge che preveda una simile conseguenza ex art. 177 c.p.p.

[97] Secondo Cass. Sez. VI, 3/12/1999, Calcagni, in CED n. 216501, la sentenza pronunciata in difetto di uno dei presupposti essenziali indicati nell'art. 469 c.p.p. è colpita da nullità di ordine generale (art. 178 lett. *c*) c.p.p.) a regime intermedio (art. 180 c.p.p.), deducibile e rilevabile entro il limite temporale dello svolgimento del grado successivo.

[98] Cass. Sez. III, 7/04/1995, Pichierri, in CP, 1996, 2890 la quale mette in evidenza che il disposto di cui agli artt. 469 e 530 comma 1 c.p.p. consente il proscioglimento predibattimentale soltanto nei casi di improcedibilità e di estinzione del reato, mentre riserva al dibattimento l'assoluzione per ragioni di merito, in fatto o in diritto. Tuttavia la violazione di tale normativa non è di per sè causa di nullità, nè specifica, non essendo questa disposta da una specifica disposizione di legge (art. 177 c.p.p.), nè generale ex art. 178 lett. *a*) c.p.p., giacchè il giudice della sentenza predibattimentale è lo stesso di quello della sentenza dibattimentale. Sussiste, invece, nullità ex art. 178 lett. *b*) o *c*) c.p.p. quando il p.m. o l'imputato si siano opposti alla conclusione predibattimentale, potendo il primo aspettarsi dall'istruzione dibattimentale prove ulteriori o nuove imputazioni e potendo il secondo aspettarsi una più favorevole assoluzione nel merito.

[99] Cass. Sez. III, 4/05/1999, Bruno, cit., 1996 ha messo in evidenza il principio secondo cui qualora il pubblico ministero e l'imputato concordemente richiedano una sentenza di proscioglimento con formula ampia prima del dibattimento ed il giudice da seguito a tale richiesta si verifica una sanatoria (art. 183 c.p.p.) della nullità, poiché le parti hanno accettato gli effetti dell'atto: in ogni caso, la nullità non è deducibile oltre (art. 182 comma 1 c.p.p.) avendo, le stesse, concorso a darvi causa.

[100] Dottrina e giurisprudenza ritengono che la sentenza emessa in questi termini sia appellabile. Sul punto MARANDOLA, *Mancata opposizione delle parti e applicabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, cit., 1626. In giurisprudenza, Cass. Sez. VI, 16/12/1998, Rapisarda, in CED n. 212346, secondo la quale la sentenza di proscioglimento predibattimentale di cui all'art. 469 c.p.p. è inappellabile, non per la fase in cui viene pronunciata, ma perchè essa presuppone il consenso del pubblico ministero e dell'imputato. Ove tale consenso non risulti essere stato prestato, la sentenza deve ritenersi pronunciata a norma dell'art.129 c.p.p., con la conseguenza che avverso la stessa e' proponibile l'appello.

Ovviamente, la sentenza predibattimentale può essere pronunciata in presenza dei presupposti e *"salvo quanto previsto dall'art. 129 comma 2 c.p.p."*. L'inciso, letto coordinatamente con la norma contenuta nell'art. 469 c.p.p. indica che il giudice deve comportarsi secondo un schema prestabilito: infatti, gli è preclusa la possibilità di dichiarare l'estinzione del reato qualora risulti evidente la prova in ordine al fatto non sussistente od alla sua non commissione da parte dell'imputato o che, ancora, non costituisca reato ovvero non è previsto dalla legge come tale.

Sembra che l'inciso in oggetto sia in grado di neutralizzare non tanto l'applicabilità del principio, insito nell'art. 129 c.p.p., della prevalenza della cause di merito, quanto piuttosto la stessa sentenza emessa ai sensi della norma contenuta nell'art. 469 c.p.p. e cioè il proscioglimento per una causa di estinzione del reato o di improcedibilità o improseguibilità dell'azione penale che obbliga il giudice a proseguire nell'*iter* di accertamento dibattimentale qualora l'imputato possa essere assolto con una formula più favorevole[101].

Quindi, la concreta concomitanza di due pronuncie (l'una in rito per estinzione e l'altra per le ragioni di merito indicate nell'art. 129 c.p.p.), entrambe possibili, non può che risolversi con l'accertamento negativo dell'applicabilità della prima per consentire al principio del *favor innocentiae* di cui all'art. 469 c.p.p. di spiegare tutti i suoi effetti[102].

Ora, poiché la sentenza anticipata deve essere emessa in una fase, quella preliminare, in cui non è consentito il proscioglimento nel merito, tra l'altro, contemplato proprio dall'art. 129 comma 2 c.p.p. che prevede la possibilità di adottare una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, è necessario che la vicenda trasli nel dibattimento.

L'art. 469 c.p.p. non evita nè, tantomeno, nega il principio di cui all'art. 129 comma 2 c.p.p.: anzi, ne fa salva l'operatività al punto da rinunciare, al fine di realizzarla, alla sua tipica pronuncia.

Se, invece, il legislatore, nel coniare l'art. 469 c.p.p, non avesse avuto accortezza inserendovi il richiamo all'art. 129 c.p.p., allora il principio del *favor innocentiae* (che privilegia la formula di merito rispetto a quella di rito) sarebbe stato negato.

Nella situazione contemplata nell'art. 129 comma 1 c.p.p., si verifica il contrario: infatti, la norma non viene richiamata dall'art. 469 c.p.p. che tace sul punto proprio poiché il principio di cui è espressione, disci-

[101] La Rocca, *In tema di formule di proscioglimento*, cit., 51.

[102] In tal senso Gianniti, *Le sentenze di proscioglimento predibattimentali*, cit., 34 nonché Lozzi, *Favor rei e processo penale*, cit., 28.

plinando anche decisioni di merito, non è compatibile con la funzione, i caratteri e le dinamiche della fase preliminare al dibattimento.

Ed allora, posto che la declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p. può essere emanata per ragioni di merito e per ragioni di rito, mentre la sentenza anticipata ha ad oggetto soltanto situazioni di rito, ritenendo prevalenti le ragioni di merito allorché, concorrendo con una causa di estinzione del reato (art. 129 comma 2 c.p.p.) risulti evidente l'innocenza dell'imputato, il giudice non potrà emettere la sentenza predibattimentale ma dovrà pronunciarsi in dibattimento.

Ragionando in maniera diversa si correrebbe il rischio di giustificare, in una fase preliminare, pronunce di merito sottratte alla dialettica delle parti.

Tra l'altro, in questi casi, il giudice vedrebbe ampliati i suoi poteri al punto da sentirsi legittimato ad agire svincolato dal dovere, non previsto nel *corpus* dell'art. 129 c.p.p., di far interloquire le parti interessate, con il rischio di adottare decisioni addirittura meno favorevoli per l'imputato: il tutto in spregio al principio che, l'espresso richiamo dell'art. 469 c.p.p., consente di salvare.

In effetti, il legislatore, nel tracciare il perimetro entro cui opera la pronuncia predibattimentale, ha sempre valorizzato, ritenendolo preminente, l'apporto delle parti tanto nella prospettiva che le stesse possano interloquire sull'opportunità di una decisone anticipata, quanto nella prospettiva che siano loro a sollecitare al giudice l'adozione della decisione.

Si tratta di un provvedimento idoneo a definire il rapporto processuale[103], nel suo contenuto materiale[104], capace di trasformarsi in giudicato.

Esso, inoltre, è dotato di un contenuto meramente processuale[105] per la sua attitudine ad assumere le vesti di una sentenza di non doversi procedere con la quale si adottano le formule terminative il reato è estinto o l'azione penale non doveva essere esercitata o non poteva essere proseguita.

Tuttavia, anche se il codice fa rientrare tale provvedimento tra quelli di rito, la pronuncia con la quale si statuisce l'estinzione del reato è, più

[103] Sotto la vigenza del codice Rocco la cassazione ha avuto modo di precisare che le sentenza con la quale il giudice, nel corso della fase preliminare al giudizio, proscioglie l'imputato per la sussistenza di una causa di estinzione del reato o per la quale l'azione penale non poteva essere iniziata o proseguita, ha la natura di provvedimento predibattimentale e non può considerarsi alla stessa stregua di un provvedimento istruttorio.

[104] Zhara Buda, *Sulla sentenza predibattimentale*, cit., 272, sottolinea che la sentenza emessa nella fase predibattimentale deve possedere tutti i requisiti di forma e di sostanza della sentenza.

[105] In argomento Cfr., Nappi, *Sentenza penale*, cit., 1326.

correttamente, una decisione di merito *in iure,* posto che per il legislatore è irrilevante l'esistenza o meno del reato in quanto il reo, comunque, non potrebbe essere punito[106].

Invece, rientra nell'alveo delle decisioni di rito quella con la quale si accerta la mancanza di una condizione di procedibilità o proseguibilità dell'azione penale poiché, in questi casi, il processo è viziato da un'invalidità rilevabile d'ufficio dal giudice[107].

Ad ogni modo, la sentenza di proscioglimento anticipato presenta delle analogie e dei tratti differenti rispetto alle altre decisioni con le quali si adottano le medesime formule terminative della sentenza *de qua.*

Non differisce dalla sentenza di non luogo a procedere pronunciata per gli stessi motivi, all'esito dell'udienza preliminare, anche se, rispetto a quest'ultima, viene adottata su una piattaforma probatoria completamente diversa.

Rispetto alla sentenza dibattimentale di non doversi procedere perché l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita (art. 529 c.p.p.) ovvero in caso di estinzione del reato (art. 531 c.p.p.), la sentenza di proscioglimento anticipato incontra dei limiti ontologicamente connessi alle peculiarità della fase in cui opera[108] dove, sia i differenti presupposti che la diversa regola di comportamento assicurano la coerenza del sistema che riconosce come eccezionale l'epilogo proscioglitivo *ante iudicium*.

## 5. *Il proscioglimento anticipato nei giudizi di impugnazione*

Il problema relativo alla possibilità di applicare negli atti preliminari al giudizio d'appello la sentenza disciplinata dall'art. 469 c.p.p., è risolto dalla disposizione normativa contenuta nell'art. 598 c.p.p.[109] che effettua un rinvio alla disciplina del giudizio di primo grado in quanto applicabile.

[106] Al riguardo CORDERO, *La decisone sul reato estinto*, cit., 670.

[107] CONSO, *I fatti giuridice processuali penali. Perfezione ed efficacia*, cit., 198; DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 142; NAPPI, *Sentenza penale*, cit., 1327.

[108] In tal senso Cass. S.U., 19/12/2001, Angelucci, cit., 1619.

[109] Secondo Cass. Sez. VI, 26/05/1998, Parisi, in CP, 1999, 2878, qualora, nonostante la previsione dell'inappellabilità della sentenza predibattimentale, venga, comunque, proposto appello, cui segua, in esito al relativo giudizio, la pronuncia di una sentenza, la Corte di cassazione deve annullare senza rinvio siffatta pronuncia e il gravame proposto deve essere convertito in ricorso per cassazione.

Anche se nell'ordito normativo che regola il giudizio d'appello (artt. 598-605 c.p.p.) vi è una disposizione di legge (art. 601 c.p.p.) che disciplina un periodo preliminare del tutto differente da quello relativo al giudizio di primo grado[110], manca, in tale contesto, il riconoscimento, espresso dall'art. 469 c.p.p. nel giudizio di primo grado, di una decisione di proscioglimento anticipato[111].

Nel novero delle tassative decisioni pronunciabili, in camera di consiglio, dal giudice d'appello, invero, non v'è traccia di una previsione che contempli la sentenza di proscioglimento anticipato nella fase degli atti preliminari al giudizio di secondo grado.

L'omissione implica che ci si trova di fronte ad una disciplina peculiare rispetto a quella coniata per il giudizio di primo grado.

Tuttavia, la previsione di una disciplina dedicata agli atti preliminari al giudizio (art. 601 c.p.p.) ove non è contemplata la possibilità di applicare la sentenza prevista dall'art. 469 c.p.p., sembra porsi in contrasto con la norma di rinvio (art. 598 c.p.p.) che, invece, consente ciò.

In termini generali, si è affermato che la preclusione del giudice d'appello alla pronuncia *de qua* dipende da varie ragioni: innanzitutto, il rinvio alle norme sul giudizio di primo grado operato dall'art. 598 c.p.p., non comprende l'eccezionale procedura di cui all'art. 469 c.p.p.; in secondo luogo, perchè l'art. 601 c.p.p. prevede una disciplina degli atti preliminari in appello autonoma rispetto al giudizio ordinario di primo grado; in ultimo, perché l'art. 599 c.p.p., nell'indicare le tassative ipotesi di procedura da espletarsi in camera di consiglio, non ha previsto il caso della sentenza di proscioglimento predibattimentale[112].

Va premesso che il termine applicabilità non implica soltanto compatibilità con la struttura e le caratteristiche del giudizio d'appello, ma anche e, soprattutto, efficacia della disposizione a soddisfarre, nel grado di giudizio in cui viene traslata, le finalità originariamente assolte.

Non vi è alcun dubbio in ordine alla possibilità di pronunciare una declaratoria di non doversi procedere per estinzione del reato o per man-

[110] Cass. Sez. V, 16/12/1998, Rapisarda, cit., 393, con nota di GARUTI., *Spunti per alcune riflessioni in tema di impugnazione e di proscioglimento anticipato.*In dottrina v., altresì, BONETTO, *Artt. 465-469*, cit., 54; CHINNICI, *Il regime del proscioglimento predibattimentale,* cit., 342.2

[111] L'adesione o il dissenso alla decisione predibattimentale non coinvolge, tuttavia, l'ufficio del pubblico ministero di secondo grado, costretto, per tale ragione, *a fare le spese dell'inappellabilità della sentenza:* così BONETTO, *Artt. 465-469*, cit., 54.

[112] In giurisprudenza Cass. Sez. V, 23/11/2005 P.G. in proc. Lo setto, in CED n. 232718; Id., Sez. II, 6/10/2004, Morgante, in CED n. 230576; Id., Sez. III, 14/11/2003, Spinella, in CED n. 227638; Id., Sez. III, 29/05/2001, Pennacchiole, in CED n. 219595; *contra* Cass. Sez. I, 20/11/2003, Polit, in CED n. 226835.

canza di una condizione di procedibilità o proseguibilità dell'azione penale nella fase disciplinata dall'art. 601 c.p.p.

Non è altrettanto certo[113] – e il contrasto giurisprudenziale avalla il dato - il modo di procedere, considerato che tra gli artt. 129 e 469 c.p.p. vi è una diversità di contenuti che non può essere coesa con il giudizio d'appello strutturalmente distinto ed autonomamente disciplinato rispetto al giudizio di primo grado.

Quanto alla compatibilità dell'art. 469 c.p.p. con il giudizio d'appello va sottolineato che il divieto di proporre appello contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nella fase degli atti preliminari al dibattimento di primo grado implica, semplicemente, l'impossibilità di far operare l'istituto oltre la fase disciplinata dalla norma[114].

Sarebbe irragionevole applicare nel giudizio d'appello la sentenza di prosciogliemtno anticipato: tra l'altro, i suoi presupposti risultano inadeguati rispetto alla struttura e alle caratteristiche del giudizio di gravame, ove non vengono realizzate le finalità della norma (art. 469 c.p.p.) e non si assicura nemmeno un risultato simile a quello garantito dal primo giudizo.

Invero, l'accertamento *de plano* della causa di estinzione del reato o dell'improcedibilità dell'azione penale, presupposto dell'art. 469 c.p.p. secondo l'inciso "*e se per accertarlo non è necessario procedere al dibattimento*", rappresenta un momento essenziale ed indispensabile della fase predibattimentale, data l'esiguità degli atti di cui dispone il giudice. Inoltre, l'obbligo di audizione delle parti e la loro adesione alla decisione di proscioglimento contribuisce a sostenere le loro ragioni in tale fase senza, però, offrire alcun valore aggiunto alla sentenza pronunciata nel predibattimento d'appello[115].

[113] Su tale aspetto BONETTO, *Artt. 465-469*, cit., 54.

[114] Cfr., in proposito, CHINNICI, *Il regime del proscioglimento predibattimentale,* cit., 342, secondo cui l'atto di appello avverso la sentenza emessa ai sensi dell'art. 469 c.p.p. si configurerebbe come un contrarius actus rispetto al previo e necessario consenso (senza il quale a quella sentenza non si sarebbe mai addivenuti) e, pertanto, non può aver ingresso in un sistema che si regge sulla logicità e sulla coerenza dei suoi gangli.

[115] In realtà, anche dopo la riforma del 1955, l'art. 421 c.p.p. abrogato prescriveva soltanto un generico dovere del giudice di sentire le parti (imputato e pubblico ministero), ma non risultava formalizzato anche l'(attuale) obbligo di acquisirne il consenso per la pronuncia della sentenza predibattimentale: cfr. VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano,* cit., 381, anche in merito all'impugnazione della sentenza anticipata di proscioglimento, assoggettata, prima della riforma del 1955, al solo ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero e, a seguito della novella, allo stesso regime di impugnazione previsto per la pronuncia dibattimentale; nonché, di recente, CHINNICI, *Il regime del proscioglimento predibattimentale,* cit., 342.

In questa "*fase*" il giudice conosce tutto il materiale probatorio del primo giudizio il quale, salva l'ipotesi di una eventuale rinnovazione (art. 603 c.p.p.), non muterà sino alla decisione finale[116].

Quindi, per accertare la causa di estinzione del reato o di improcedibilità dell'azione penale non sarà necessario ricorrere al giudizio d'appello, poiché il giudice ha a disposizione tutto il materiale per espletare tale verifica già nel primo giudizio: quindi, l'adozione, *de plano,* della sentenza di proscioglimento anticipato, non conculca i diritti e le garanzie della parti[117] le quali possono, in ogni caso, esperire il ricorso in cassazione.

Di conseguenza, la sentenza disciplinata dall'art. 469 c.p.p., per il suo carattere eccezionale sembra inapplicabile nel giudizio d'appello[118]: d'altronde, mancando disposizioni specifiche che regolino l'operatività al di fuori del contesto del giudizio di primo grado, non va escluso che, nella "*fase*" in oggetto possono operare i principi generali come quello che regola la immediata declaratoria di determinate cause di non puni-

[116] Da un lato, infatti, potrebbe avere interesse ad appellare la decisione in rito per ottenere una pronuncia di assoluzione (tardiva) senza correre il rischio, in ogni caso, della mancata conferma della prima sentenza: dall'altro il pubblico ministero potrebbe sfruttare l'occasione per superare il proscioglimento e perseguire l'opposto interesse alla condanna.

[117] L'inappellabilità della sentenza predibattimentale corrisponde all'orientamento legislativo volto a far sì che i provvedimenti con cui si decidono in via anticipata dei procedimenti penali siano per guanto possibile definitivi. Così, BONETTO, *Artt. 465-469 c.p.p.,* cit., 54. Si tratta, tuttavia, del particolare regime di impugnazione previsto per qualunque decisione adottata in tale periodo processuale, anche diversa, e quindi invalida, rispetto allo schema previsto dall'art. 469 c.p.p.: in tal senso Cass. Sez. I, 15/04/2003, Morrone, in CED n. 224695, la quale riconosce nel ricorso per cassazione l'unico mezzo di impugnazione delle decisioni predibattimentali, per il solo fatto di essere emesse nella fase degli atti preliminari e qualunque sia il *nomen iuris* loro dato dal giudice; Id., Sez. VI, 16/05/2001, Marchetto, cit.; Id., sez. VI, 26/05/1998, Parisi, cit., 2878; Id., Sez. III, 7 aprile 1995, Pichierri, cit., 690; *contra* v. Id., Sez. V, 16/12/1998, Rapisarda, cit., secondo cui l'inappellabilità della sentenza predibattimentale non dipende tanto dalla fase in cui vienè pronunciata, ma dal fatto che viene adottata con il consenso delle parti; in tal senso, v. anche GARUTI, *Spunti per alcune riflessioni in tema di impugnazione e di proscioglimento anticipato,* cit., 421; diversamente, v. MARANDOLA., *Mancata opposizione delle parti e appellabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale,* cit., 1624, secondo cui l'inappellabilità non dipende dall'osservanza delle condizioni stabilite dalla legge.

[118] Nel caso di sentenza che applica la pena "patteggiata" ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p., espressamente inappellabile, il legislatore fa rivivere il diritto di appello del pubblico ministero che abbia manifestato il proprio dissenso al riguardo (art, 448, c. 2, c.p.p.), mentre lo stesso riconoscimento manca nell'ipotesi di dissenso dell'imputato o del pubblico ministero in ordine alla decisione predibattimentale, anch'essa pronunciata sulla base del previo accordo di tali parti e, allo stesso modo, caratterizzata da un parallelo divieto d'appello che, in ogni caso, non viene meno, ma può, semmai, dar luogo ad un'eventuale questione di legittimità costituzionale

bilità (art. 129 c.p.p.).

Principio, questo, capace di svincolare tanto il giudice quanto le parti da quegli adempimenti inutili tutte le volte in cui non è necessario procedere al dibattimento[119].

In argomento. il contrasto giurisprudenziale non è stato ancora sopito nonostante l'orientamento prevalente propenda per l'applicazione della sentenza di proscioglimento anticipato anche al giudizio d'appello[120].

Viceversa, le argomentazioni sin qui svolte non valgono nel giudizio che si svolge dinanzi la Suprema Corte di Cassazione nel quale non è prevista una norma simile all'art. 598 c.p.p.[121].

Anche se la norma contenuta nell'art. 598 c.p.p. consente l'applicazione nel processo d'appello della disciplina codicistica stabilita per il giudizio di primo grado, fatta salva l'operatività dell'art. 469 c.p.p., in virtù del suo carattere eccezionale, nulla prevede per il giudizio di legittimità nel quale, viceversa, è preclusa la possibilità di svolgere talune attività volte ad accertare la sussistenza o meno dei presupposti sottesi alla sentenza di proscioglimento anticipato.

Inoltre, i presupposti tassativi previsti dall'art. 469 c.p.p., traducendosi in adempimenti non adattabili al giudizio di terzo grado, finirebbero per ostacolare l'applicazione dell'istituto e determinerebbero l'elusione della disciplina con grave nocumento delle sue finalità originarie[122].

A ciò aggiungasi che nel predibattimento di cassazione è irrealizzabile l'obbligo di audizione dell'imputato il quale, a sua volta, sarebbe comunque impossibilitato ad esercitare il diritto previsto nell'art. 469 c.p.p.

[119] Lozzi, *I limiti cronologici della fase dibattimentale*, Milano, 1963, 198.

[120] Cass. Sez. V, 9/12/1987, De Giovanni, in CP., 1989, 615. In dottrina, secondo De Gennaro, *Atti preliminari al giudizio,* cit. 563, allorché, ricorrendo le condizioni per la pronuncia della entenza predibattimentale, il giudice proceda, comunque, al dibattimento, pur senza emettere alcun provvedimento esplicito, [...], ovvero esplicitamente neghi l'applicabilità dell'art. 421 c.p.p. codice 1930 [attuale art. 469 c.p.p.], al pubblico ministero e alle parti private, nel silenzio della legge, non può ritenersi consentito alcun mezzo di impugnazione.

[121] Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale,* cit., 213, con ampi riferimenti alla dottrina favorevole all'applicazione dell'art. 421 c.p.p. abr. nel procedimento davanti alla corte di cassazione. Si v., inoltre, ZHARA BUDA, *Sulla sentenza predibattimentale,* cit., 272, il quale – riferendo di una pronuncia di legittimità che consente l'operatività della norma in tale sede – afferma che non vi è alcuna ragione per escludere l'applicabilità dell'art. 421 c.p.p. negli atti preliminari al giudizio di cassazione, ove è ugualmente necessario soddisfare l'attuazione del principio di economia processuale.

[122] Tra queste, oltre al principio di economia processuale, non sarebbe sufficientemente garantito il diritto alla pronuncia "in merito", fine a cui tende l'art. 469 c.p.p. nell'imporre al giudice l'audizione del pubblico ministero e dell'imputato nonché l'acquisizione del loro consenso per l'adozione del provvedimento predibattimentale.

nemmeno avvalendosi dell'apporto della difesa tecnica, giacchè, nel procedimento camerale (art. 611 c.p.p.)[123] non è ammesso l'intervento del difensore che potrà interloquire con il giudicante soltanto attraverso la presentazione di memorie scritte[124].

La peculiarità insita nel procedimento camerale che si svolge dinnanzi la Corte di Cassazione, sia rispetto al modello camerale generale (art. 127 c.p.p.), sia rispetto alla disciplina di cui all'art. 469 c.p.p., esclude qualsiasi possibilità di applicare, in tale sede, il proscioglimento predibattimentale[125] poiché la verifica dei presupposti viene espletata nel corso di una specifica procedura camerale, autonomamente disciplinata ed inconciliabile con la disciplina prevista dall'art. 611 c.p.p. che contempla soltanto ipotesi tassativamente indicate tra le quali non figura la possibilità di adottare una pronuncia in tal senso[126].

Inoltre, il rinvio operato dall'art. 614 c.p.p. alle norme del giudizio di primo e secondo grado attiene, esclusivamente, ad un aspetto del dibattimento (pubblicità, polizia, disciplina delle udienze e direzione della discussione) e non si estende all'intera fase: pertanto, il giudizio si svolge secondo le indicazioni contenute nella disciplina generale (artt. 606-628 c.p.p.)[127] in materia di impugnazioni. Una volta constatata l'inapplicabilità dell'art. 469 c.p.p., occorre domandarsi se nella circoscritta fase preliminare al giudizio di cassazione sia possibile adottare un diverso provvedimento di proscioglimento anticipato di non doversi procedere in virtù del principio generale di cui all'art. 129 c.p.p.

Alle critiche che fondano sulla tipicità dei provvedimenti adottabili nella camera di consiglio prima dell'apertura del dibattimento, tra i quali non figura la sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato o per improcedibilità dell'azione penale[128], potrebbe replicarsi che una

[123] Il procedimento camerale che si svolge dinanzi la Corte di cassazione deroga la disciplina generale prevista dall'art. 127 c.p.p.

[124] Tra i tanti, Bargis, *Impugnazioni,* in Compendio di procedura penale, a cura di Conso-Grevi, Padova, 2005, 852.

[125] In effetti, facendo leva sulle note caratteristiche della sentenza disciplinata dall'art. 469 c.p.p. e sul suo carattere eccezionale, sembrerebbe emergere, da subito, l'inapplicabilità dell'istituto nel giudizio di cassazione: prospettiva, questa, peraltro, rafforzata dall'assenza di un rinvio esplicito alla disposizione applicbile, come quello sancito nell'art. 598 c.p.p. per la disciplina del grado d'appello.

[126] Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale,* cit., 215, secondo il quale, nel giudizio di cassazione l'unico epilogo anticipato, alternativo al dibattimento, è la dichiarazione di inammissibilità del ricorso.

[127] Sulla disciplina applicabile nel procedimento di cassazione, v. Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale,* cit., 213 e ss.

[128] Cfr. Lozzi, *I limiti cronologici della fase predibattimentale,* cit., 214.

delle caratteristiche dei principi generali è costituita proprio dal fatto di essere disciplinati una sola volta, con la possibilità di essere applicati parallelamente e ad integrazione delle altre disposizioni normative che non siano, rispetto ad essi, eccezionali o derogatori.

Un tale assunto, però, non giustificherebbe l'applicazione, in concreto, della declaratoria di cui all'art. 129 c.p.p. nella fase preliminare al giudizio di terzo grado essendo, viceversa, necessario verificare l'adottabilità alla struttura del giudizio ed il rapporto con la tassatività dei casi di ricorso (art. 606 c.p.p.)[129].

L'art. 129 c.p.p. contempla un principio di carattere generale capace di adattarsi alla struttura e alla natura del giudizio in cui è destinato ad operare.

In particolare, riguardo al procedimento in cassazione, deve sottolinearsi che l'estinzione del reato e l'improcedibilità dell'azione penale figurano quali cause che determinano l'annullamento senza rinvio (art. 620 lett. *a)* c.p.p.) e che, normalmente, vengono dichiarate a conclusione della pubblica udienza dibattimentale, pur essendo possibile provvedere allo stesso modo con la procedura camerale[130].

Tuttavia, in conseguenza delle limitate possibilità di adottare determinati provvedimenti (art. 611 c.p.p.) nella fase preliminare, verrebbe da pensare che l'art. 129 c.p.p. incontri delle preclusioni in quel preciso stadio di quel grado processuale ponendosi, addirittura, in rapporto di antitesi con i principi di rapidità della decisione e di economia processuale.

D'altronde, la compressione sembra essere effettiva in quanto, pur essendo la declaratoria applicabile nella fase *de qua*, non si individuano, nel contesto della disciplina, le modalità attraverso cui è possibile far vivere la decisione in tale fase.

In verità, in virtù delle prerogative sottese all'istituto disciplinato dall'art. 129 c.p.p., quali l'immediatezza e l'evidenza, espressione dei principi di economia processuale e di ragionevole durata del processo, è da ritenere che nella fase preliminare al giudizio di legittimità possa operare la declaratoria in oggetto laddove l'evidenza della causa del proscioglimento renderebbe superfluo ogni passaggio processuale successivo.

[129] Sui limiti applicativi dell'art. 129 c.p.p., v. VOENA, *Atti,* cit., 163.

[130] Si pensi alla sentenza (di annullamento senza rinvio per estinzione del reato o perché ricorre una causa ostativa all'esercizio o alla prosecuzione dell'azione penale) che la corte di cassazione pronuncia a seguito di ricorso avverso la decisione predibattimentale a norma dell'art. 469 c.p.p.: il relativo procedimento sarà adottato in camera di consiglio in virtù del disposto di cui all'art. 611 c.p.p.

## 6. *L'inappellabilità della sentenza predibattimentale*

I poteri volti alla richiesta di un controllo della sentenza di proscioglimento anticipato sono assai limitati poiché alle parti è riconosciuta soltanto la possibilità di esperire il ricorso in cassazione (art. 111 comma 7 Cost.).

Si tratta di una conseguenza ontologicamente collegata alla peculiarità della sentenza emessa ai sensi dell'art. 469 c.p.p. e, in particolar modo, al consenso delle parti, la cui manifestazione costituisce il reale fondamento dell'inappellabilità[131].

Invero, con il consenso – e il contrasto giurisprudenziale avalla il dato, le parti rinunciano all'esame del merito della *rejudicanda*[132] ed affievoliscono, sino a renderlo quasi nullo, l'eventuale interesse a coltivare, ulteriormente, le proprie ragioni.

Il consenso, inoltre, rappresenta la presa d'atto o la consapevolezza che la rinuncia al dibattimento comporta una volontà abdicativa di maggiore portata, la quale sacrifica, in modo assoluto, il giudizio di merito al cui cospetto il legislatore offre una sentenza in tempi ragionevoli e dal contenuto meramente processuale.

Ed, in effetti, la rinuncia al giudizio di merito, previa l'adesione o la mancata opposizione delle parti, in favore di una sentenza di non doversi procedere perchè il reato è estinto o perché l'azione penale non doveva essere iniziata o proseguita, accompagnata dalla specifica previsione dell'inappellabilità della sentenza, tendono, entrambe, a perseguire la medesima *ratio*: anticipare la fine di un processo dall'esito scontato ed evitare tutte quelle attività superflue che difficilmente consentirebbero di pervenire ad un diverso risultato[133].

[131] Cass. Sez. V, 16/12/1998, Rapisarda, cit. 419. In dottrina v., altresì, BONETTO, *Artt. 465-469 c.p.p.*, cit., 54; CHINNICI, *Il regime del proscioglimento predibattimentale,* cit., 342.

[132] L'adesione o il dissenso alla decisione predibattimentale non coinvolge, tuttavia, l'ufficio del pubblico ministero di secondo grado, costretto, per tale ragione, a fare le spese dell'inappellabilità della sentenza*:* così BONETTO, *Artt. 465-469 c.p.p.,* cit., 54.

[133] Tuttavia, deve, essere, necessariamente distinta la situazione tra le due cause che possono dar luogo alla decisione predibattimentale (perché il reato è estinto, o perché l'azione penale non doveva essere iniziata o non doveva essere proseguita). Soltanto in presenza della prima infatti, il risultato dibattimentale non muterebbe rispetto all'epilogo predibattimentale, poichè il giudice sarebbe, comunque, tenuto a dichiarare la sussistente mancanza della condizione di procedibilità anche di fronte ad inequivocabili ragioni di merito. Viceversa, in virtù del principio sancito nell'art. 129 comma 2 c.p.p. (evidente innocenza dell'accusato), sulla causa estintiva del reato prevale la causa di proscioglimento nel merito, per cui solo l'imputato sicuro di poter fornire una tale dimostrazione, avrebbe tutto l'interesse a procedere al dibattimento, eventualmente fruendo, anche in tale sede, di una declaratoria processuale ove non riuscisse a dimostrare la propria innocenza.

L'inappellabilità rappresenta, dunque, un effetto genetico del consenso alla pronuncia della sentenza di proscioglimento anticipato (art. 469 c.p.p.), inimmaginabile nell'ipotesi in cui la decisione potesse essere adottata d'ufficio.

Non sarebbe coerente con la logica efficientistica insita nel sistema accusatorio del 1988 prevedere di subordinare l'adozione di una decisione al consenso delle parti alla rinuncia al dibattimento e consentire, poi, di ripristinare, per il tramite dell'appello, il giudizio di merito rinunciato[134]: l'impugnazione, insomma, snaturerebbe il giudizio d'appello trasformandolo nella sede di assunzione delle prove mai escusse[135].

Viceversa, l'attuale sistema è ideologicamente ispirato a favorire, sia pur attraverso sacrifici, gli accordi che tendano a definire rapidamente la vicenda processuale in presenza di valori e principi importanti da tutelare quali l'economia processuale e la ragionevole durata del procedimento.

Tuttavia, il principio dell'inappellabilità della sentenza di proscioglimento predibattimentale, va inteso nel senso di limite oggettivo all'impugnazione della decisione adottata durante la fase degli atti preliminari[136] e caratterizza, di conseguenza, anche i provvedimenti emessi al di fuori dei casi disciplinati nell'art. 469 c.p.p., non essendo presente nel sistema alcuna giustificazione nomologica per sottrarli all'ordinario regime del divieto d'appello. Quindi, il provvedimento emesso in violazione di un qualsiasi requisito, necessario all'emanazione della sentenza di non doversi procedere *ante judicium*, è invalido[137] ed è ricorribile in Cas-

[134] Durante la vigenza del codice Rocco, anche dopo la riforma del 1955, l'art. 421 c.p.p. abrogato prescriveva soltanto un generico dovere del giudice di sentire le parti (imputato e pubblico ministero). Cfr.,VANNINI-COCCIARDI, *Manuale di diritto processuale penale italiano,* cit., 381, anche in merito all'impugnazione della sentenza anticipata di proscioglimento, assoggettata, prima della riforma del 1955, al solo ricorso per cassazione da parte del pubblico ministero e, a seguito della novella, allo stesso regime di impugnazione previsto per la pronuncia dibattimentale.

[135] A ciò aggiungasi che a seguito della legge n. 46 del 2006 si è rivisitato l'art. 593 c.p.p. nel cui *corpus* è stato cancellato ogni richiamo alle sentenze predibattimentali. In argomento è intervenuta la Corte costituzionale con sentenza 6 febbraio 2007 n. 26, in GC, 2007, 221 con commento a cura di Bargi-Gaito, *Il ritorno della Consulta alla cultura processuale inquisitoria* (a proposito della funzionei del pubblico ministero nelle impugnazioni penali); Carcano, *Impugnazioni e prescrizioni*, in QG, 2007, 1; Chiavario, *Una legge già "fulminata" dalla Corte costituzionale: quale recupero da un'occasione perduta?*, in LP, 2007, 9; De Caro, *L'illegittimità costituzionale del diritto di appello del pubblico ministero tra parità delle parti e diritto al controllo di merito della decisione,* cit., 628; Marzaduri, *Sistema da riscrivere dopo ampie riflessioni*, in DPP, 2007, 84; Trucco, *L'insostenibile ragionevolezza della "legge Pecorella"*, in GI, 2007, 2152.

[136] BONETTO, *Artt. 465-469 c.p.p.,* cit., 54.

[137] In tal senso, Cass. Sez. VI, 3/12/1999, Calcagni, cit.

sazione in presenza dei presupposti normativamente indicati dall'art. 606 c.p.p.[138]

L'invalidità della sentenza può essere l'effetto dell'inosservanza di uno o più presupposti dell'art. 469 c.p.p. e, a seconda dei casi, generare diversi profili di anomalia della decisione[139].

Sarà, quindi, indispensabile distinguere a seconda che l'inosservanza dei requisiti della pronuncia incida sui diritti dell'imputato o del pubblico ministero[140] ovvero riguardi la corretta applicazione della legge processuale in materia di poteri del giudice nella fase degli atti preliminari al dibattimento[141]: nel primo caso si è in presenza di un provvedimento nullo, nel secondo, invece, l'abnormità lo investe *in toto.*

Inoppugnabile, e, quindi, inappellabile sarà anche il provvedimento che decide negativamente sull'istanza delle parti volta all'emissione di una sentenza a norma dell'art. 469 c.p.p.

Sul punto la giurisprudenza di legittimità ha precisato che tutte le questioni prospettate dalle parti e non accolte dal giudice, possono sempre essere riproposte nella successiva fase del procedimento[142] ed, eventualmente, costituire oggetto di doglianza unitamente all'impugnazione della sentenza.

### 7. *L'applicazione della declaratoria nel dibattimento*

L'art. 129 c.p.p. orienta il comportamento del giudice "*in ogni stato e grado del processo*"; il dato implica che l'organo giudicante è legittimato ad emanare l'immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità anche nel corso dell'istruttoria dibattimentale poiché, in tale

[138] V. Cass. Sez. VI, 16/05/2001, Marchetto, cit.

[139] Ad esempio si può verificare che il giudice del predibattimento assolva l'imputato così violando il divieto di emettere sentenza di merito, oppure pronuncia sentenza di non doversi procedere omettendo di sentire una delle parti e impedendo, così, la possibilità di esercitare il correlato diritto di opposizione. Inoltre, la sentenza che viene adottata senza tener conto dell'opposizione di una delle parti non potrù essere qualificata nemmeno come decisione adottata al sine si dell'art. 129 c.p.p. per ragioni di coerenza del sistema che non tollera l'applicazione di un principio generale laddove sia prevista l'operatività di una norma eccezionale carente, nel caso concreto, dei suoi elementi costitutivi. In tema cass. Sez. VI, 30/01/2001, Transerici, in ANPP, 2001, 425; Id., Sez V, 12/01/2000, Somma, in CED n. 215481.

[140] Cass. Sez. V, 21/03/2003, Allegra, cit., 598.

[141] Iai, *Condizioni e limiti del proscioglimento durante la fase degli atti predibattimentali,* cit., 143; Id., *In tema di sentenza predibattimentale,* in GI, 1998, 1684.

[142] In tal senso, Cass. Sez. V, 9/12/1987, De Giovanni, cit., 615.

momento processuale, le ragioni di un istantaneo "*blocco*" dell'*iter* di accertamento prevalgono su ogni diversa situazione.

Il problema, piuttosto, potrebbe riguardare l'applicazione, in concreto, della declaratoria disciplinata dal *capoverso* dell'art. 129 c.p.p.: se il processo ha superato la soglia degli atti preliminari e il giudice ha constatato l'esistenza di una delle situazioni contemplate dalla norma, gli è preclusa la possibilità di procedere d'ufficio sia perchè snaturerebbe la stessa regola di giudizio sottesa all'art. 469 c.p.p., sia perché ha la consapevolezza che non è mutato il materiale probatorio rispetto alla fase pregressa[143].

Prescindendo dalla questione inerente la disponibilità del materiale probatorio del giudice[144], va evidenziato che, concordemente al pensiero dottrinario, la fondamentale causa ostativa al riconoscimento di ragioni di proscioglimento nel merito fonda sul presupposto che la fase del dibattimento è considerata la sede naturale di formazione della prova e, quindi, sede privilegiata per le valutazioni di merito[145].

La situazione muta nel caso in cui la causa contemplata dall'art. 129 comma 1 c.p.p. emerga nel corso dell'istruttoria dibattimentale e cioè quando la cognizione probatoria del giudice è diversa, anche se non completa, rispetto ai momenti procedenti.

L'argomento, in passato, è stato molto dibattuto senza che si fosse pervenuto ad una soluzione univoca.

Secondo alcuni autori, invero, la situazione in oggetto consentiva di prescindere dall'istruzione nei casi in cui fosse stata abrogata la norma incriminatrice del fatto imputato o fosse presente una causa di estinzione del reato o, infine, mancasse una condizione di procedibilità[146]: se-

[143] SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 264.

[144] MARANDOLA, *Mancata opposizione delle parti e applicabilità delle sentenze di proscioglimento predibattimentale*, cit., 1622, ritiene che la preclusione derivante dalla scarsità ed esiguità degli atti a disposizione del giudice predibattimentale avrebbe perso almeno in parte della sua validità in seguito all'ampliamento die poteri probatori ed istruttori del giudice dell'udienza preliminare

[145] Testualmente BONETTO, *Artt. 465-469*, cit., 51; Ampiamente, IAI, *Condizioni e limiti del proscioglimento durante la fase degli atti predibattimentali*, cit., 143; Id., *In tema di sentenza predibattimentale*, cit., 1682,

[146] A tale impostazione si è obiettato che l'accantonamento dell'istruzione può anche avvenire nei casi in cui, pur permanendo in vita la norma incriminatrice, il fatto non è ad essa riconducibile: ed in generale nei casi in cui l'accertamento della responsabilità è il frutto di un'indagine *in jure* si fatti non controversi, ma anche che, una tale eventualitànon indica alcuna efficacia tipica dell'art. 152 c.p.p. 1930 in quanto si prescinderebbe dall'istruzione perché la norma in oggetto induca a non compiere attività processuali che altrimenti sarebbero stati espletati. In tal senso FASSONE, *La declaratoria immediata delle cause di non punibilità*, cit. 31; Ampiamente, SCOMPARIN, *Il proscioglimento immediato nel sistema processuale penale*, cit., 266.

condo altri, invece, la locuzione "*in ogni stato e grado del procedimento*" (art. 152 codice del 1930) implicava un impedimento a proseguire le "*verifiche probatorie*" al fine di accertare una diversa causa più favorevole per l'imputato[147].

Nell'assetto del nuovo codice di rito[148], invece, l'applicabilità del *capoverso* dell'art. 129 c.p.p. risulta giustificato in tutte quelle situazioni in cui l'assunzione della prova richiesta da una delle parti vada ritenuta superflua poiché, dal dato probatorio sino ad allora assunto, è emersa la presenza di una causa di proscioglimento ovvero si è evidenziata l'inconsistenza della tesi accusatoria, quanto meno sotto il profilo della potenzialità dimostrativa della colpevolezza dell'imputato[149].

Tali principi sono da ritenersi validi anche nel caso in cui l'imputato voglia ottenere dal processo una decisione con una diversa formula di proscioglimento[150] rispetto a quella emersa in quel particolare frangente: ragioni di immediatezza sottese alla declaratoria disciplinata dall'art. 129 c.p.p., giustificano l'assunto coerentemente con il principio, di rango costituzionale, della ragionevole durata del processo (art. 111 comma 2 Cost.).

Epperò, la critica diviene gioco facile se solo si considera che la sentenza emanata, d'ufficio, dal giudice è il frutto di un comportamento obbligato imposto dalla norma che sembrerebbe elidere uno dei fondamentali principi intorno al quale il legislatore del 1988 ha costruito la nuova veste del processo: il contraddittorio nella formazione della prova, prerogativa preminente delle parti e strumento indispensabile per concretizzare il diritto di difendersi provando[151].

Ecco allora che l'adozione del provvedimento di proscioglimento emesso ai sensi dal *capoverso* dell'art. 129 c.p.p. va giustificata allorquando l'imputato non manifesta alcun interesse alla prosecuzione del giudizio ovvero quest'ultimo non possa concludersi con un esito diverso e

[147] DOMINIONI, *Improcedibilità e proscioglimento nel sistema processuale penale*, cit., 67.

[148] In argomento AIMONETTO, *La durata ragionevole del processo penale*, Torino, 1997, 124; MAROTTA, voce *Sentenza penale*, cit., 185; STURLA, *Sub art. 129 c.p.p.*, cit., 102.

[149] MARZADURI, *sub art. 129 c.p.p.*, cit., 122; MARANDOLA, *Declaratoria immediata di cause di non punibilità,* cit., 8.

[150] Ad esempio l'imputato preferisce che la decisione statuisca l'insussistenza del fatto rispetto ad altre formule di proscioglimento meno ampie.

[151] MOSCARINI, *Diritto dell'imputato all'acquisizione di ogni mezzo di prova in suo favore e gerarchia tra le cause di non punibilità*, cit., 865, ritiene che dai principi costituzionali previsti dagli artt. 111 comma 2 e 27 comma 2 Cost. si desumerebbe che l'imputato ha sempre, e comunque, diritto all'espletamento di qualsiasi attività istruttoria che possa dimostrare la sua innocenza.

più favorevole.

Un'eccezione, però, potrebbe essere rappresentata dal fatto che il pubblico ministero, a sua volta, ha interesse a proseguire nel dibattimento solo, ed esclusivamente, per formulare una nuova contestazione (artt. 516 e ss. c.p.p.).

In questa situazione, il diritto dell'imputato ad ottenere una formula di proscioglimento più vantaggiosa si trasformerebbe in "*un'arma a doppio taglio*"[152].

Non a caso la dottrina che ha approfondito le problematiche connesse ai rapporti intercorrenti tra proscioglimento immediato e nuove contestazioni in ambito dibattimentale, ha sottolineato che l'emergere di una causa di non punibilità[153] preclude la possibilità di espletare qualsiasi attività probatoria non solo quando l'eventuale successiva acquisizione di nuove prove sia diretta a legittimare l'emanazione di una sentenza di proscioglimento con una formula più favorevole, ma anche qualora la ricerca e l'assunzione di ulteriori prove miri a suffragare il diverso epilogo del processo[154].

Limitare i poteri del pubblico ministero, non consentendogli di concludere liberamente l'istruttoria dibattimentale, è un'ulteriore effetto connesso con l'art. 129 c.p.p. la cui finalità è in linea con l'altra prerogativa della norma che si identifica nel *favor rei* e che si materializza, nella sua massima potenzialità, solo laddove si obbliga il giudice a pronunciare la immediata declaratoria di determinate cause di non punibilità senza conculcare il diritto dell'imputato ad ottenere una pronuncia più favorevole.

[152] Secondo SCOMPARIN, , cit., 269, la situazione sarebbe da assimilare ad un *boomerang*.

[153] In tal senso CORVI, *Contributo allo studio dei rapporti tra immediata declaratoria di cause di non punibilità e nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 12.

[154] CORVI, *Contributo allo studio dei rapporti tra immediata declaratoria di cause di non punibilità e nuove contestazioni dibattimentali*, cit., 12.

LUISA CORAZZA

# La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore

SOMMARIO: 1. Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata". - 2. *Segue:* la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni. - 3. Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina. - 4. La svolta rimediale della riforma del 2003: dalla ricerca del "vero" datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali. - 5. L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte? - 6. L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro.

## 1. *Il cammino delle regole del decentramento produttivo: l'impresa "smaterializzata"*

Nel tentativo di inseguire le vorticose trasformazioni del tessuto produttivo, l'ordinamento giuridico appare scosso da veri e propri movimenti tellurici[1]. Nell'ultimo ventennio, infatti, la disciplina del decentramento della produzione è stata teatro di incisive riforme che hanno riscritto l'apparato di regole applicabili all'utilizzo del lavoro nelle ipotesi di segmentazione delle attività imprenditoriali.

Le prime scosse sismiche si sono registrate all'inizio degli anni '90 ad opera del formante giurisprudenziale. È del 19 ottobre 1990 la sentenza con cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno ridisegnato i confini dell'appalto di mano d'opera, riconoscendo l'equivalenza di beni materiali e immateriali ai fini della sussistenza della presunzione di cui all'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960[2]. Con questa importante pronuncia la Cassazione prende atto della diversa strutturazione degli appalti alla luce delle novità introdotte dalla terziarizzazione dell'economia, nonché del-

[1] Il testo costituisce una rielaborazione aggiornata, con l'aggiunta di note, della relazione tenuta dall'autrice al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

[2] Cfr. Cass. SS. UU., 19 ottobre 1990, n. 10183, in *Foro it.*, 1992, I, 524, con nota di F. Scarpelli, *Interposizione e appalti di servizi informatici: un interessante "obiter dictum" della Cassazione sul ruolo del "know-how" d'impresa.*

la possibilità che il valore aggiunto apportato dall'appaltatore sia costituito anche solo dal *know how* d'impresa, a prescindere dalla quantità di beni materiali (capitali, macchine, attrezzature) messi in campo per l'esecuzione dell'opera o del servizio[3].

Sancita, così, la rilevanza patrimoniale dei capitali immateriali di un'impresa, l'applicazione del divieto di interposizione ha seguito, nel settore dei servizi di nuova generazione, schemi interpretativi differenti da quelli che avevano guidato, nei trent'anni addietro, le operazioni di decentramento produttivo.

A partire dall'inizio degli anni novanta, infatti, la giurisprudenza inizia ad attribuire rilievo al mutato contesto economico, assai trasformato rispetto a quello che aveva fatto da sfondo alla riforma del 1960, ed avvia, di conseguenza, una progressiva opera di aggiornamento del dato normativo. Le norme sul decentramento produttivo vengono applicate utilizzando interpretazioni differenziate e modulate sulle caratteristiche del settore produttivo di riferimento[4]: come i beni immateriali entrano a pieno titolo a comporre il complesso di capitali utilizzati dall'impresa nell'esecuzione dell'appalto, così nei settori del terziario dove l'appalto si presenta ad alta intensità di lavoro, i confini dell'appalto genuino vengono riformulati, tanto che l'organizzazione di mezzi che si richiede all'appaltatore finisce per identificarsi con una mera organizzazione del lavoro[5].

Con queste operazioni di *maquillage,* la giurisprudenza dello scorso decennio ha sostanzialmente riscritto i confini dell'appalto lecito ai sensi della l. n. 1369/1960 ed ha così definito i connotati essenziali della nozione di appalto, o meglio, della linea di distinzione tra l'appalto e l'interposizione nelle prestazioni di lavoro[6]. Alla luce di queste interpreta-

[3] In senso critico sull'allargamento del concetto di know how d'impresa cfr. M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui*, Giuffrè, Milano, 2000, p. 100 ss.; ha incentrato, invece, proprio sul concetto di know how d'impresa la proposta di riformulare i confini tra interposizione e appalto P. Ichino, *Il diritto del lavoro e i confini dell'impresa,* 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. 251 ss.

[4] Non è mancato, infatti, chi ha parlato di una vera e propria "chiusura d'occhi selettiva" da parte della giurisprudenza, cfr. P. Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione,* in *Dir. lav. rel. ind.,* 1997, p. 506 ss;

[5] Per la ricostruzione della giurisprudenza sul punto si rinvia a M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui,* p. 86 ss.

[6] In proposito non si condivide la prospettiva di chi individua una differenza di natura quasi "ontologica" tra appalto e somministrazione. Cfr. in questo senso M. T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro – quale parte del contratto di lavoro, creditore della prestazione e tito-*

zioni, la nozione di appalto "lecito" poteva essere riassunta negli elementi distintivi che seguono: 1) l'appaltatore genuino era colui che, per l'esecuzione dell'opera o del servizio dedotti nel contratto, impiegava una propria organizzazione di mezzi e assumeva il rischio d'impresa; 2) in alcuni settori dove l'appalto si connotava per un'alta intensità di lavoro (contrapposta d una bassa intensità organizzativa), il requisito dell'organizzazione di mezzi poteva essere valutato anche solo alla luce dell'organizzazione del lavoro impiegata dall'appaltatore, vale a dire che si riteneva sussistente il requisito organizzativo anche laddove l'appaltatore si limitava ad esercitare i poteri direttivi ed organizzativi, a prescindere dai mezzi materiali impiegati nell'appalto; 3) per delimitare l'operatività della presunzione di cui al comma 3 dell'art. 1, l. n. 1369/1960, era possibile valutare anche l'impiego, da parte dell'appaltatore, dei soli beni immateriali, in grado da soli di escludere l'operatività del meccanismo presuntivo.

Al di fuori di queste regole, l'impiego di lavoratori in un appalto, o in un altro tipo di contratto, si qualificava come fornitura di mere prestazioni di lavoro, ed era soggetto alla sanzione civilistica dell'imputazione del rapporto in capo al soggetto che effettivamente risultasse avere utilizzato le prestazioni lavorative (art. 1, comma 5, l. n. 1369/1960).

## 2. Segue: *la legalizzazione della fornitura di manodopera e l'imporsi del fenomeno delle esternalizzazioni*

Un siffatto assetto di regole non è stato scalfito neppure dalla prima significativa deroga che il legislatore ha apposto al divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, vale a dire la legittimazione della fornitura di lavoro temporaneo introdotta con la l. n. 196/1997.

Questa legge ha autorizzato, entro determinati limiti e nel rispetto di regole rigidamente individuate dal legislatore, il ricorso all'utilizzazione indiretta di prestazioni lavorative, ma solo per far fronte ad esigenze temporanee dell'impresa. Non viene invero messo in discussione il carattere di regola generale del divieto di interposizione nelle prestazioni lavorative.

*lare di tutte le posizioni di diritto, potere e obbligo ad esso connesse – è regola generale nell'ordinamento giuslavoristico,* in *Arg. Dir. Lav.,* p. 1031, secondo la quale l'appalto avrebbe ad oggetto un *fare,* mentre la somministrazione avrebbe ad oggetto un *dare.* Dalle vicende normative che hanno attraversato la linea distintiva tra appalto e interposizione sembra trarsi, al contrario, l'indicazione dell'inesistenza di una distinzione sul piano ontologico, a favore di un'oscillazione del *discrimen* che divide l'appalto dalla somministrazione a seconda degli obiettivi di tutela del lavoro perseguiti dall'ordinamento.

Al contrario, la regola generale può dirsi riconfermata. E ciò non solo per il fatto che, nel disegno tracciato dal legislatore del 1997, la sanzione dell'imputazione del rapporto all'utilizzatore della prestazione di lavoro rientra in gioco ogni qualvolta si ricorra alla fornitura di lavoro fuori dalle regole individuate dalla legge, ma anche perché l'elemento della temporaneità assurge a cartina di tornasole del legittimo impiego della fornitura di lavoro: è solo l'esigenza temporanea che giustifica la deroga alla regola che vieta la fornitura di mere prestazioni di lavoro. Inoltre, la valenza del principio che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro può desumersi anche dall'assenza di ogni variazione – ad opera della l. n. 196/1997 – nella nozione di appalto: la linea di demarcazione dell'appalto lecito resta ancorata ai principi di matrice giurisprudenziale enunciati nel precedente paragrafo[7].

Si può convenire, pertanto, con chi ha affermato che, proprio nel momento in cui l'ordinamento ha legittimato una forma di utilizzazione indiretta del lavoro, la vigenza della regola generale secondo la quale datore di lavoro formale e datore di lavoro sostanziale devono coincidere è sembrata addirittura confermata[8].

Negli anni successivi, tuttavia, le nuove forme del decentramento produttivo sono entrate prepotentemente nelle aule di giustizia e hanno posto le Corti italiane di fronte a nuove questioni interpretative.

Risalgono alla fine degli anni '90, infatti, alcune controverse vicende giudiziarie riguardanti massicce operazioni di decentramento produttivo ad opera di grandi aziende italiane. In questi casi, accanto al problema della legittimità degli appalti, i giudici hanno dovuto affrontare la questione di quali fossero gli strumenti normativi più idonei a disciplinare il momento della trasformazione dell'assetto organizzativo dell'impresa: la disciplina dell'appalto e quella del trasferimento d'azienda si sono mostrate come due lati della stessa medaglia, correlate alla fase statica e a quella dinamica delle operazioni di decentramento delle attività imprenditoriali[9].

[7] Per la ricostruzione del dibattito circa la portata della deroga al divieto di interposizione dalla disciplina del lavoro temporaneo si rinvia a M. T. Carinci, *la fornitura di lavoro altrui,* cit., p. 32 ss. Si ricorda, tra chi ha prospettato, ad opera della riforma introdotta con il "pacchetto Treu", uno scardinamento dei principi posti dalla legge del '60, soprattutto la posizione di A. Maresca, *Il contratto di fornitura di prestazioni di lavoro temporaneo,* in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Flessibilità e diritto del lavoro,* III, Torino, 1997, p. 180 ss.

[8] Secondo Ichino, *Il lavoro interinale e gli altri varchi nel "muro" del divieto di interposizione,* cit., p. 506 ss., la riforma del 1997 avrebbe addirittura rafforzato l'operatività del divieto di interposizione.

[9] Si v., tra le tante, le vicende giudiziarie dei gruppi Ansaldo (Pret. Milano 16 settembre 1998 e Pret. Genova 22 ottobre 1998, in *Riv. it. dir. lav.,* 1999, II, p. 417 ss.; Cass. 25 otto-

Al fervore del dibattito giurisprudenziale si è aggiunto l'intervento del legislatore che ha provveduto, con il d. lgs. n. 18 del 2001 che interviene sull'art. 2112 c.c.[10], a definire il concetto di trasferimento d'azienda e, con il d. lgs. n. 276/2003, a cristallizzare, nell'ambito di una più profonda riforma del decentramento produttivo, la linea di demarcazione tra appalto e somministrazione di lavoro[11].

L'art. 29, primo comma, del d. lgs. n. 276/2003 propone, infatti, una "nuova" nozione di appalto, alla luce della quale il contratto di appalto si distingue dalla somministrazione di lavoro per la "organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché dall'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio d'impresa"[12].

Sul piano del formante legislativo, si può dire che le riforme del nuovo secolo hanno stravolto i meccanismi normativi che regolavano il decentramento assai più di quanto non avessero fatto gli interventi normativi precedenti. E ciò non tanto perché la riforma del mercato del lavoro del 2003 ha proceduto ad abrogare la legge n. 1369/1960, quanto, piuttosto, per la completa riscrittura della disciplina della somministrazione di lavoro - che nel 2003 viene autorizzata anche nella formula a tempo indeterminato – e per la profonda modifica che ha interessato l'apparato sanzionatorio.

La recente odissea normativa del decentramento produttivo non è tuttavia ancora terminata, visto che nel biennio 2006-2008 il legislatore è nuovamente intervenuto apportando modifiche di non poco rilievo, sia

bre 2002, n. 15105 in *Riv. it. dir. lav.,* 2003, II, p. 149 ss.) e Alcatel (Cass. 23 luglio 2002, n. 10761 e Cass. 23 luglio 2002, n. 10701, in *Not. giur. lav.,* 2002, p. 532 ss.) su cui v. per due letture contrapposte F. Scarpelli, *"Esternalizzazioni" e diritto del lavoro: il lavoratore non è una merce*, in *Dir. rel. ind.*, 1999, p. 351 s..; e S. Ciucciovino, *Trasferimento d'azienda ed esternalizzzazione,* in *Arg. dir. lav.,* 2000, p. 392.

[10] Su cui v., tra i tanti R. Romei, *Impresa, azienda, trasferimento,* in *Dir. Lav. rel. Ind.,* 2003, p. 49 ss.; A. Maresca, *Le "novità" del legislatore nazionale in materia di trasferimento d'azienda,* in *Arg. dir. lav.*, 2001, p. 596; M. Marazza, *Impresa ed organizzazione nella nuova nozione di azienda trasferita,* in *Arg. dir. lav.,* 2001, p. 612; S. Ciucciovino, *La disciplina del trasferimento d'azienda dopo il d. lgs 18/2001,* in *I processi di esternalizzazione,* a cura di R. De Luca Tamajo, Esi, Napoli, 2002, p. 95 ss.

[11] Cfr. P. Ichino, *La somministrazione di lavoro,* in *Il nuovo mercato del lavoro,* Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss.

[12] Su cui v. tra i tanti F. Scarpelli, *Art. 29. Appalto,* in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali. Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276,* a cura di E., Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 438 ss.

rispetto alla disciplina degli appalti, sia quanto alla disciplina della somministrazione di lavoro, spingendosi fino all'abolizione della somministrazione di lavoro a tempo indeterminato[13].

Considerati i sommovimenti che ancora investono la materia e considerato, soprattutto, il cammino che ha condotto all'attuale assetto normativo, è opportuno chiedersi se la definizione di appalto introdotta dal d. lgs. n. 276/2003 costituisca un'effettiva novità: esiste una nuova nozione di appalto, o siamo di fronte, più semplicemente, alla cristallizzazione di principi già introdotti nell'ordinamento da formanti diversi da quello legislativo?

### 3. *Siamo di fronte ad una nuova nozione di appalto? Rivoluzioni e conservazioni della nuova disciplina*

La risposta al quesito se esista, a seguito della riforma introdotta nel 2003, una nuova nozione di appalto, risulta inevitabilmente connessa alla questione della portata del cambiamento prodotto dalle recenti riforme.

In proposito, sembra esservi un generale consenso presso la dottrina per un ridimensionamento dell'impatto innovativo della definizione di appalto contenuta nell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, che sarebbe il segno, secondo i più, di un mero adeguamento del legislatore al diritto vivente[14]. Infatti, gli orientamenti elaborati dalla giurisprudenza a partire dall'inizio degli anni '90 e tratteggiati nel precedente paragrafo contenevano già gli elementi di sintesi della nozione di appalto codificata all'art. 29: la giurisprudenza aveva riformulato i confini dell'appalto lecito in senso "leggero", ovvero riducendo la portata della presunzione contenuta nell'art. 1, comma 3, l. n. 1369/1960, ora definitivamente abrogata; nell'ambito di alcuni settori, dove l'appalto si caratterizza per l'alta intensità di lavoro (c.d. appalti *labour intensive*), i giudici avevano riconosciuto la possibilità di ridurre l'impatto dei beni materiali componenti il capitale organizzativo dell'impresa, e di valorizzare l'organizzazione "leggera" data anche solo dall'esercizio, da parte dell'appaltatore, dei poteri direttivi ed organizzativi; con questi due correttivi, la giurisprudenza aveva identificato l'appalto genuino in quell'appalto che, ai sensi dell'art. 1655 c.c., fosse eseguito con impiego di mezzi organizzativi da parte dell'appaltatore e con l'assunzione da parte di quest'ultimo del rischio d'impresa.

[13] Per un esauriente riepilogo delle riforme più recenti cfr. I. Alvino, *Il regime delle responsabilità negli appalti,* in *Dir. Lav. rel. Ind.,* 2007, p. 507 ss; D. Izzi, *La tutela del lavoro negli appalti,* in *Lav. dir.,* 2008, p, 439 ss.

[14] V. per tutti O. Mazzotta, *Diritto del lavoro,* Giuffrè, Milano, 2005, p. 225 ss.

Si deve, perciò escludere, che con l'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 il legislatore abbia introdotto una *definizione* di appalto di nuovo conio.

Ma la vera questione è quella – connessa in via speculare al quesito circa la portata innovativa della recente definizione di appalto – che attiene alla sopravvivenza o meno nel nostro ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro.

Sul punto, invece, la dottrina è divisa. Da un lato vi è chi attribuisce alla riforma la forza di un cambiamento radicale, per cui l'apparato sanzionatorio introdotto con la riforma del 2003 avrebbe ridisegnato i tratti distintivi della disciplina del decentramento produttivo, ridimensionando anche la portata del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, che non assurgerebbe più, nel nuovo assetto normativo, al rango di principio generale. Questa impostazione è stata sostenuta, in un caso, sottolineando la diversità dell'apparato sanzionatorio, che non è più, almeno dopo le modifiche introdotte al d. lgs. n. 276/2003 dal decreto correttivo n. 251/2004 ancorato ad un generale divieto di interposizione, ma appare frammentato in tanti diversi apparati sanzionatori quante sono le forme di decentramento produttivo illegittime (la somministrazione irregolare, sanzionata all'art. 27 comma 1, d. lgs. n. 276/2003; l'appalto illecito, sanzionato all'art. 29, comma 3 bis, d. lgs. n. 276/2003; il comando illegittimo, sanzionato all'art. 30, d. lgs. n. 276/2003). La frammentazione delle sanzioni escluderebbe la permanenza nell'ordinamento di un divieto generale di interposizione nelle prestazioni di lavoro[15].

Secondo altri è in base ad un ragionamento sistematico che deve escludersi la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro. La nuova disciplina ha infatti modificato il rapporto tra appalto e divieto di interposizione mediante una serie di interventi capaci di scardinare il contesto normativo: è stata abrogata la legge 1369 del 1960; è stata disciplinata la somministrazione a tempo indeterminato (recidendo il nesso tra contratto di lavoro e utilizzazione delle prestazioni); è stata disciplinata la figura del distacco ed è stata, infine, introdotta una nuova disciplina per l'appalto. Nel nuovo contesto normativo non avrebbe senso, secondo questa impostazione, affermare la permanenza in vita del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro[16].

[15] Cfr. A. Maresca, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

[16] Cfr. R. Romei, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. Romei, *Il contratto di somministrazione di lavoro,* in *Dir. Lav. rel. Ind.,* 2006, p. 403 ss.; R. Romei, *L'elisir di lunga vita del divieto di interposizione,* in *Riv. It. Dir. Lav.,* 2005, II, p. 726 ss.

A questa lettura si contrappone chi afferma la sopravvivenza del divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro, nonostante la riforma del mercato del lavoro abbia abrogato la legge n. 1369 del 1960[17].

Nell'ambito di questa corrente di pensiero, che è finora apparsa dominante presso la dottrina, si possono ricordare due diverse impostazione.

Secondo una prima tesi, il d. lgs. n. 276/2003 ha dato, sì, luogo ad una riforma radicale degli assetti della materia, ma, contestualmente, ha proposto per la nuova disciplina un apparato sanzionatorio i cui effetti sostanziali riconducono al sistema precedente[18]. Di conseguenza, non può negarsi la permanenza di un principio che vieta l'utilizzazione indiretta del lavoro.

Vi è invece chi ridimensiona l'impatto della riforma del 2003 ricollegandosi alla teoria della subordinazione[19]. Partendo dall'elaborazione teorica del divieto di interposizione proposta da Oronzo Mazzotta[20], che ha costituito uno dei capisaldi dell'apparato interpretativo della legge n. 1369 del 1960 , si riafferma l'autosufficienza dell'art. 2094 c.c. nel governare anche le ipotesi di appalto illecito. Sarebbe, in sintesi, la stessa nozione di subordinazione a precludere l'abrogazione del divieto di interposizione.

Da queste ultime considerazioni si può partire per valutare l'impatto della riforma e rispondere al quesito della portata sistematica della nuova nozione di appalto.

A ben vedere, l'art. 2094 c.c. non pare incompatibile con l'esecuzio-

[17] È questa l'opinione che fin dai primi commenti della riforma è prevalsa in dottrina. Cfr. tra i tanti M. T. Carinci, *La somministrazione di lavoro altrui,* in *Commentario al d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276,* coordinato da F. Carinci, vol. II "*Somministrazione, comando, appalto, trasferimento d'azienda*" a cura di M. T. Carinci, C. Cester, Milano, 2004, p. 13 ss.; R. Del Punta, *La nuova disciplina degli appalti e della somministrazione di lavoro,* in *Come cambia il mercato del lavoro,* AA. VV., *Commentario al d. lgs. n. 276/2003,* Milano, 2004, p. 162 ss.; P. Ichino, *La somministrazione di lavoro,* in *Il nuovo mercato del lavoro,* Commentario coordinato da M. Pedrazzoli, Bologna, 2004, p. 261 ss. il quale osserva, tuttavia, la rottura sul piano teorico della nuova regola, F. Scarpelli, *Art. 27. Somministrazione irregolare,* in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276,* a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 409 ss.

[18] V. F. Scarpelli, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche F. Scarpelli, *Articoli 27-28, Interposizione illecita, somministrazione irregolare, somministrazione fraudolenta,* in G. Ghezzi (a cura di), *Il lavoro tra progresso e mercificazione,* Roma, 2004, p. 152.

[19] Cfr. R. Del Punta, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto" Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007; ma anche R. Del Punta, *Il "nuovo" divieto di appalto di manodopera,* in *Dir. Prat. Lav.,* 2005, 1953 ss.

[20] Cfr. O. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro,* Giuffrè, Milano, 1979, p. 91 ss.; e, di recente, O. Mazzotta, *Il mondo al di là dello specchio: la delega sul lavoro e gli incerti confini della liceità dei rapporti di interposizione,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2003, I, p. 265 ss.

ne della prestazione di lavoro a favore di un terzo. I principi della subordinazione sono funzionali all'inquadramento del rapporto di lavoro nell'area della subordinazione o dell'autonomia, ma non attengono alla determinazione dei criteri necessari all'imputazione del rapporto a un datore di lavoro o ad un altro, che sono regolati, ora, dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 ed erano regolati, prima, dall'art. 1, l. n. 1369/1960[21]. Se, infatti, l'art. 2094 c.c. costituisse lo schema di valutazione delle situazioni in cui la titolarità del contratto di lavoro si dissocia dall'effettiva utilizzazione delle prestazioni lavorative, allora la somministrazione di lavoro si collocherebbe fuori dall'area della subordinazione. Ma non sembra si possa negare natura subordinata al contratto di lavoro disciplinato agli artt. 20 e ss. D. lgs. n. 276/2003 (peraltro confermata dallo stesso decreto n. 276 all'art. 22)[22].

Del resto, neppure le sentenze della Corte costituzionale dei primi anni '90[23], da cui alcuni hanno ritenuto di dedurre un principio costituzionale che nega la disponibilità del tipo lavoro subordinato, sembrano fornire indicazioni preclusive circa la compatibilità con principi costituzionali in materia di lavoro subordinato di una prestazione di lavoro basata sulla dissociazione tra titolarità del contratto di lavoro e utilizzazione della prestazione[24]. L'art. 2094 c.c. non assurge al rango di norma costituzionale, né vi sono indicazioni nella Carta costituzionale circa il modello di lavoro subordinato cui il legislatore sarebbe chiamato ad ispirarsi[25].

Al contrario, la moltiplicazione delle forme di lavoro ad opera del legislatore dell'ultimo decennio ha prodotto il risultato di stemperare la centralità dell'art. 2094 c.c., che delinea, oggi, soltanto una delle modalità di utilizzazione del lavoro: a partire dal 1997, ma ancora più dopo il

[21] Sul punto v. anche efficacemente P. Bellocchi, *Interposizione e subordinazione,* in *Arg. dir. lav.,* 2001, p. 125 ss.

[22] In proposito V. Speziale, *Condizioni di liceità – Commento all'art. 20 del lgs. n. 276/2003,* in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali,* a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Cedam, Padova, 2004, p. 287, secondo il quale la somministrazione di lavoro costituisce un nuovo tipo legale, in cui la natura subordinata o meno del rapporto di lavoro tra lavoratore e agenzia deve essere risolta in base all'art. 2094 c.c.

[23] Cfr. Corte Cost. 29 marzo 1993, n. 121, in *Foro it,* 1993, I, c. 2432 ss; Corte Cost. 23-31 marzo 1994, n. 115, in *Arg. dir. lav.,* 1995, p. 297 ss.

[24] Cfr. in questo senso, Cfr. Pedrazzoli, *Dai lavori autonomi ai lavori subordinati,* relazione al convegno AIDLASS "Impresa e nuovi modi di organizzazione del lavoro", (Salerno, 22-23 maggio 1998), in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 547 ss.

[25] Su questo dibattito cfr. soprattutto L. Montuschi, *Il contratto di lavoro fra pregiudizio ed orgoglio giuslavoristico*, in *Lav. dir.,* 1993, p. 21 ss.; M. D'Antona, *Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro,* in *Arg. dir. lav.,* 1995, p. 63 ss.; R. Scognamiglio, *La disponibilità del rapporto di lavoro subordinato,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2001, I, p. 95 ss.

2003 è possibile per un'impresa procacciarsi la forza lavoro non solo attraverso un contratto di lavoro ma anche mediante un contratto di somministrazione[26]. Ciò significa che l'art. 2094 c.c. è una delle alternative per procurarsi il lavoro, ma non l'unica[27].

Ed è proprio sotto questo profilo che la riforma del 2003 sembrava aver scardinato alcuni capisaldi della disciplina del decentramento produttivo. E ciò non tanto a seguito della formale abrogazione della legge del '60 (è stato infatti correttamente messo in luce come il nuovo apparato sanzionatorio conduce a risultati nella sostanza identici a quelli cui si giungeva in base al sistema precedente), quanto piuttosto, a seguito dell'introduzione della somministrazione a tempo indeterminato, che autorizzava la stipulazione di un contratto di lavoro da utilizzarsi stabilmente nell'organizzazione di chi non era titolare del contratto.

Oggi, però, la legge 247/2007 ha nuovamente dichiarato l'illegittimità della somministrazione a tempo indeterminato (art. 1, comma 46, l. 24 dicembre 2007, n. 247). L'ordinamento è, dunque, tornato ad un assetto regolativo simile a quello precedente alla riforma del 2003, dove l'operatività del divieto di fornitura di manodopera oltre i casi autorizzati dalla legge non poteva essere revocato in dubbio.

## 4. *La svolta rimediale della riforma del 2003: dalla ricerca del "vero" datore di lavoro alla condivisione delle responsabilità datoriali*

Di fronte ad una fattispecie di somministrazione che appare ancora percossa da scosse di assestamento non sembra possibile pervenire a valutazioni stabili sulla permanenza nell'ordinamento di un principio generale che vieta l'interposizione nelle prestazioni di lavoro. È preferibile, allora, valutare la portata della nuova nozione di appalto sul piano delle tecniche di tutela messe in campo dal legislatore.

Il quadro di riferimento delle tecniche di tutela in vigore prima della riforma del 2003 era incentrato sulla connessione tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Infatti, il cuore dell'apparato rimediale della legge del 1960 era costituito dal combinato disposto dei commi 3

[26] In questo senso anche A. Maresca, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Milano, Università Bocconi, 15 ottobre 2007.

[27] Per una sintesi sul dibattito sull'articolazione della fattispecie lavoro subordinato cfr. di recente V. Speziale, *L'articolazione della fattispecie,* in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, *Il lavoro subordinato,* a cura di F. Carinci, Tomo II, *Il rapporto individuale di lavoro: costituzione e svolgimento* (coordinato da A. Perulli), p. 115 ss.

e 5 dell'art. 1, e consisteva nella saldatura del rapporto di lavoro all'organizzazione dei mezzi produttivi. Il lavoratore veniva tutelato dai rischi insiti nelle operazioni di decentramento produttivo grazie al principio che identificava il datore di lavoro in chi presentava la maggiore affidabilità economica: colui che, secondo i modelli produttivi dell'epoca, aveva la proprietà dei mezzi di produzione[28].

Infatti, nel sistema economico che faceva da sfondo alla legislazione del '60, la capacità produttiva di un'impresa era garantita dagli strumenti e dalle attrezzature di cui l'imprenditore era dotato: di conseguenza, erano questi i dati che consentivano di apprezzare la soglia di imprenditorialità dell'interposto.

Ampie e complesse sono le ragioni che hanno determinato il declino di effettività di questo sistema rimediale, la cui trasformazione è stata sancita dall'evoluzione giurisprudenziale, prima, e, poi, dall'intervento del legislatore. Il concetto di organizzazione determinante la soglia di imprenditorialità dell'interposto è stato progressivamente riformulato e "alleggerito" del riferimento ai capitali materiali. Contestualmente, il meccanismo presuntivo che valorizzava la proprietà dei capitali, delle macchine e delle attrezzature impiegate nell'appalto è stato svuotato di contenuto, inizialmente con l'intervento delle Sezioni Unite del '90, poi con il d. lgs. n. 276/2003, che non ha riprodotto, tra i principi della legge abrogata, questa presunzione.

Ma il legislatore del 2003 non si è limitato a riformulare le precedenti tecniche di tutela in chiave "leggera", valorizzando, cioè, gli aspetti immateriali del capitale dell'impresa. La riforma del 2003 ha anche messo in campo un nuovo sistema di rimedi, incentrato non più sulla saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva, quanto piuttosto sull'affiancamento di entrambi gli imprenditori coinvolti nel decentramento rispetto ad obblighi e responsabilità del datore di lavoro. Da un modello di tutela "accentrato" sull'impresa che risultava essere la *vera* datrice di lavoro si è passati ad un modello di tutela basato sulle responsabilità congiunte di più imprese.

Il d. lgs. n. 276/2003 ha incentrato le tutele del lavoratore negli appalti sulla tecnica della responsabilità solidale, prevista in capo ad appaltatore e committente per i trattamenti retributivi e contributivi (art. 29, 2° comma d. lgs. n. 276/2003, che nella formulazione originaria limitava la tutela nel tempo ad un anno dalla cessazione dell'appalto, limite

[28] Sul punto sia consentito rinviare a L. Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro,* Padova, 2004, p. 51 ss.

che è stato esteso a due anni dalla legge finanziaria per il 2007, l. 27 dicembre 2007, n. 296, art. 1, comma 911).

Rispetto all'apparato rimediale contenuto nell'art. 3 l. n. 1369/1960, che, com'è noto, prevedeva, per gli appalti da eseguirsi all'interno delle aziende la regola della responsabilità solidale affiancata dalla parità di trattamento[29], l'opzione del legislatore del 2003 risulta più ristretta quanto al contenuto delle tutele, più ampia quanto al campo di applicazione delle stesse. Non è più previsto, per gli appalti, alcun obbligo di parificazione dei trattamenti tra dipendenti dell'appaltatore e del committente, il che significa che l'appaltatore può applicare il contratto collettivo del proprio settore economico, senza confrontarsi con la contrattazione collettiva applicabile all'impresa committente. Ma la nuova disciplina si differenzia dalla precedente anche per il contenuto dell'obbligazione solidale: mentre ai sensi dell'art. 3 l. n. 1369/1960, l'obbligazione solidale si estendeva anche al trattamento normativo, nella disciplina introdotta all'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, l'obbligazione solidale si limita ai trattamenti retributivi e contributivi[30]. Ciò non singifica, tuttavia, che la tutela accordata dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 si riduca ad una semplice azione diretta, che, peraltro, nei limiti dell'ammontare del debito del committente, è già prevista in via generale dall'art. 1676 c.c.. In proposito, si può anche ricordare che sulla prima versione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003 è intervenuto il decreto legislativo correttivo n. 251/2004, eliminando alcune incongruenze del sistema, come la distinzione tra appalti di opere e di servizi e la limitazione della responsabilità solidale al solo ambito dell'azione diretta ex art. 1676 c.c. nei casi di contratto di appalto preceduto da un trasferimento di ramo d'azienda.

Ma il cambiamento più significativo riguarda i destinatari della tutela. Dopo l'intervento del decreto correttivo del 2004, il campo di applicazione dell'art. 29, d. lgs. n. 276/2003, si estende a tutti gli appalti, di opere o servizi, senza distinzione circa il carattere di introaziendalità dell'appalto.

La regola della responsabilità solidale diviene dunque il paradigma generale per tutelare il lavoratore coinvolto nelle operazioni di decentramento produttivo.

La generalizzazione del modello basato sulla responsabilità solida-

[29] Su cui cfr. per tutti L. Guaglione, *La disciplina degli appalti "introaziendali" e il contenuto dell'obbligazione solidale*, in Mazzotta (a cura di), *Nuove tecnologie e rapporti fra imprese*, Milano, 1990, p. 121 ss.

[30] Cfr. F. Scarpelli, *Art. 29. Appalto*, in *La riforma del mercato del lavoro e i nuovi modelli contrattuali, Commentario al decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276,* a cura di E. Gragnoli, A. Perulli, Padova, 2004, p. 438.

le appare, poi, ulteriormente confermata dalle più recenti riforme sul punto, intervenute negli anni 2006 e 2007.

Sotto un primo profilo, il regime delle responsabilità solidali che circondano l'appalto è stato rafforzato mediante l'intervento sulla norma che sancisce la solidarietà per i crediti retributivi e contributivi: con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223 la responsabilità solidale è stata estesa all'effettuazione e al versamento delle ritenute fiscale sui redditi di lavoro dipendente, anche per le ipotesi di subappalto. La legge 27 dicembre 2007, n. 296, invece, oltre ad avere esteso, come si è detto, a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, d. lgs .n 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva ed ha equiparato del tutto l'appalto al subappalto.

Sotto un secondo profilo, l'ambito delle responsabilità congiunte dei due imprenditori coinvolti negli appalti è stato notevolmente rafforzato sul versante della sicurezza sul lavoro. In proposito, si è finalmente preso atto della necessità di modificare le tutele prevenzionistiche, spostando il sistema normativo da una prospettiva strettamente sanzionatorio - repressiva ad una prospettiva "incentivante". La legge n. 296/2006 e la legge n. 3 agosto 2007, n. 123 hanno infatti ampliato gli obblighi di prevenzione del committente che all'interno della propria azienda abbia affidato lavori in appalto, coinvolgendo quest'ultimo nel sistema di responsabilità, secondo lo schema che oggi è riassunto dall'art. 26 d. lgs. n. 81/2008 (il c.d. Testo Unico in materia di sicurezza sul lavoro)[31].

Anche se, successivamente, il d. l. 3 giugno 2008, n. 97 ha introdotto alcune abrogazioni e semplificazioni, l'assetto delle tecniche di tutela che circondano il "nuovo" appalto appare radicalmente cambiato: sono diversi gli strumenti predisposti dal legislatore di fronte al rischio che all'appalto consegua una situazione di sottotutela dei lavoratori coinvolti.

Nel "vecchio" apparato rimediale, la garanzia per il lavoratore avverso questo tipo di rischio era rappresentata dal meccanismo che consentiva di "ricucire" il rapporto di lavoro con quell'imprenditore che appariva dotato della maggiore consistenza economica, perché era in possesso dei mezzi di produzione necessari alla realizzazione dell'attività economica (industriale). Il "nuovo" sistema incentra invece il proprio potenziale di efficacia sulla sanzione indiretta della responsabilità solida-

[31] Cfr. V. Speziale, *La legge delega sul Testo Unico sulla sicurezza del lavoro e le altre disposizioni in materia,* in A. Perulli, (a cura di), *Le riforme del lavoro. Dalla legge finanziaria 2007 al Protocollo sul Welfare,* Halley editrice, 2007, p. 175 ss. P. Tullini, *Sicurezza e regolarità del lavoro negli appalti*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2007, p. 890 ss.; V. Pasquarella, *Appalto e sicurezza sul lavoro: tutele legislative e rimedi giurisdizionali,* in *Riv gir. Lav.*, 2007, supplemento al n. 2, p. 87 ss.

le: il vincolo di solidarietà condurrà l'impresa a scegliere, nella ricerca dei soggetti cui affidare i lavori in appalto, interlocutori economicamente affidabili. È verosimile, infatti, che il committente responsabile in solido cerchi partners contrattuali dotati di una certa solidità e che offrono sufficienti garanzie rispetto all'adempimento degli obblighi retributivi e contributivi a loro carico[32].

La tecnica di tutela messa in campo dal legislatore sembra, dunque, operare sul piano degli incentivi: essa non preclude ex ante una data situazione di fatto, ma agisce ex post ed orienta così le scelte imprenditoriali[33].

## 5. *L'intervento delle Sezioni Unite del 2006: una battuta di arresto per la prospettiva delle responsabilità congiunte?*

È a fronte di un cambiamento di tale portata dell'assetto normativo che deve essere collocato – e ridimensionato – il recente intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione sul tema della distribuzione delle responsabilità tra committente e interposto in caso di violazione dell'art. 1, l. n. 1369/1960[34].

La Corte di Cassazione ha di recente risolto la questione delle responsabilità che, in caso di appalto di mera manodopera, gravano sull'interposto. La legge n. 1369/1960 nulla diceva, invero, sul coinvolgimento dell'interposto nelle responsabilità datoriali, che venivano, dall'art. 1, comma 5, espressamente poste a carico del committente. Orbene, con questo intervento a Sezioni Unite, la Corte scioglie ogni dubbio sulla permanenza di eventuali obblighi a carico dell'appaltatore-interposto, che risulta, a questo punto, liberato da ogni eventuale responsabilità concorrente[35].

Il ragionamento della Cassazione si basa, oltre che sul tenore letterale della norma – che nulla dice rispetto al coinvolgimento dell'interposto negli obblighi datoriali – su considerazioni di carattere sistematico.

[32] Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro,* cit., p. 217 ss.; sul punto v. anche R. Del Punta, *Le nuove regole dell'outsourcing,* in *Dir. Rel. Ind.,* 2004, p. ; V. Speziale, *Le esternalizzazioni dei processi produttivi dopo il d. lgs. n. 276 del 2003,* in *Riv. Giur. Lav.,* 2006, p. 3 ss.

[33] Cfr. O. Willliamson, *I meccanismi del governo,* Milano, 1995.

[34] Cfr. Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, in *ADL,* 2007, p. 1011, con nota di M.T. Carinci.

[35] La dottrina maggioritaria negava la permanenza di una responsabilità in capo all'interposto, v. per tutti M. T. Carinci, *La fornitura di lavoro altrui,* cit., p. 148 ss. Merita segnalazione quella dottrina che ha ritenuto configurabile una responsabilità extracontrattuale del committente per lesione del credito, cfr. Mazzotta, *Rapporti interpositori e contratto di lavoro,* cit., p. 355 ss.; G. De Simone, *Titolarità dei rapporti lavoro,* Milano, 1995, p. 108 ss.

Si afferma, in primo luogo, che con la sanzione prevista al comma 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 il legislatore ha voluto dar seguito a quella corrente di pensiero che svaluta il ruolo del contratto individuale di lavoro – o meglio del documento contrattuale – a favore di ciò che si è effettivamente prodotto nella realtà, l'effettiva utilizzazione della prestazione da parte del committente. A ciò consegue l'attribuzione di tutti gli obblighi e responsabilità a carico del datore di lavoro.

A questo principio fa da corollario l'oggettività del divieto di interposizione, che opera a prescindere da qualsiasi indagine sull'intento fraudolento delle parti, nonchè la permanenza nel tempo del divieto, a prescindere dal momento in cui si verifica l'effettiva utilizzazione (la sanzione prevista per l'interposizione scatta, infatti, anche se il divieto risulta violato in un momento successivo all'instaurarsi, ad esempio, di un'ipotesi di distacco).

Con diversi argomenti, poi, la Cassazione rigetta ogni ragione addotta in precedenza da giurisprudenza e dottrina per affermare una responsabilità solidale tra interponente e interposto. E riafferma la regola per cui il datore di lavoro è, ed è solo, colui che utilizza le prestazioni impiegando una propria organizzazione di mezzi nell'appalto ed assumendosi per far ciò il rischio economico d'impresa.

Quale significato deve attribuirsi a tale decisione ai fini del nostro quesito? Il principio affermato dalla Corte concorre a determinare la nuova nozione di appalto?

Anzitutto, è bene chiarire che il ragionamento delle Sezioni Unite si dipana sulla matassa del complesso normativo forgiato dalla l. n. 1369/1960. Sono, infatti, le prestazioni di lavoro cui si riferiscono i primi tre commi dell'art. 1, l. n. 1369/1960 ad essere oggetto del giudizio di Cassazione. Ciò non significa che i principi di diritto affermati nella sentenza non debbano valere anche per disciplinare le situazioni di appalto illecito o somministrazione irregolare oggi disciplinati dal d. lgs n. 1369/1960 – rispetto alle quali, peraltro, il problema non dovrebbe porsi in virtù dell'art. 27, comma 2, d. lgs. n. 276/2003 -, irrilevanza che viene espressamente esclusa dalla Cassazione stessa. Ma la genesi del percorso argomentativo della Corte deve mettere in guardia dall'utilizzare l'intervento nomofilattico compiuto con la sentenza n. 22910/2006 quale chiave di lettura dell'intero apparato rimediale del decentramento produttivo o quale regola generale di un presunto ordinamento giuslavoristico[36].

[36] In questo senso cfr. M. T. Carinci, *L'unicità del datore di lavoro,* cit., p. 1019 ss.

La sentenza della Cassazione non fa altro che chiarire il meccanismo fondante della tecnica di tutela su cui si era incentrato l'intero apparato rimediale della l. n. 1369/1960: la saldatura tra rapporto di lavoro e organizzazione produttiva. Tale tecnica, la cui prospettiva teleologica è stata illustrata nelle pagine che precedono, ruotava tutta attorno all'accentramento di obblighi e responsabilità in capo al vero datore di lavoro. Era, e resta, a parere della Corte, irrilevante, in un tale meccanismo, coinvolgere l'interposto nel sistema di distribuzione delle responsabilità: in un contesto di decentramento patologico, dall'interposto non ci aspettava – e non ci si aspetta - alcun surplus di garanzia.

Ora, è vero che, come afferma espressamente la Cassazione in questa sentenza, una tale tecnica di tutela resta pienamente in vigore a sanzione delle ipotesi di somministrazione di lavoro irregolare. Tuttavia, questa tecnica non assume più il ruolo centrale che aveva nell'apparato normativo del 1960. E ciò non solo perché il legislatore del 2003 ha regolato l'impiego del lavoro in appalto non più con il vecchio art. 3, l. n. 1369/1960 – che era risultato, in pratica, inapplicabile –, ma con il più snello e chiaro principio di responsabilità solidale previsto dall'art. 29 d. lgs. n. 276/2003 e di recente ulteriormente rafforzato. Ma, soprattutto perché, alla luce della nuova definizione dell'appalto, e della riformulazione dei confini tra appalto e interposizione, il concetto di organizzazione da impiegare nel contratto, e qualificante, in sintesi, la genuinità dell'imprenditore interposto, risulta totalmente alleggerito da ogni riferimento ai beni materiali. Da un tale alleggerimento deriverà, perciò, la qualificazione nell'ambito degli appalti genuini di molte fattispecie concrete in cui l'appaltatore avrà impiegato, per l'esecuzione dell'opera o del servizio, solamente l'esercizio dei poteri datoriali, dei poteri che consentono, cioè, di organizzare e dirigere le prestazioni di lavoro[37].

È possibile allora comprendere appieno l'impatto sistematico del nuovo sistema rimediale: la tecnica della responsabilità solidale, quale tecnica regolativa degli appalti genuini, si applica, alla luce della nuova nozione di appalto, a numerosi appalti di servizi nei quali sarà, di fatto, privo di rilievo accertare la consistenza organizzativa dell'interposto.

Nulla di nuovo, dunque, sul fronte della tecnica prevista per la somministrazione irregolare, la cui essenza può cogliersi nell'accentramento delle responsabilità datoriali in capo al committente. Profondamente

[37] Della progressiva perdita di peso della tecnica in questione è un segno il rilievo che una certa dottrina ha ritenuto di attribuire al potere direttivo, v. R. De Luca Tamajo, *Profili di rilevanza del potere direttivo del datore di lavoro,* in *Arg. Dir. Lav.,* 2005, p. 467 ss.

modificati appaiono, invece, gli equilibri del sistema rimediale del decentramento produttivo.

### 6. *L'impatto sistematico della nuova disciplina dell'appalto: verso un diverso concetto di datore di lavoro*

Giunti a questo punto, chiedersi se il divieto di interposizione nelle prestazioni di lavoro costituisca ancora regola generale dell'ordinamento perde di significato. Non vi è dubbio che la tecnica dell'imputazione del rapporto di lavoro a chi ne ha effettivamente utilizzato le prestazioni è sopravvissuta alla riforma del 2003 e si applica nelle ipotesi in cui si ponga in essere una somministrazione di lavoro al di fuori delle regole indicate agli artt. 20 e ss. d. lgs. n. 276/2003. Questo sistema è però profondamente cambiato: alla tecnica di tutela che si riassume nel divieto di interposizione si aggiunge oggi un variegato sistema di rimedi, in cui appaltatore e committente si affiancano per garantire il lavoratore di fronte ai rischi di sottotutela rappresentati dalla frammentazione delle attività imprenditoriali.

Il quesito allora non è più tanto se sia rinvenibile, nel nuovo panorama normativo, una diversa nozione di appalto, quanto, piuttosto, se la riforma della disciplina del decentramento produttivo non abbia prodotto un più profondo impatto sistematico, incidendo sullo stesso concetto di datore di lavoro[38].

A fronte dello slittamento dell'apparato rimediale da un sistema imperniato sull'accentramento delle responsabilità in capo al vero datore di lavoro ad un sistema incentrato sulla responsabilità solidale delle imprese coinvolte nell'operazione di decentramento, anche gli elementi fondanti del concetto di datore di lavoro, in gran parte tributari dell'elaborazione teorica sorta intorno al primo dei sistemi di tutela menzionati[39], richiedono un ripensamento. La nozione di datore di lavoro che si riteneva acquisita al patrimonio teorico del giuslavorista veniva ricostruita, in assenza di chiare indicazioni normative, attorno al principio per cui

[38] Alla figura del datore di lavoro è stato dedicato il convegno Aidlass "In ricordo di Massimo D'Antona. Dieci anni dopo. La figura del datore di lavoro – articolazione e trasformazioni", Catania, 21-23 maggio 2009. Sull'impatto della nuova disciplina del decentramento produttivo sul concetto di datore di lavoro cfr. soprattutto le relazioni di V. Speziale, *Il datore di lavoro nell'impresa integrata* e M. Barbera, *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto,* in corso di pubblicazione negli atti del convegno.

[39] Per questa prospettiva cfr. soprattutto M. Grandi, voce *Modificazioni aziendali del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Treccani*, p. 4.

l'imputazione del rapporto di lavoro seguiva l'effettiva utilizzazione della prestazione: il rimedio risultante dal combinato disposto dei commi 1 e 5 dell'art. 1, l. n. 1369/1960 consentiva all'interprete di riempire di "contenuto sostanziale" il concetto di datore di lavoro che la titolarità del contratto definiva su di un piano meramente formale[40].

Nella nuova disciplina del decentramento produttivo, il principio della necessaria coincidenza tra titolarità formale e titolarità sostanziale del rapporto di lavoro sembra svaporare, a favore di un principio che afferma la distribuzione delle responsabilità tra i diversi attori dell'operazione di decentramento. Un tale slittamento non consegue, però, all'abrogazione del divieto di interposizione, che, come risulta efficacemente riaffermato dalla Corte di Cassazione, sopravvive alla riforma introdotta con il d. lgs n. 276/2003[41]. Esso risulta, piuttosto, dal diverso equilibrio tra le tecniche di tutela messe in campo dal legislatore: se la tecnica di tutela fondata sull'accentramento delle responsabilità in capo al committente viene a svolgere un ruolo residuale del sistema rimediale del decentramento produttivo, sarà parimenti arduo trarne indicazioni di carattere sistematico sul concetto di datore di lavoro accolto dall'ordinamento[42].

Negli anni 2006 e 2007 sono state apportate, poi, una serie di riforme da cui risulta un ulteriore ampliamento dell'area della responsabilità solidale, anche se l'effetto delle stesse è stato in parte ridimensionato dal successivo d.l. 3 giugno 2008, n. 97[43]. Il risultato di questa recente fase di riforme è ricostruibile in base alla regola introdotta dalla legge 27 dicembre 2007, n. 296, che, oltre ad avere esteso a due anni il limite temporale della responsabilità solidale prevista dall'art. 29, d. lgs .n 276/2003, ha eliminato la possibilità di derogarvi tramite la contrattazione collettiva e ha equiparato l'appalto al subappalto. È sopravissuto, poi, il comma 28, art. 35 l. n. 248/2006 che afferma che "l'appaltatore risponde in solido con il subappaltatore della effettuazione e del versamento delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente e del versamento dei contributi previdenziali e dei contributi assicurativi obbligatori per gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali dei dipendenti a cui è tenuto il subappaltatore".

[40] In questa linea teorica si può collocare anche la prospettiva di MAZZOTTA, *rapporti interpositori e contratto di lavoro,* cit..

[41] Cfr. per tutte Cass. SS.UU. 26 ottobre, 2006, n. 22910, cit.

[42] Sembra di tutt'altro avviso M. T. CARINCI, *Unicità del datore di lavoro,* cit.

[43] Cfr. I. ALVINO, *Il regime delle responsabilità negli appalti,* cit., p. 507 ss.; D. IZZI, *La tutela del lavoro negli appalti,* cit., p, 439 ss.

Di grande rilievo sono, poi, le novità introdotte nel senso di una distribuzione delle responsabilità in materia di sicurezza sul lavoro confluite ora nell'art. 26, d. lgs. n. 81/2008[44].

Anzitutto, la legge Finanziaria 2007 ha esteso l'operatività dell'art. 7, d. lgs. n. 626/1994 agli appalti che afferiscono al ciclo produttivo del committente (si affianca, così, al criterio topografico di identificazione degli appalti interessati dalla tutela, un criterio di tipo funzionale). Ma, ed è questa la novità più significativa, la nuova norma sancisce la responsabilità in solido dell'imprenditore committente per i danni subiti dal lavoratore (sia dipendente dell'appaltatore che del subappaltatore) quando i detti danni non risultino indennizzati dall'Inail. Il c.d. danno differenziale risulta, pertanto, oggetto di responsabilità solidale.

Nella medesima linea si colloca l'obbligo del committente di predisporre un unico documento di valutazione dei rischi, che tenga conto delle interferenze causate dall'interazione dei due complessi organizzativi e l'obbligo di indicare, nei contratti di appalto, subappalto e somministrazione, i costi relativi alla sicurezza sul lavoro.

L'espansione del ruolo del committente rispetto alle responsabilità per la tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori dell'appaltatore ha indotto il legislatore, nell'elaborare il Testo unico sulla sicurezza sul lavoro, a dedicare agli obblighi del datore di lavoro connessi ai contratti d'appalto o d'opera o di somministrazione un apposito articolo (art. 26, d. lgs. n. 81/2008).

Alla luce delle più recenti riforme, si può dire, allora, con più decisione che nella determinazione del concetto di datore di lavoro l'enfasi si sposta dalla centralità dell'utilizzazione del lavoro alla valorizzazione della condivisione delle responsabilità: alla luce delle riforme dell'ultimo biennio, infatti, l'ordinamento sembra avviato in via definitiva verso questa nuova prospettiva.

È possibile, caso mai, rilevare alcune lacune che il nuovo sistema non pare avere ancora colmato.

Anzitutto, la scelta compiuta a partire dal 2003 appare quella di potenziale la tutela dei lavoratori coinvolti negli appalti a prescindere dal grado di integrazione contrattuale tra le imprese protagoniste dell'operazione di decentramento produttivo. Questa opzione, che con ogni probabilità trova la sua spiegazione nelle difficoltà applicative incontrate in precedenza dall'art. 3, l. n. 1369/1960, il quale limitava la tutela ai soli

[44] Su cui v. per tutti Speziale, *La legge delega sul Testo Unico,* cit., p. 175 ss.

appalti interni all'azienda[45], non consente tuttavia di graduare le tutele in relazione agli effettivi pregiudizi che possano riversarsi sul rapporto di lavoro. Non vi è dubbio che dall'applicazione generalizzata del principio di responsabilità solidale deriva il vantaggio di una diffusione del meccanismo di incentivo sotteso alla tecnica in questione: il che dovrebbe comportare un mutamento "culturale" nei rapporti tra le imprese, finalmente responsabilizzate reciprocamente rispetto a buone pratiche di tutela del lavoro. Una tale generalizzazione non consente, tuttavia, di imporre tutele più stringenti per quelle situazioni in cui tra le imprese protagoniste del decentramento si creino situazioni al limite della fisiologia (si pensi, a solo titolo di esempio, al caso di imprese appaltatrici che operino in regime di monocommittenza, o al caso, che si è affacciato anche nelle aule di giustizia, di imprese costituite appositamente al seguito di un'operazione di esternalizzazione, il cui capitale umano risulta dal passaggio di dipendenti, ai sensi dell'art. 2112 c.c., dal committente, al futuro appaltatore).

Un secondo limite che può individuarsi nella recente linea di riforma attiene all'obliterazione del profilo collettivo quale prospettiva di tutela degli appalti[46].

Le difficoltà incontrate dalla contrattazione collettiva nella disciplina delle nuove forme del decentramento produttivo sono note[47]. A parte l'esperienza della costruzione di un'area contrattuale comune, che tuttavia a quanto pare fatica a diffondersi in settori merceologici diversi da quello bancario, le tecniche di controllo del decentramento produttivo di matrice contrattuale sono risultate, per lo più, inefficaci.

Le nuove forme di decentramento produttivo riproducono, anche sul versante collettivo, un gioco di specchi[48], che rende difficilissimo esercitare l'attività sindacale nei luoghi di lavoro e mette in crisi alcune nozioni tipiche delle relazioni industriali, come il concetto di categoria merceologica, su cui si è sviluppata storicamente la nostra contrattazione col-

[45] Per maggiori approfondimenti sul dibattito si rinvia a L. Corazza, *Appalti «interni» all'azienda: inadeguatezza del criterio topografico alla luce delle tecniche di esternalizzazione dell'impresa*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, p. 848 ss.

[46] V. anche Scarpelli, relazione al convegno "La nuova nozione di appalto", Università Bocconi, Milano, 15 ottobre 2007.

[47] Cfr. 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. 298 ss.; F. Lunardon, *Contrattazione collettiva e governo del decentramento produttivo,* in *Riv. it. dir. lav.,* 2004, I, p. 213 ss.

[48] Sul punto cfr. l'acutissima analisi di G. Vardaro, *Prima e dopo la persona giuridica. Sindacati, imprese di gruppo e relazioni industriali,* in *Dir. lav. rel. ind.,* 1988, p. 203 ss.

lettiva di livello nazionale. È probabile che un effettivo ruolo della contrattazione collettiva nel governo del decentramento produttivo possa giocarsi solo una volta individuate nuove forme di partecipazione sindacale. Ma la concreta individuazione di tali forme nuove, nonostante la generalizzazione degli obblighi di informazione e consultazione sindacale compiuta dal d. lgs. n. 25/2007 per le ipotesi di mutamenti degli assetti organizzativi dell'impresa[49], appare affidata, per ora, al futuro delle relazioni industriali.

[49] Il d. lgs n. 25/2007, nel dare attuazione alla direttiva quadro in tema di informazione e consultazione dei lavoratori (Direttiva 2002/74/CE), introduce senza dubbio una interessante prospettiva di partecipazione dei lavoratori, se pure nella forma debole, rispetto alle decisioni imprenditoriali che possono incidere sull'organizzazione d'impresa, ivi incluse le operazioni di esternalizzazione. Tuttavia, la debolezza del sistema rimediale che assiste gli obblighi in questione rende deboli le prospettive di efficacia del sistema. Per maggiori approfondimenti su questa prospettiva si rinvia a L. Corazza, *Il coinvolgimento dei lavoratori nella* governance *dell'impresa e i nuovi diritti di informazione e consultazione sindacale. Prime note sul d. lgs. n. 25 del 2007"*, in *Annali del Dipartimento di scienze giuridico sociali e dell'amministrazione, Università degli studi del Molise,* n. 9/2007, pp. 249-266.

ROCCO FAVALE

# Il metodo comparativo nel diritto civile: l'insegnamento di Otto Sandrock

Nell'*incipit* del suo studio metodologico[1], Otto Sandrock sottolinea che la maggior parte delle monografie civilistiche tedesche possiede una robusta "quota comparatistica". A distanza di qualche anno un'analoga costatazione potrebbe farsi anche per il nostro paese.

Anche se si volesse prescindere dal doveroso inserimento in un contesto piú ampio[2], non può negarsi che pure in Italia numerose monografie dei tempi recenti seguono nella struttura un itinerario di ricerca comparatistica o, almeno, particolarmente sensibile ai diritti stranieri dal forte *appeal*.

Questa considerazione può estendersi ormai anche alla giurisprudenza, rilevando, con una certa sorpresa, che una apertura verso istituti stranieri, anche privi di base strettamente legislativa, è molto piú forte nei gradi superiori che non in quelli inferiori[3].

Se ciò è vero, ci si deve chiedere di conseguenza se siffatte monografie entrino immediatamente nella letteratura di stampo comparatistico e quindi se l'autore delle stesse da civilista si trasformi in comparatista. Leontin-Jean Constantinesco, nel suo famoso volume del Trattato di diritto comparato dedicato al metodo comparativo, non si sottrae dal rispondere alla domanda[4]. Le mere informazioni concernenti esperienze straniere possiedono «una funzione piú illustrativa che esplicativa»[5]. Il

[1] O. SANDROCK, *Significato e metodo del diritto civile comparato*, trad. it. di L. ARESTA e a cura di R. FAVALE, Napoli, 2009. Com'è noto in Germania per acquisire la libera docenza è necessario concludere un lavoro monografico e tenere una lezione. Questo lavoro costituisce il risultato del seminario tenuto dall'Autore per l'abilitazione alla libera docenza.

[2] Ad esempio si potrebbero considerare i continui sforzi compiuti dagli studiosi per la costruzione di un diritto comune europeo.

[3] Soltanto per alcuni esempi possono richiamarsi le decisioni della S. Corte sul contratto con effetti protettivi per i terzi (Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1994, I, p. 690 ss.), sulla responsabilità civile del professionista edile (Cass., Sez. un., 28 luglio 2005, n. 15781, in *Giur. it.*, 2006, p. 1380 ss., dove v'è un rapido ma puntuale affaccio comparatistico ai modelli europei).

[4] L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, ed. it. di A. Procida Mirabelli di Lauro, Torino, 2000, p. 11 ss.

[5] L.-J. CONSTANTINESCO, *Il metodo comparativo*, cit., p. 12. Per una valutazione positiva di queste fugaci informazioni occasionali su diritti e problemi stranieri v. B. AUBIN e

civilista, dunque, non si trasforma in comparatista, ma le sue "incursioni" nei diritti stranieri gli consentono di "misurare" e altresí di essere confortato nelle soluzioni preferite e difese nell'ambito dello studio di un certo tema[6].

Il giudizio un po' troppo severo di Lord Bowen[7] sui comparatisti espresso negli anni a finire dell'Ottocento sembra ormai ampiamente superato; figlio naturale di un mondo tolemaico avente come nucleo il diritto nazionale che tollera a malapena uno sguardo indiscreto negli altri diritti.

Lo sviluppo crescente dell'interesse verso ordinamenti altri trascina con se inesorabilmente il dilemma sulle funzioni e sul metodo comparativo nell'orbita del diritto civile. Non sono soltanto gli obiettivi (*Ziele*) ad orientare Sandrock fra gli itinerari della ricerca ma soprattutto la *Natur der Sache*. Non può passare inosservato che la complessità della materia del diritto civile ha influenzato fortemente i compiti assegnati al diritto comparato, spingendo i comparatisti verso un ventaglio variegato di classificazioni che non possono sempre trovare un consenso unanime[8].

Ciò non ha scoraggiato il nostro Autore dall'individuare tre aree di comparazione nel diritto civile, ognuna delle quali caratterizzata da propri compiti e da scopi e metodi autonomi.

K. Zweigert, *Rechtsvergleichung im deutschen Hochschulunterricht. Eine Bestandsaufnahme und Reformvorschläge*, Tübingen, 1952, p. 54; A.T. von Mehren, *Roscoe Pound and Comparative Law*, in *Harv. L. R.*, 78, 1964, p. 1590.

[6] Anche andando indietro nel tempo è molto frequente costatare la sensibilità comparatistica dei civilisti. Soltanto due esempi: G. Venezian, *Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in *Opere giuridiche di Giacomo Venezian*, I, *Studi sulle obbligazioni*, Roma, 1919, p. 1 s., ove, all'esordio del contributo dedicato al binomio diritto e torto, fa uno schizzo dei modelli di diritto romano e di diritto anglo-americano ribadendo che «soltanto il confronto dà la conoscenza» mentre «chi conosce soltanto un diritto […] non ne conosce nessuno»; E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano*, I, *Parte generale*, 3ª ed., Napoli, 1909, p. 7 ss., nella cui corposa Prefazione vi sono continuamente preziosi riferimenti ai modelli europei al fine di conferire la giusta dimensione di alcuni nostri istituti giuridici.

[7] Secondo il quale gli studiosi del diritto comparato sono «persone che conoscono un pochino tutti gli ordinamenti del pianeta, ma che soprattutto non conoscono il proprio» (cit. da H.C. Gutteridge, *Droit comparé*, Paris, 1953, p. 43).

[8] Ancora utile per un chiaro sguardo sui compiti del diritto comparato è il contributo di W. Erbe, *Der Gegenstand der Rechtsvergleichung*, in *RabelsZ*, 14, 1942, p. 196 ss.; piú di recente H. Kötz, *Compiti antichi e nuovi del diritto comparato*, in *Annuario di diritto tedesco* 2001 a cura di S. Patti, Milano, 2002, p. 3 ss.; Hans Stoll, *La rilevanza normativa della comparazione in un sistema privatistico codificato*, in *Annuario di diritto tedesco,* 2004, a cura di S. Patti, Milano, 2006, p. 19 ss.

Sandrock individua, in primo luogo, il diritto comparato speculativo (*spekulative Rechtsvergleichung*) intimamente legato al sostrato di un sistema giuridico-filosofico.

In secondo luogo, la *zivilistische Rechtsvergleichung* costituisce la branca del diritto comparato applicato (*angewandte Rechtsvergleichung*) allorquando è diretta a servire altra autonoma disciplina giuridica (come il diritto internazionale privato e pubblico, ovvero lo stesso diritto civile in funzione di un determinato scopo concreto, quale la politica del diritto civile o il diritto civile uniforme).

Infine, la comparazione può essere utilizzata nel complesso procedimento della individuazione e dello sviluppo giudiziale del diritto civile: il metodo comparativo si adegua nella struttura allo scopo del caso singolo mentre quest'ultimo governa le diverse forze per una corretta ed efficace soluzione di un compito concreto. È il c.d. diritto comparato puramente civilistico (*rein zivilistische Rechtsvergleichung*) al quale l'Autore dedica la principale attenzione.

Il metodo comparativo, è stato autorevolmente considerato persino piú efficace del metodo critico-dogmatico, in quanto l'immenso panorama giuridico di studio offre degli stimoli ineguagliabili[9].

Il cuore del contributo offerto in traduzione si fa carico di una questione molto delicata, nel momento in cui vuole individuare in che misura lo sviluppo del diritto privato sia debitore verso il diritto comparato; piú esattamente in quale fase del *zivilistischer Rechtsfindungs-und Fortbildungsprozess* il metodo comparativo può risultare piú efficace.

Innanzitutto Sandrock attribuisce al diritto comparato un importante ruolo nell'ambito della realtà sociale che fa da sostrato effettivo del diritto[10]; gli esempi trattati nell'ambito della concorrenza e del monopolio non lasciano nessun dubbio: il fenomeno sociale costituisce il dato reale che il giurista deve elaborare al fine della corretta applicazione della norma giuridica. E qui il diritto comparato si pone «come consigliere neutrale e insostituibile» per un'analisi ordinata della realtà predata al diritto.

[9] K. Zweigert, *Zur Methode der Rechtsvergleichung*, in *Studium Generale*, 13, 1960, p. 194.

[10] È da precisare che il nostro Autore non evita il dibattito se le fattispecie sociali predate al diritto siano di competenza della scienza giuridica o costituiscano invece un problema di *Rechtstatsachenforschung* o di *Rechtssoziologie* (D.I.3). Indipendentemente dalle soluzioni accolte, questo problema dimostra che il diritto comparato trova numerose assonanze con la sociologia del diritto.

Un problema non meno interessante – e forse il piú impegnativo sotto il profilo metodologico – riguarda il ruolo della comparazione per la costruzione o l'ampliamento dei sistemi teleologici[11], dove in proposito sono stati seguiti due itinerari: l'elaborazione di sistemi astratti sovrastatali scaturenti dallo spazio fra piú ordinamenti orientati a fornire modelli al legislatore o al giudice[12], oppure l'impiego diretto di modelli stranieri per la configurazione di sistemi di diritto interno. La prima strada, seppur battuta da illustri studiosi, non convince il nostro Autore della sua piena efficacia. Ed ecco il secondo percorso: si tratta di ricorrere direttamente ad un sistema straniero avente il medesimo apparato di principi per risolvere questioni di concretizzazione all'interno di un sistema o, piú frequentemente, di delimitazione fra piú sistemi in concorso fra loro.

Contrariamente alla formazione e configurazione dei concetti e al procedimento di sussunzione, la comparazione si rivela efficace nell'orbita del processo tipologico, soprattutto nei casi di tipi non di carattere sovranazionale, bensí di diritto interno, in quanto un modello altro potrebbe suggerire diverse caratteristiche ancora sconosciute, una pluralità di tipi superiori, intermedi o minori contribuendo alla formazione di una nuova catena tipologica.

Uno dei terreni piú proficui è senz'altro quello occupato dalla *funktionale Rechtsvergleichung*, la quale parte non dall'alto, bensí dal basso, dal problema giuridico concreto e dalle soluzioni previste. Per le risposte al problema la verifica in piú ordini giuridici può portare a sviluppare un istituto giuridico unitario o apparentato, o, non infrequentemente, una *einheitliche materiale Lösung* allorquando il problema concreto trovi regola in istituti giuridici diversi.

Il diritto comparato funzionale adempie altresí alla delicata finalità di contribuire al quotidiano sviluppo del diritto interno. Le soluzioni materiali unitarie situate alle spalle delle diverse articolazioni tecnico-giuridiche esistenti nei singoli diritti possiedono una buona "forza interpretativa" per confortare il giudice nella decisione del caso[13].

[11] La tesi dei *teleologische Systeme* è sviluppata nell'ambito del diritto civile da K. Engisch, *Sinn und Tragweite juristischer Systematik*, in *Studium generale*, 10, 1957, p. 177 ss.

[12] È la tesi di J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtquellen und Interpretationslehre*, Tübingen, 1990, 4ª ed., p. 336 ss.

[13] Non convince Sandrock (D.VII.2) invece la finalità della comparazione funzionale diretta a svelare gli «universale Lösungsgrundsätze» ubicati «nello spazio tra una pluralità di ordinamenti giuridici» sostenuta da J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, cit., p. 336 ss.

Dalla interpretazione alla integrazione diretta a colmare una lacuna nel proprio ordinamento il passo è breve. Infatti Sandrock sostiene l'integrazione o mediante la strada della manipolazione e dello sviluppo dei sistemi teleologici oppure attraverso strutture straniere recepite in via di comparazione funzionale, appartenenti a ordinamenti tipologicamente apparentati[14].

Anche se il cuore del contributo riguarda l'ambito del diritto comparato strettamente civilistico, un certo interesse suscitano anche le altre due aree.

La *spekulative Rechtsvergleichung* consente di riflettere intorno alle origini del diritto comparato fra tenaci diffidenze e timidi tentativi metodologici. Da una parte si coglie come il pensiero evolutivo di Hegel sia a fondamento del programma scientifico di Josef Kohler, secondo cui lo sviluppo giuridico dei popoli non è governato da eventi accidentali ma segue un itinerario predeterminato; da un'altra, si rileva l'ostilità del positivismo anche verso l'apporto che poteva essere fornito dalla comparazione, anche nella formazione dei concetti giuridici generali. Fra i tanti, Bierling non lascia alcuno spazio di manovra alla comparazione nel diritto, mentre costituisce un'autentica eccezione Eltzbacher che riconosce al diritto comparato l'importante funzione di edificare la c.d. *allgemeine Rechtswissenschaft*, tappa finale di un procedimento progressivo di astrazione avente quali tappe precedenti l'ordinamento e il sistema giuridico.

Nemmeno le dottrine neokantiane costituiscono un terreno fertile per una moderna concezione del diritto comparato. I miti del *richtiges Recht* e della *Rechtsidee* non hanno bisogno del metodo comparativo e tendono a forme pure di sapere di validità incondizionata. In tanto scetticismo si distingue Max Salomon – secondo Sandrock padre della *funktionale Rechtsvergleichung* – che attribuisce alla comparazione giuridica un ruolo fondamentale nella costruzione del suo sistema giuridico.

La cifra della scienza giuridica non risiede tanto nelle norme bensí nei problemi giuridici, intesi come origini logiche delle leggi. Sono i problemi giuridici che la scienza deve ordinare in sistema, mentre le varie norme rappresentano solamente possibili soluzioni dei problemi. Di conseguenza «è l'unitarietà del problema a garantire la comparabilità fra le norme; il diritto comparato è confronto di soluzioni di un problema

[14] L.-J. Constantinesco, *La scienza dei diritti comparati*, ed. it. di R. Favale, Torino, 2003, p. 376 ss.

unitario. Quindi si comparano quelle norme che all'interno del proprio sistema occupano il medesimo luogo sistematico»[15].

La scienza giuridica è scienza dei problemi giuridici e non delle norme positive dei diversi ordinamenti. E se la messa a confronto avvolge le risposte positive dei diversi diritti, la scelta dipenderà direttamente dal parametro della *Rechtsidee*. Come si nota, si vuole dare fondamento alla base funzionale della comparazione cercando di evitare forzature interpretative.

La comparazione può adempiere anche una finalità di ausilio per altre discipline giuridiche, come il diritto internazionale privato[16] e pubblico; al contempo può contribuire alla risoluzione di eminenti compiti pratici, quale strumento per la politica del diritto civile e l'uniformazione giuridica.

Senza voler entrare nell'ambito dei rapporti fra comparazione e diritto internazionale privato, va ricordato che per gli studiosi tedeschi è sempre esistito un intimo legame fra le discipline anche con riguardo alle norme sostanziali[17].

Alla stessa stregua le finalità di politica legislativa nonché di unificazione giuridica[18] non sono mai state trascurate dai comparatisti e gli esempi reali abbondano in ciascun sistema giuridico. Probabilmente oggi si assiste ad una loro, per cosí dire, sovrapposizione o interrelazione in tutte le iniziative europee volte alla costruzione di un modello comune. Accade ormai che la riforma legislativa nazionale risente delle evidenti influenze di diritto europeo, ma, nel contempo, persegue altresí l'obiettivo di contribuire allo sviluppo del primo: il diritto nazionale si ispira all'Europa per ispirare a sua volta l'Europa. È questa la sfida odierna per la formazione di una coscienza europea.

[15] M. Salomon, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie*, Basel, 1925, p. 33.

[16] Da ultimo, interessante il lavoro di U. Liukkunen, *The method of understanding and an internal viewpoint – on the interface between comparative law and private international law*, in *ZVglRWiss*, 106, 2007, p. 141 ss.

[17] In proposito la tesi della qualificazione autonoma di Rabel rappresenta un esempio tangibile del forte ruolo assunto dalla comparazione nel diritto internazionale privato. Da ultimo non si possono sottovalutare gli sforzi per un'armonizzazione delle norme di diritto internazionale privato in Europa (M. Meli, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in *Eur. dir. priv.*, 2008, p. 61 ss.).

[18] Di recente, H. Kronke, *A Bridge out of the Fortress: UNIDROIT's Work on Global Modernisation of Commercial Law and its Relevance for Europe*, in *ZEuP*, 2008, p. 1 ss.

Per finire alcune rapide considerazioni conclusive. Non v'è dubbio che le codificazioni di diritto civile degli ultimi due secoli trascorsi hanno costituito uno dei contesti piú fecondi entro il quale si sono affinate le tecniche comparative dirette al perfezionamento e al miglioramento del diritto nazionale[19].

Gli studiosi e la giurisprudenza si affacciano ai diritti altri per trovare nuovi percorsi interpretativi da adottare nel proprio modello giuridico o per superare deficienze nell'ambito del diritto interno[20]. Lo scopo dello studio dei diritti stranieri ha sempre privilegiato l'ammodernamento del diritto nazionale[21].

Va aggiunto che a partire dall'ultimo scorcio del Novecento fra i giuristi si discute di diritto privato europeo[22] o meglio di europaizzazione del diritto privato[23]. Forse la vera questione è di accertare se e come il problema giuridico concreto debba essere risolto in *gesamteuropäische Perspektive*, ossia alla luce delle esperienze dei singoli diritti europei[24]. In questo modo le risposte dei singoli ordinamenti[25] alle questioni oggetto di

[19] In una prospettiva che parte dalle contrapposizioni per educare all'avvicinamento v. il contributo di E. Bucher, *England und der Kontinent. Zur Andersartigkeit des Vertragsrechts – die Gründe und zu consideration*, in *ZVglRWiss*, 105, 2006, p. 164 ss.

[20] Per un esempio recente v. F. Addis (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto*, Milano, 2008, ove nella sua Presentazione precisa che «le ragioni per intraprendere un "dialogo" internazionale a questo riguardo traggono origine dall'esigenza di provare ad approfondire un tema che si presenta – certamente in Italia – poco indagato a fronte della speciale delicatezza che deve riservarsi alla valutazione di queste clausole di forma in relazione ai profili di vessatorietà che sono enucleabili in base ai criterî desumibili dalle regole in tema di eccessivo squilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti contraenti e dalle applicazioni settoriali del principio di buona fede nella formazione e, ancor piú, nell'esecuzione del contratto» (p. VII s.).

[21] In generale: K. Zweigert, *Rechtsvergleichung als universale Interpretationsmethode*, in *RabelsZ*, 1949/1950, p. 5 ss.; A. Flessner, *Juristische Methode und europäisches Privatrecht*, in *JZ*, 2002, p. 14 ss.; rilievi critici in F. Ranieri, in *ERPL*, 2006, p. 685.

[22] R. Buxbaum, *Die Rechtsvergleichung zwischen nationalem Staat und internationaler Wirtschaft*, in *RabelsZ*, 6, 1996, p. 201, sottolinea come l'Europa stia vivendo un periodo d'oro nel campo del diritto comparato.

[23] R. Zimmermann, *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, in *ZEuP*, 2006, p. 57 s.; N. Jansen, *Erkenntnis und Theorie im europäischen Privatrecht*, ivi, 2005, p. 750 ss.

[24] È questo l'obiettivo del contributo di T. Kadner Graziano, *Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien*, in *ZvglRWiss*, 106, 2007, p. 248 ss.

[25] Non soltanto di quelli rappresentativi dei modelli giuridici, come ad es. tedesco, francese, anglo-americano, ma anche di quelli c.dd. minori o derivati dai quali emergono peculiarità, aspetti, profili problematici affatto interessanti (T. Kadner Graziano, *o.c.*, p. 256 ss.; già prima L.-J. Constantinesco, *Il metodo comparativo*, cit., p. 26 s.).

comparazione consentono di avviare un dialogo su scala europea.

Invero l'europeizzazione del diritto privato passa per il metodo comparativo, ossia attraverso un processo di regole che superi la prospettiva tolemaica per attuare efficacemente una prospettiva copernicana[26] diretta ad attribuire la giusta collocazione del diritto interno entro l'orbita comune-europea.

Senza voler trattare *ex professo* la questione della *rechtsvergleichende Methodenlehre* (discorso che ci porterebbe molto lontano) non può non rilevare che l'esplorazione puramente comparatistica di un determinato problema giuridico permette di conseguire facilmente l'obiettivo di offrire una diversa prospettiva alla soluzione del problema.

Il mutamento di visione verso l'orizzonte europeo stimola uno studio che avvolge completamente gli ordini giuridici, senza alcun tipo di riserva, alla ricerca delle soluzioni e delle loro possibili articolazioni. Il problema giuridico, in questo modo, viene affrontato a valle secondo i differenti e articolati itinerari interpretativi di soluzione accolti dagli ordinamenti. Alla individuazione e catalogazione delle soluzioni accolte spetta allo studioso una loro sistemazione che possa agevolare una comparazione efficace fra le soluzioni.

Questo *modus procedendi* non vuole sminuire il carattere complesso dei singoli ordinamenti, ma tende a rendere consapevoli e ad abituare i ricercatori (ma anche gli studenti) alla pluralità e alla relatività delle soluzioni di un problema concreto[27]. Questo sforzo verso una comparazione lineare trova i suoi vantaggi in una piú solida obiettività nella ricerca per soluzioni, in un accrescimento culturale, in una efficacia armonizzante e infine nella costruzione di una comunità di giuristi che fanno discorsi europei[28].

Questa rapida traccia testimonia ampiamente come il diritto comparato assume un ruolo insostituibile per consolidare una mentalità giuridica idonea a contribuire alla europeizzazione del diritto civile e che, nel contempo, non mortifichi le peculiarità dei singoli odinamenti giuridici.

[26] Il riferimento com'è noto è a L.-J. Constantinesco, *Introduzione al diritto comparato*, ed. it. di Procida Mirabelli di Lauro e R. Favale, Torino, 1996, p. 19 ss.

[27] La nostra civilistica moderna attribuisce al metodo comparativo un'importante funzione, la verifica della «relatività» e della «storicità» dei dogmi: «la riflessione che il giurista moderno riserva alla comparazione è necessaria: essa, per una molteplicità di ragioni tutte concorrenti, se pure eterogenee, è divenuta ineliminabile nella formazione del giurista, in particolare del civilista» (cosí, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, p. 129 s.).

[28] Cosí, T. Kadner Graziano, *Die Europäisierung der juristischen Perspektive und der vergleichenden Methode – Fallstudien*, cit., p. 262 ss.

MARCO PARISI

# Insegnamento della religione cattolica nella società multiculturale e laicità dell'istruzione: note ricognitive sui principali aspetti problematici

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La problematicità dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica: il "punto di vista" della Corte costituzionale. - 3. Le singolarità dello status giuridico dei docenti nella legge n. 186/2003. - 4. Quale alternativa all'insegnamento di religione?

## 1. *Introduzione*

La materia dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica presenta una disciplina articolata, derivante da una accentuata stratificazione di atti normativi ed amministrativi che concernono la sua istituzione, le modalità del suo espletamento, lo stato giuridico del personale docente, le garanzie e i diritti dei destinatari del servizio e dei terzi eventualmente implicati.

Alla base dell'attuale assetto organizzativo di questo insegnamento si rinviene, come è noto, una disciplina legislativa pregressa rispetto alla "conciliazione" del 1929 e risalente all'affermazione del fascismo come nuova forma organizzativa del complessivo sistema sociale. Il riferimento è alla nota "riforma Gentile" (R.D. 1° ottobre 1923, n. 2185) che, pur riconoscendo all'insegnamento della religione la caratteristica di disciplina posta a "fondamento e coronamento" dell'istruzione elementare, presentava una prospettiva di natura culturale e non una netta finalità confessionistica[1]. Questa impostazione, peraltro, derivava dalla concezione etica dello Stato, all'epoca imperante, in ragione della quale si ri-

[1] Come evidenziato da MARTA TIGANO, *L'«assolutezza» del diritto all'istruzione religiosa*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 12, elemento ispiratore della "riforma Gentile" può dirsi essere «(…) la personale concezione filosofica e pedagogica di questo pensatore che pone al centro del sistema la filosofia dello Spirito, il quale trova la sua prima e concreta attuazione nel momento educativo e nella scuola, nonché la considerazione della religione come una grammatica elementare del pensiero morale e filosofico, un primo nutrimento spirituale da offrire ai fanciulli fino a quando essi, raggiunti la piena maturità, potranno fare a meno della dimensione religiosa superandola mediante l'affinamento del loro pensiero».

vendicavano i compiti di educazione delle giovani generazioni alla competenza delle istituzioni civili, operante in autonomia rispetto alle indicazioni del magistero della Chiesa.

Con il progressivo miglioramento dei rapporti tra il regime fascista e le gerarchie ecclesiastiche (e grazie al contributo della commistione di cultura, costume ed esercizio del potere che si andava realizzando in ambito sociale), la stipula dei Patti Lateranensi determinava la totale reintroduzione dell'insegnamento della religione fra i servizi erogati dal sistema scolastico pubblico[2]. Infatti, si stabiliva la sua estensione fino alla scuola media (art. 36) e si realizzava la collocazione della previsione normativa di tale insegnamento in un trattato internazionale destinato ad essere immesso nell'ordinamento interno con una legge di esecuzione (legge n. 810 del 27 maggio 1929) e di attuazione (legge n. 824 del 5 giugno 1930), irrigidendo le decisioni politiche in materia e le conseguenti regolamentazioni legislative in un sistema più complesso del semplice provvedimento normativo unilaterale. Ne è testimonianza l'afferenza della disciplina concordataria ad un organico sistema diplomatico di relazioni fra soggetti sovrani che, ancor prima della approvazione della disciplina costituzionale dell'art. 7 (e della sua particolare rigida copertura), impediva ripensamenti e modifiche *ex parte publica*.

La nascita della Repubblica, poi, ha determinato una ulteriore complicazione del sistema di regolamentazione legislativa dell'insegnamento della religione nelle scuole, in virtù della previsione contenuta nel comma II dell'art. 7 Cost., che ha vincolato la revisione concordataria alla trattativa bilaterale con la Chiesa[3]. L'adozione di questo vincolo, infatti, ha reso più remo-

[2] Il Concordato del 1929, perfezionando la "riforma Gentile", consentiva una presenza istituzionalizzata e generalizzata della religione cattolica nella scuola pubblica italiana, che si è protratta fino all'epoca contemporanea, con polemiche tuttora accese. Cfr. Elia Acerbis e Paolo Biavati, *L'insegnamento religioso nella scuola pubblica italiana. Libertà di insegnamento, libertà nell'apprendimento*, in *Ius Canonicum*, 1978, 35-36, pp. 96-98; Nicola Pagano, *Religione e libertà nella scuola: l'insegnamento della religione cattolica dallo Statuto albertino ai giorni nostri*, Torino, Claudiana, 1990, p. 50.

[3] Ricordiamo che, in seguito all'adozione della Carta costituzionale repubblicana e all'adozione del vincolo della bilateralità pattizia nei rapporti tra Stato e confessioni religiose, l'unica modalità per la modifica delle leggi di esecuzione di accordi con la Chiesa cattolica è data dalla stipula di un nuovo accordo, oppure (come prefigurato dal comma II dell'art. 7 Cost.) dall'utilizzo della procedura aggravata contemplata dall'art. 138 Cost. per le modifiche costituzionali. Infatti, pur essendo qualificate come fonti ordinarie, queste leggi non possono essere modificate da altre leggi ordinarie, in quanto l'eventuale modifica ad opera di semplici maggioranze parlamentari vanificherebbe l'obbligo costituzionale della produzione normativa bilateralmente convenuta. Cfr. Luciano Musselli e Valerio Tozzi, *Manuale di diritto ecclesiastico. La disciplina giuridica del fenomeno religioso*, Roma-Bari, Laterza, 2000, p. 85.

ta la possibilità di modifiche unilaterali del regime pattizio e, di conseguenza, degli impegni concordatari in tema di insegnamento della religione.

Il sistema giuridico dell'istruzione pubblica, ivi compreso l'insegnamento della religione, è stato inserito in un preciso quadro di principi costituzionali (artt. 9, 33 e 34 Cost.)[4], ai quali avrebbe dovuto far riscontro l'adozione di discipline interne in sintonia con le indicazioni della Carta fondamentale. Anche in tema di insegnamento della religione, la tendenza all'adeguamento della legislazione previgente alle nuove direttive costituzionali avrebbe dovuto implicare il definitivo abbandono dei pregressi privilegi filo-confessionali posti in essere dalla classe politica, dal legislatore e dalla pubblica amministrazione. Infatti, l'impegno statale in materia scolastica, pur trovando la sua specifica giustificazione costituzionale nell'art. 33 della Carta, preludeva ad una conseguente organizzazione che si dimostrasse essere rispettosa delle indicazioni presenti nell'art. 97 Cost. ed operante alla luce dei principi fondamentali[5] (artt. 1-12 Cost.) e del criterio della legalità costituzionale[6].

[4] Le disposizioni costituzionali in materia d'istruzione prefigurano la creazione di un sistema democratico e pluralista, tendente a garantire la collocazione della funzione scolastica tra i compiti ascritti alla competenza statale. Si è così prevista la valorizzazione della cultura e della ricerca scientifica (art. 9 Cost.), la libertà dell'insegnamento dell'arte e delle scienza (art. 33, comma I, Cost.), la definizione di norme generali sull'istruzione e l'obbligatoria istituzione di scuole statali per tutti gli ordini e gradi (art. 33, comma II, Cost.), il diritto di enti e privati di istituire scuole ed istituti di educazione senza oneri per lo Stato (art. 33, comma III, Cost.), l'adozione di disposizioni di disciplina degli esami di Stato e di abilitazione alle professioni (art. 33, comma V, Cost.), l'autonomia delle Università (art. 33, u.c., Cost.), l'obbligatorietà e la gratuità dell'istruzione inferiore (art. 34, comma II, Cost.), il diritto all'istruzione degli studenti capaci e meritevoli, pur se privi di mezzi economici (art. 34, comma III, Cost.). In dottrina cfr. Giorgio Corso, *Principi costituzionali sull'istruzione*, in Carlo Marzuoli (a cura di), *Istruzione e servizio pubblico*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 35 e ss.; Vezio Crisafulli, *La scuola nella Costituzione*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1956, pp. 96 e ss.; Marina Gigante, *Art. 33 della Costituzione: tecnica e politica nell'ordinamento dell'istruzione*, in *Pol. dir.*, 1999, 3, pp. 423 e ss.; Umberto Pototschnig, *Insegnamento, istruzione, scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, pp. 361 e ss. Si consenta anche il rinvio a Marco Parisi, *Istruzione laica e confessionale nello Stato delle autonomie*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2008, pp. 17-29.

[5] Si evidenzia che l'esistenza di un precedente vincolo concordatario (art. 36 l. n. 810/1929) imponeva una convenzione con la Chiesa in materia di insegnamento della religione, non potendosi dar luogo ad una unilaterale disciplina dell'assetto pregresso. Tuttavia, «(…) la ricontrattazione di questa materia avrebbe dovuto rispondere ad esigenze di una sua armonizzazione costituzionale, alla luce dei nuovi principi (libertà, eguaglianza, pluralismo, personalismo), che hanno profondamente innovato il quadro istituzionale nel quale opera la pubblica amministrazione ed in particolare, per il problema in esame, la scuola pubblica». Così V. Tozzi, *L' insegnamento della religione nella scuola pubblica*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, vol. II, Napoli, Jovene, 1989, pp. 714-715.

[6] In tema Cesare Pinelli, *Modernizzazione amministrativa, principio di legalità, interpretazione costituzionale*, in *Dir. Pub.*, 2001, 7, pp. 83-111.

Invece, da un punto di vista pratico, in materia di istruzione religiosa non è mai sembrata coagularsi una maggioranza politica in grado di esprimere (e di portare a realizzazione) una strategia sostanzialmente differente da quella delineatasi nel ventennio della dittatura, e anche in occasione della revisione concordataria del 1984 non si è avuta l'introduzione di innovazioni significative (nonostante le esigenze segnalate da alcune componenti sociali). Infatti, la stipula dell'accordo di revisione concordataria e l'emanazione della legge n. 121/85, destinata a dare esecuzione al nuovo accordo, pur determinando un rinnovamento formale delle fonti regolatrici della materia, hanno accentuato il livello di conflittualità sull'insegnamento scolastico della religione, originando rilevanti controversie giudiziarie, accentuando lo scontento e perpetuando le incongruenze normative del pregresso regime.

Del resto, con le previsioni dell'art. 9 della legge n. 121/85, del DPR n. 751 del 1985, e del DPR n. 202 del 1990, ogni aspetto organizzativo dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica non è più la risultante di una competenza propria della pubblica amministrazione, ma costituisce l'oggetto di un coordinamento fra i poteri facenti capo all'autorità ecclesiastica e quelli dell'autorità civile, i cui effetti vengono assunti come rilevanti nell'ambito delle attività della stessa amministrazione dello Stato. Ciò ha determinato la conseguenza per cui l'azione dei pubblici poteri in tema di disciplina normativa dell'educazione religiosa venga ad esplicarsi non tanto ai fini del perseguimento di obiettivi propri dell'autorità statale, ma per dare soddisfazione ad esigenze ed obiettivi riconducibili all'opera evangelizzatrice della Chiesa. Ne è conseguita la mancanza di una qualsiasi discrezionalità tecnica nell'emanazione della normativa in oggetto, avente la funzione di dare attuazione ad indirizzi ed indicazioni fortemente sollecitati dalle gerarchie ecclesiastiche[7].

## 2. *La problematicità dell'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica: il "punto di vista" della Corte costituzionale*

La presenza dell'insegnamento della religione nella scuola pubblica costituisce una delle questioni nodali delle attuali speculazioni sulla laicità delle istituzioni formative italiane, in ragione anche del moltiplicarsi delle necessità interculturali[8] apportate dalla forte presenza di al-

[7] Cfr. VALERIO TOZZI, *L' insegnamento della religione nella scuola pubblica*, in *Studi in memoria di Mario Petroncelli*, cit., pp. 722-723.

[8] Con il termine interculturalità si intende, generalmente, una forma di convivenza che si basa sul dialogo e sul confronto aperto fra culture diverse, che rinunciano sia alla

lievi di fede religiosa acattolica[9]. La nascita di una società multiculturale, multirazziale e multireligiosa ha imposto l'affermazione di una "cultura delle differenze"[10], con la conseguente rivendicazione da parte di diversi gruppi confessionali di conseguire nella scuola pubblica la presenza di un'educazione religiosa a carattere identitario[11]. A fronte di ciò non va dimenticato, inoltre, come il ruolo educativo centrale conferito alla scuola pubblica, soprattutto a causa della crescente secolarizzazione della società e della crisi di consenso e di seguito delle altre agenzie educative (famiglia, formazioni sociali spiritualmente caratterizzate)[12],

dominanza dell'una sull'altra (assimilazione o colonizzazione), sia alla separazione senza comunicazione reciproca (balcanizzazione). Si invoca, ovvero, la comunicazione interculturale come mediazione tra universi culturali differenti. Si veda ampiamente CHIARA GIACCARDI, *La comunicazione interculturale*, Bologna, Il Mulino, 2005.

[9] MARIO RICCA, *Dike meticcia. Rotte di diritto interculturale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, pp. 11-12, evidenzia la funzionalità, per il soddisfacimento delle esigenze dei consociati di diversa fede religiosa, del diritto interculturale, strumento per la creazione di un lessico giuridico utile a strutturare il dialogo politico nelle coeve democrazie a composizione multiculturale. Come sottolineato dall'Autore, le diversità linguistiche, economico-sociali, storiche, di costume costituirebbero un serio ostacolo alla realizzazione di un confronto democratico genuino, in ragione della presenza di stereotipi, pregiudizi, tensioni etniche, reciproche incomprensioni e di un latente antagonismo sociale. Si sottolinea, quindi, al fine di creare un dialogo genuinamente partecipato, uno sforzo reciproco di comprensione delle istanze di tutela e di prospettazione dei bisogni da parte dei soggetti coinvolti nel processo democratico, collocando le richieste avanzate all'interno della visione del mondo e degli universi culturali dei loro promotori.

[10] ANNAMARIA POGGI, *Autonomia delle istituzioni scolastiche e multiculturalismo*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2000, 1, p. 185.

[11] MARIO RICCA, *Diritti della coscienza, identità personale e multiculturalismo*, in CARLO CARDIA (a cura di), *Studi in onore di Anna Ravà*, Torino, Giappichelli, 2003, pp. 671-672, rileva come simili richieste siano dovute alla configurazione che i rapporti familiari, la struttura dei processi di scolarizzazione, il multilinguismo, le abitudini alimentari, le forme di realizzazione dei legami personali di natura sociale ed economica (contratti, proprietà, ecc.), hanno assunto nelle scelte di regolazione effettuate dagli ordinamenti occidentali. Scelte che «(…) possono dar luogo a profondi problemi di coscienza ed a vere e proprie crisi di identità in chi appartiene ad altre culture. Questi fenomeni possono innescare forti conflittualità a livello sociale poiché mal sopportano le scansioni tra area giuridica ed aree della coscienza (religiosa, morale, personale) che sono poste e presupposte a fondamento della legittimità delle soluzioni normative adottate dagli ordinamenti occidentali». Secondo l'Autore, al fine di disinnescare questi conflitti (o la loro eventualità), si dovrebbe realizzare «(…) un ripensamento delle categorie giuridiche, soprattutto privatistiche, idiomatiche della tradizione giuridica europea in modo tale da escogitarne di nuove, capaci di un adattamento *inclusivo* delle istanze *coscienziali* suscitate dal multiculturalismo» (corsivi testuali).

[12] SILVIO FERRARI e IVAN C. IBÁN, *Diritto e religione in Europa occidentale*, Bologna, 1997, p. 108, rilevano l'assoluta primarietà della scuola in campo educativo, evidenziando come il sistema di organizzazione della produzione abbia comportato l'impossibilità per la famiglia di completare il processo educativo delle giovani generazioni. Parimenti, secondo gli Au-

abbia determinato una significativa valorizzazione della sua capacità di proporsi come luogo privilegiato per la conoscenza del patrimonio di valori e di principi delle principali correnti mondiali del pensiero religioso, favorendo anche la richiesta di spazi *ad hoc* di approfondimento[13].

Nonostante ciò, tuttavia, la normativa italiana in materia di educazione religiosa è emblematica delle difficoltà incontrate dal sistema educativo pubblico nell'aprirsi al soddisfacimento delle esigenze di interculturalità, nonché della perdurante disparità di condizione giuridica tra le organizzazioni confessionali, che si è realizzata, innanzitutto, nelle forme di un trattamento di privilegio esclusivo garantito alla Chiesa, grazie al conferimento alla religione cattolica di un proprio spazio nell'ambito dell'orario scolastico. Di seguito, un minimo di tutele viene riconosciuto alle confessioni con intesa, ai cui aderenti è conferito il diritto di non avvalersi dell'insegnamento in questione o di avanzare richieste specifiche in materia di educazione religiosa. Infine, stante la disciplina normativa in vigore, risalente all'epoca fascista (legge n. 1159 /1929 e R.D. n. 289/1930), possono dirsi essere quasi nulle le garanzie accordate alle confessioni senza intesa, i cui fedeli fruiscono solo del diritto di non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica, alla stessa stregua dei non credenti[14].

tori, anche le organizzazioni confessionali si dimostrerebbero incapaci di rispondere alle richieste di educazione, «(…) sia per la secolarizzazione della società, sia per l'elevato livello di qualità raggiunto dal processo educativo (…) e per il numero di soggetti che vi sono coinvolti. Tutto ciò fa della scuola il luogo insostituibile, quasi monopolizzatore della funzione educativa: non si nega che soggetti attivi di tale funzione siano anche le Chiese e le famiglie (e infatti entrambe sono molto presenti nella scuola …) ma si vuole sottolineare che la scuola è il "modo" dell'insegnamento».

[13] In questo senso, il sistema dell'autonomia scolastica, promosso dalla legge n. 59/1997 e dal DPR n. 275/1999 (a cui ha fatto seguito la legge n. 53/2003), consentendo l'adozione di programmi differenziati e la realizzazione di attività didattiche integrative su richiesta degli alunni e delle famiglie, potrebbe ben consentire il soddisfacimento delle esigenze di conoscenza delle grandi tradizioni culturali alla base della storia europea (cristianesimo, ebraismo, islam, indifferentismo, agnosticismo, libero pensiero). Cfr. MARCO PARISI, *Parità scolastica, educazione religiosa e scuole islamiche: problemi e prospettive*, in VALERIO TOZZI e MARCO PARISI (a cura di), *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna. Istanze autonomistiche, società multiculturali, diritti civili e di cittadinanza*, Campobasso, Arti Grafiche La Regione, 2007, pp. 41 e ss.

[14] Si tratta, in sostanza, dello stesso equilibrio piramidale sul quale si regge attualmente il diritto ecclesiastico italiano. Ovvero, la Chiesa cattolica, in quanto confessione più influente, si vede riconosciuto «(…) uno statuto doppiamente privilegiato: nella forma (perché pattizio e garantito dal diritto internazionale e dalla Costituzione con l'esplicita previsione dell'art. 7 secondo comma), e nel contenuto (perché riconosce alla Chiesa cattolica vantaggi, a cominciare dall'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica, negati ad ogni altra confessione). Altre confessioni ammesse a stipulare intese con lo

In questo quadro, le scelte operate in sede di revisione concordataria possono essere considerate come il portato di decisioni politiche e legislative assunte con un elevato tasso di discrezionalità[15], con l'esito che si è anche prodotto un notevole ampliamento della regolamentazione normativa con l'adduzione alla contrattazione con le autorità ecclesiastiche di aspetti che in precedenza erano affidati alla disciplina unilaterale della legge statale[16]. Ciò ha originato, come è noto, una verifica di legittimità costituzionale della normativa concordataria del 1984, in particolare alla luce del preciso riparto dei poteri stabilito nella Carta costituzionale.

Stato hanno uno statuto peggiore di quello della Chiesa cattolica, ma migliore di quello delle confessioni senza intesa (statuto peraltro conseguito per via bilaterale, ma privo di status internazionale). Altre confessioni sono riconosciute in quanto tali, ma godono di diritti limitati previsti da una legge unilaterale dello Stato (la nota legge n. 1159 sui culti ammessi). In fondo alla piramide troviamo gruppi religiosi che, per motivi diversi, non sono riconosciuti quali confessioni religiose dallo Stato e vivono dunque nell'anonimato, privi di specifiche e particolari tutele giuridiche». Così Marco Ventura, *Regolazione pubblica del religioso. La transizione tra simboli e realtà*, in Marco Parisi (a cura di), *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2003, pp. 215-216.

[15] Tale accentuata discrezionalità è la diretta conseguenza del vigente sistema di rapporti con le organizzazioni confessionali, in ragione del quale si premiano i gruppi più forti, si riconosce allo Stato il diritto di selezionare i gruppi religiosi da favorire, si attribuiscono vantaggi alle confessioni religiose subordinandoli ad un riconoscimento ampiamente discrezionale, si rende recessiva una rigorosa applicazione del principio di eguaglianza. Cfr. Marco Ventura, *Regolazione pubblica del religioso. La transizione tra simboli e realtà*, in Marco Parisi (a cura di), *Autonomia, decentramento e sussidiarietà: i rapporti tra pubblici poteri e gruppi religiosi nella nuova organizzazione statale*, cit. p. 216.

[16] Valerio Tozzi, *Fasi e mezzi per l'attuazione del disegno costituzionale di disciplina giuridica del fenomeno religioso*, in *Dir. Ecc.*, 2007, 1-2, pp. 192-193, rileva come «(…) in sede di revisione concordataria e della sua ventennale elaborazione da parte dei governi di centrosinistra, la selezione dei temi trattabili fu operata solo politicamente, ma senza alcuna attenzione a limiti di materia che potessero derivare da una interpretazione del comma 2° dell'articolo 7 in sistema con l'impianto generale della Carta. (…). Indipendentemente dalla slealtà con la quale il Governo della revisione concordataria presentò al Parlamento ed alla cittadinanza i contenuti di alcuni istituti dell'accordo di revisione (ad esempio, l'istituzione dell'8 per 1000 venne rappresentata come cessazione del finanziamento statale alla Chiesa), né i plenipotenziari delegati alla trattativa, né il Governo che ne assunse gli esiti, né il Parlamento che immise gli accordi nel sistema giuridico italiano, posero obiezioni significative allo sconfinamento degli *ordini propri* ed all'ampliamento senza metodo della *materia concordataria*, che invase ambiti di esclusiva competenza statuale. Nessuno obiettò sulla entità e qualità dei benefici elargiti con la revisione concordataria, non solo in termini economici, ma soprattutto in termini di co-gestione di rapporti sociali fra autorità statali ed ecclesiastiche, generanti confusione degli ambiti di rispettiva competenza. Le conseguenze di questi atti normativi sui diritti delle persone, sull'eguaglianza fra persone e fra gruppi religiosi si sono evidenziate nella prassi» (corsivi testuali).

Le perplessità concernenti la conformità rispetto alla Costituzione delle norme disciplinanti la presenza di un insegnamento curricolare di religione cattolica, peraltro, venivano a proporsi anche ben prima della formale ratifica degli Accordi di Villa Madama. Infatti, già nel 1985 si proponeva una questione di costituzionalità sulla disciplina pregressa adottata in epoca fascista (artt. 27-30 del R.D. n. 577/1928, art. 112 del R.D. n. 1297/1928, art. 36 della legge n. 810/1929) in riferimento a diverse norme della Carta costituzionale, ma l'adozione della legge n. 121/85 e le modifiche apportate in materia dall'art. 9.2 dell'Accordo determinavano la restituzione degli atti al giudice *a quo* al fine del riesame delle questioni sollevate.

Tuttavia, ben presto anche l'impianto normativo dell'art. 9.2 della legge n. 121/85 originava dubbi di costituzionalità, e i giudici remittenti segnalavano come tale disposizione, unitamente al punto 5 lett. *b*) n. 2 del Protocollo addizionale, poteva prestarsi a cagionare una discriminazione in danno degli studenti non avvalentisi (e una violazione degli artt. 2, 3 e 19 Cost.), ove l'insegnamento di religione non venisse inteso come meramente facoltativo. Si trattava, come è stato messo ampiamente in luce in dottrina, di dubbi fondati in quanto la circolare del Ministero della Pubblica Istruzione n. 302 del 1986 introduceva di fatto un regime di alternatività obbligatoria tra l'insegnamento della religione cattolica e un impegno didattico avente carattere sostitutivo. L'intervento del Tar del Lazio, con la sentenza n. 1274 del 1987, determinava l'annullamento della contestata circolare, ma due successive pronunce del Consiglio di Stato (n. 579 del 1987 e n. 1006 del 1988) sospendevano il pregresso annullamento e ribadivano il carattere curricolare dell'insegnamento di religione cattolica, evidenziando l'obbligo per le istituzioni scolastiche di offrire insegnamenti alternativi (con frequenza vincolante) per i non avvalentisi. Rispetto a tali problemi, la Corte costituzionale è stata chiamata ad intervenire con la storica pronuncia n. 203 del 1989, adottando una sentenza interpretativa di rigetto che confermava la conformità costituzionale delle disposizioni concordatarie in materia di insegnamento della religione, riconosceva il rilievo del pluralismo religioso della società civile, sottolineava la considerazione del cattolicesimo come patrimonio storico del popolo italiano, evidenziava l'inserimento dell'educazione religiosa nel quadro delle finalità della scuola in coerenza con gli obiettivi propri di uno Stato laico.

Proprio quest'ultima precisazione dei giudici delle leggi è valsa ad attenuare, almeno in parte, le perplessità inerenti alla collocazione dell'insegnamento religioso all'interno del progetto educativo generale, sottolineandosi come tale insegnamento, anche se impartito in conformità della dottrina della Chiesa, non sarebbe potuto consistere in una cateche-

si, ma avrebbe dovuto offrire un contributo, pur se particolare, alla libera formazione delle personalità dei giovani discenti[17].

In coerenza con tale argomentazione, la Corte evidenziava, altresì, che «(….) la previsione come obbligatoria di altra materia per i non avvalentisi sarebbe patente discriminazione a loro danno, perché proposta in luogo dell'insegnamento di religione cattolica, quasi corresse tra l'uno e l'altro lo schema logico dell'obbligazione alternativa, quando dinanzi all'insegnamento di religione cattolica si è chiamati ad esercitare un diritto di libertà costituzionale non degradabile, nella sua serietà e impegnatività di coscienza, ad opzione tra equivalenti discipline scolastiche». Di conseguenza, la Corte precisava che l'insegnamento in questione doveva ritenersi, per le famiglie e per i discenti, del tutto facoltativo, per cui «(…) solo l'esercizio del diritto di avvalersene crea l'obbligo scolastico di frequentarlo[18]. Per quanti decidano di non avvalersene l'alternativa è uno stato di non obbligo. La previsione infatti di altro insegnamento obbligatorio verrebbe a costituire condizionamento per quella interrogazione della coscienza che deve essere conservata attenta al suo unico oggetto: l'esercizio della libertà costituzionale di religione». Si sottolineava, ovvero, la centralità del diritto soggettivo di scelta, come clausola di tutela dell'autodeterminazione dei cittadini discenti[19].

Secondo la Corte costituzionale, quindi, la disciplina contenuta nell'art. 9.2 della legge n. 121/1985, ove venga interpretata nella prospettiva della piena facoltatività dell'insegnamento di religione cattolica e delle possibili alternative ad esso, non si porrebbe in contrasto con i principi fondamentali della Costituzione e con il carattere laico e pluralistico dello Stato italiano. Ovvero, si tratterebbe di una visione dello Stato laico nella quale la dimensione religiosa, nell'espressione pluralista della società contemporanea, e gli interessi religiosi dei cittadini vengono apprezzati come elementi costitutivi dell'impegno costituzionale per la

[17] Raffaele Botta, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e rivendicazioni identitarie nell'autunno dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2008, p. 297.

[18] Sara Domianello, *Gli insegnamenti religiosi nella scuola pubblica: una pluralità di scelte legislative irriducibili a sistema*, in *Dir. Ecc.*, 1993, p. 250, evidenzia come la sentenza n. 203 del 1989 abbia avuto il merito di chiarire che la disciplina concordataria configuri un sistema di "obbligatorietà condizionata", nel senso che l'efficacia vincolante dell'insegnamento è subordinata al verificarsi di una condizione: la libera (e sempre revocabile) scelta del discente di avvalersi dell'insegnamento di religione.

[19] Per Andrea Gianni, *L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano*, Padova, Cedam, 1997, p. 138, il diritto di scelta viene a rappresentare una modalità concreta di attuazione dei diritti soggettivi alla libertà religiosa e alla libertà educativa dei genitori, assistiti da tutela costituzionale (artt. 19 e 30 Cost.).

promozione della personalità umana[20].

I giudici delle leggi, peraltro, pur facendo salva la disciplina concordataria dando ad essa una interpretazione coerente con i principi costituzionali di eguaglianza e di libertà religiosa, hanno evidenziato l'obbligatorietà della programmazione e della attivazione dell'insegnamento *de quo* per l'amministrazione scolastica, ma l'assoluta facoltatività per i discenti della frequenza dell'ora di religione e di eventuali corsi sostitutivi[21].

Proprio in riferimento a ciò, dopo la sentenza n. 203 del 1989, restava insoluto il problema dello "stato di non obbligo" e della previsione in esso della possibilità per gli studenti non avvalentisi di allontanarsi dalle strutture scolastiche durante l'orario dedicato all'educazione religiosa. Nuovamente la Corte costituzionale interveniva con una sentenza interpretativa di rigetto, ribadendo e precisando le posizioni pregresse. Infatti, con la sentenza n. 13 del 1991, i giudici delle leggi, nel definire il contenuto dello "stato di non obbligo" e il complesso delle opportunità da offrire agli studenti rifiutanti la frequenza dell'insegnamento di religione, precisavano che l'amministrazione scolastica doveva assicurare ai non avvalentisi la libera frequenza di attività di studio e di ricerca, garantendo in ogni caso ad essi la possibilità di optare per la libera uscita dall'edificio scolastico.

A tali conclusioni la Corte giungeva partendo dalla constatazione della conformità, rispetto ai principi costituzionali e ai diritti fondamentali della persona umana, della istituzione di un insegnamento di religione cattolica, così come previsto dagli Accordi di Villa Madama. Ovvero, nel ragionamento seguito dalla Corte, la presenza di un insegnamento

[20] Cfr. PAOLO CAVANA, *Interpretazioni della laicità. Esperienza francese ed esperienza italiana a confronto*, Roma, Editrice A.V.E.,1998, p. 340. Va, altresì, ricordato come la Corte costituzionale abbia, in diverse sentenze, sottolineato la primazia assiologica, costituzionalmente riconosciuta, della coscienza individuale dell'Uomo (intesa quale proiezione oggettiva della stessa dignità umana), di cui il legislatore positivo dello Stato ha il dovere di tenere conto nell'opera di eventuale comparazione e bilanciamento delle ragioni della coscienza stessa con altri beni, interessi o valori, considerati dall'ordinamento come meritevoli di protezione. In argomento PASQUALE LILLO, *I confini dell'ordine confessionale nella giurisprudenza costituzionale*, in GIUSEPPE DALLA TORRE e PASQUALE LILLO (a cura di), *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 489-494.

[21] VINCENZO TURCHI, *Insegnamento di religione ed esperienza giuridica. In particolare la giurisprudenza costituzionale*, in *Arc. Giur. "Filippo Serafini"*, 1994, 2, pp. 221-222, rileva, su questo punto, un eccessivo interventismo della Corte, in quanto il *thema decidendum* sottopostole riguardava in modo esclusivo delle questioni relative all'insegnamento di religione, mentre sarebbe stato del tutto estraneo e residuale il problema degli insegnamenti alternativi e della loro obbligatorietà.

curricolare di carattere confessionale nelle scuole pubbliche non si porrebbe in contrasto con il principio di laicità dello Stato, ma ne sarebbe una sua manifestazione (in quanto lo Stato laico può porsi al servizio di concrete istanze della coscienza civile e religiosa dei cittadini, rispondendo alle esigenze degli studenti e delle famiglie[22]). In questa prospettiva, anche la collocazione dell'insegnamento di religione nell'orario ordinario delle lezioni non sarebbe tale da determinare possibili lesioni dei principi costituzionali[23], in quanto non si rileverebbe un contrasto con il dettato dell'art. 2 Cost. dato che la previsione concordataria dello svolgimento dell'insegnamento confessionale nell'ambito delle finalità della scuola implicherebbe l'adozione di metodologie didattiche compatibili con le altre materie impartite[24].

In realtà, però, questa precisazione dell'Accordo del 1984, richiamata dai giudici delle leggi, dovendo implicare una tendenziale conformità dell'insegnamento religioso all'assetto complessivo dell'organizzazione scolastica (sulla base degli indirizzi generali forniti dalla Carta costituzionale), è stata nei fatti puntualmente disattesa. Infatti, per le concrete modalità della sua erogazione, per la vischiosità dell'operato della pubblica amministrazione[25] e per la lettera del dettato normativo attualmen-

[22] In dottrina concorda RINALDO BERTOLINO, *Laicità della scuola e insegnamento della religione nella società civile italiana dopo gli accordi di Villa Madama*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 1984, pp. 12-13.

[23] Ne è convinto CARLO CARDIA, *Stato e confessioni religiose: il regime pattizio*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 305, secondo cui il punto 5b del Protocollo addizionale espliciterebbe l'impegno dello Stato a collocare l'insegnamento religioso nel quadro dell'orario scolastico e, quindi, escluderebbe che possa essere situato (a meno di espressa modifica del Concordato) in un orario esterno rispetto alle normali attività didattiche.

[24] Peraltro NICOLA COLAIANNI, *Per un diritto di libertà di religione costituzionalmente orientato*, in *Dir. Ecc.*, 2007, 1-2, p. 95, sottolinea come il carattere inclusivo e pluralista della laicità, emergente dalla sentenza n. 203/1989 della Corte costituzionale, abbia implicato il divieto normativo della formazione delle classi in maniera omogenea rispetto alla scelta di avvalersi o meno dell'insegnamento di religione cattolica (D. Lgs. n. 286 del 1998). Parallelamente, secondo l'Autore, al fine di favorire il pluralismo e la valorizzazione delle diverse espressioni religiose e culturali, sarebbe da rifiutarsi la costituzione di classi omogenee in base alla comune scelta di istruzione religiosa specifica (per esempio, le classi islamiche) o non religiosa (vale a dire, le classi ateistiche o agnostiche).

[25] CLOTILDE PONTECORVO, *Laicità e istruzione*, in GIOVANNI BONIOLO (a cura di), *Laicità. Una geografia delle nostre radici*, Torino, Einaudi, 2006, p. 134, evidenzia diversi episodi di slealtà del *modus operandi* della pubblica amministrazione in ragione della «(…) prassi di singole scuole, che tendono a limitare la facoltatività» dell'insegnamento di religione, «(…) anche solo omettendo di divulgare informazioni chiare e precise sull'esercizio del diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi. Anche quando i dirigenti scolastici hanno operato correttamente per favorire l'esercizio di questo diritto, si è sperimentata l'impossibilità di evitare ogni discriminazione».

te vigente, l'insegnamento di religione sembra aver sempre perseguito il soddisfacimento di interessi di parte, vanificando in concreto la sua presunta aspirazione al perseguimento di interessi generali (quali la formazione alla cultura religiosa e alla conoscenza delle tradizioni religiose del Paese) ascrivibili al progresso dell'intera collettività nazionale[26].

Inoltre, sembra essere davvero difficile poter individuare il soggetto titolare del compito di verificare la rispondenza o meno dell'insegnamento all'obiettivo concordatario della sua compatibilità con le finalità della scuola, così come problematica sembrerebbe essere l'eventuale attività di ripristino dello *status quo ante*.

Infine, chiamata a pronunciarsi più direttamente sulla collocazione oraria dell'insegnamento della religione, la Corte ha risposto con l'ordinanza di inammissibilità n. 290 del 1992, precisando che le modalità di impegno o disimpegno scolastico legate all'organizzazione interna della scuola non presentano alcuna attinenza con la libertà religiosa e, dunque, non possono interessare l'azione dei giudici delle leggi. La Corte, ovvero, in coerenza con le posizioni espresse nelle sentenze nn. 203/1989 e 13/1991, ha salvato la disciplina concordataria dall'illegittimità costituzionale, ed ha interpretato l'art. 9 della legge n. 121/1985 nel senso di conferire alla discrezionalità dell'amministrazione scolastica l'organizzazione dei corsi e la collocazione oraria dell'educazione religiosa[27].

Tuttavia, la soluzione compromissoria con cui i giudici delle leggi

[26] Sembra fondato ritenere che la Chiesa, per mezzo di un insegnamento curricolare di religione cattolica negli istituti pubblici d'istruzione, riesce ad esercitare un potere culturale, un'influenza reale sulla cultura di un Paese, sulle opinioni dei cittadini e dei loro modi di pensare, sulla concezione della moralità pubblica. La Chiesa, quindi, utilizza lo strumento dell'educazione religiosa per operare all'interno della società, con una modalità di presenza che sembra assumere una decisa caratterizzazione politica, particolarmente in una cultura che possa realmente proporsi come democratica. Sulle strategie di presenza della Chiesa nel sociale, anche attraverso i canali dell'educazione, si veda MARTIN RHONHEIMER, *Democrazia moderna, Stato laico e missione spirituale della Chiesa: spunti per una concezione politica «sana» della laicità*, in PIERPAOLO DONATI (a cura di), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 126-133.

[27] Ciò in conformità con le indicazioni dell'Intesa "Falcucci-Poletti" del 14 dicembre 1985 (DPR n. 751/1985), attuativa delle previsioni dell'art. 9.2 della legge n. 121/1985. In essa, infatti, si prevede alla lettera *a*) del punto 2.1: "Il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi dell'insegnamento della religione cattolica assicurato dallo Stato non deve determinare alcuna forma di discriminazione, neppure in relazione ai criteri per la formazione delle classi, alla durata dell'orario scolastico giornaliero e alla collocazione di detto insegnamento nel quadro orario delle lezioni"; nonché al secondo comma del punto 2.2: "La collocazione oraria di tali lezioni è stabilita dal capo d'istituto secondo il normale criterio di equilibrata distribuzione delle diverse discipline nell'ambito della scuola e per ciascuna delle classi".

hanno risolto la questione del collocamento orario sembra essere criticabile, poiché si ritiene che la Corte avrebbe dovuto precisare, in modo chiaro e netto, come dalla scelta di non avvalersi non possa mai derivare comunque un impegno positivo, anche se questo comporti solo la permanenza nell'edificio scolastico degli studenti non avvalentisi. Infatti, in caso contrario l'alternativa non sarebbe più "tra una scelta positiva e una negativa", ma tra due scelte positive. Questa voluta ambiguità della pronuncia costituzionale sembra avere il solo scopo di evitare che si crei lo stimolo per la scelta di non avvalersi, consentendo all'autorità ministeriale, a più riprese, l'adozione di circolari neganti una collocazione oraria dell'insegnamento di religione rispettosa delle scelte individuali.

Probabilmente sarebbe stato opportuno chiarire, nel giudicato costituzionale, che la fonte pattizia può regolare la condizione solo di coloro che volontariamente si sottopongono ad essa, in quanto avvalentisi, ma non ha forza nei confronti degli studenti che hanno optato per lo "stato di non-obbligo", ai quali va riconosciuta ampia autodeterminazione in relazione alle scelte di carattere coscienziale.

Il contributo fornito dalla Corte costituzionale in relazione all'insegnamento religioso, in sostanza, può dirsi positivo per l'individuazione del principio di laicità come valore supremo dell'ordinamento costituzionale italiano e per le ripetute puntualizzazioni in ordine alla centralità costituzionale della libertà religiosa[28]. Tuttavia, i segnalati orientamenti giurisprudenziali non sono stati in grado di rendere meno problematica la presenza della religione nella scuola pubblica, che si è andata sempre più configurando (anche a causa di atteggiamenti di diffusa parzialità dei pubblici poteri) non come uno strumento di maggiore libertà per i giovani discenti, ma come un fattore di possibile discriminazione tra alunni e famiglie di fedi religiose o di convinzioni diverse. Una problematicità che appare essere intrinseca all'istituzione stessa di un insegnamento affidato alla gestione confessionale e utilizzabile per proporre un pro-

[28] Enrico Vitali, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Dir. Ecc.*, 2007, 1-2, p. 34, segnala come l'individuazione del principio supremo di laicità dello Stato abbia rappresentato un punto di arrivo storico per il percorso interpretativo seguito dai giudici delle leggi. Soprattutto, secondo l'Autore, la precisazione secondo cui il principio di laicità implichi, da un lato, un regime di pluralismo confessionale e culturale e, dall'altro, comporti non indifferenza dello Stato ma garanzia per la salvaguardia della libertà religiosa, sarebbe di portata epocale per l'esatta comprensione della qualificazione della laicità statale. Si sarebbe, ovvero, delineata la fisionomia di una laicità positiva, intesa come compito dello Stato di svolgere interventi diretti a rimuovere ostacoli e impedimenti, in un quadro di compatibilità con la distinzione (costituzionalmente asseverata) tra l'ordine delle questioni civili e l'ordine delle questioni religiose.

getto religioso di vita, nel quadro del *munus docendi* (quale compito di insegnare e di evangelizzare) di cui è depositaria la Chiesa[29], la quale lo esplica attraverso personale di sua fiducia immesso nell'esercizio dell'attività educativa (ed assunto nell'ambito dell'amministrazione scolastica[30]), in violazione del divieto costituzionale (art. 7, comma I) di commistione di poteri e funzioni tra la potestà ecclesiastica e quella civile[31].

### 3. *Le singolarità dello status giuridico dei docenti nella legge n. 186/2003*

Strettamente connesso all'insegnamento della religione è l'insieme delle problematiche connesse allo *status* giuridico dei docenti, che risente delle ambiguità derivanti dalla confezione della disciplina concordataria in materia e dalle previsioni di un recente intervento legislativo, che sembra essere piuttosto censurabile in termini di rispetto del principio di laicità dello Stato[32].

[29] Paolo Cavana, *Libertà di magistero e Stato costituzionale*, in Giuseppe Dalla Torre e Pasquale Lillo (a cura di), *Sovranità della Chiesa e giurisdizione dello Stato*, cit., pp. 192-193, rileva come la Chiesa sia, da sempre, impegnata nell'annuncio del messaggio cristiano e nella testimonianza dei valori della fede, secondo il mandato esplicito in tal senso che essa ha ricevuto dal suo Fondatore. In particolare, l'esercizio della funzione magisteriale (*munus docendi*) ha finito con l'assumere un ruolo centrale nella missione della Chiesa e nel suo rapporto con la comunità politica, come canale privilegiato di dialogo e di confronto con la società e con la cultura contemporanea.

[30] Sul punto si veda Giuseppe Dalla Torre, *Le competenze ecclesiastiche nella disciplina dell'insegnamento scolastico della religione*, in Valerio Tozzi e Flavia Petroncelli Hübler (a cura di), *La rilevanza di alcuni aspetti delle potestà confessionali nel sistema giuridico civile*, Salerno, Edisud, 1993, pp. 143 e ss.

[31] Per Sergio Lariccia, *Garanzie di libertà e di uguaglianza per i singoli e le confessioni religiose, oggi in Italia*, in *Dir. Ecc.*, 2007, 1-2, pp. 112-113, tale situazione indicherebbe la realtà di un ordinamento italiano non completamente democratico. Ciò, secondo l'Autore, per una molteplicità di motivazioni: mancata garanzia del principio di laicità delle istituzioni repubblicane; mancata garanzia dell'eguaglianza dei cittadini e delle confessioni religiose davanti alla legge; mancata garanzia effettiva dell'eguale libertà delle confessioni religiose, in ragione del conferimento alla Chiesa delle possibilità di una esplicazione più accentuata di libertà e di una condizione di sostanziale privilegio (in violazione dei principi costituzionali e delle indicazioni della Costituzione conciliare *Gaudium et Spes*); mancata garanzia, anche dopo la stipula degli Accordi di Villa Madama del 1984, della libertà di religione e verso la religione dei consociati, credenti e non credenti, bambini e adulti, donne e uomini, alunni e insegnanti, dentro la scuola e fuori della scuola; mancata garanzia dell'eguaglianza tra credenze religiose e filosofiche, tra confessioni religiose e organizzazioni non confessionali e filosofiche; vigenza, in materia religiosa, di controlli della magistratura (ad esempio, del Consiglio di Stato) non assistiti dalle necessarie garanzie di indipendenza nei confronti del potere esecutivo, con il rischio che alcuni fondamentali diritti costituzionali possano essere degradati al ruolo di meri interessi legittimi.

[32] Posto che la laicità dello Stato deve importare un regime di uguaglianza di oppor-

Come è ben noto, il punto 5 del Protocollo addizionale all'Accordo di Villa Madama ha previsto che l'insegnamento della religione cattolica venisse affidato a personale dotato di specifica qualificazione professionale, sulla base di un giudizio di idoneità rilasciato dall'autorità ecclesiastica competente. Quest'ultima, nella persona dell'Ordinario diocesano, avrebbe potuto altresì ritirare il suo pregresso benestare, in base ad una valutazione insindacabile, rimovendo, in sostanza, il docente dalla sua funzione.

Rispetto a tali disposizioni, la Corte costituzionale è stata chiamata a valutare, per ben due volte, precise ipotesi di illegittimità costituzionale. Con la sentenza n. 343 del 1999, valutando l'illegittimità costituzionale, rispetto agli artt. 3 e 97 Cost., della esclusione degli insegnanti di religione (in possesso dei titoli e dell'anzianità di servizio richiesti) da un concorso riservato per l'accesso ai ruoli del personale docente, i giudici delle leggi hanno sostenuto la non assimilabilità dei docenti di religione agli altri insegnanti. Ciò in ragione della prestazione di un servizio didattico sulla base di specifici profili di qualificazione professionale, determinati d'intesa tra il Ministero della Pubblica Istruzione e la Conferenza Episcopale Italiana, che non potrebbero consentire l'accesso ad altri insegnamenti.

Invece, con la pronuncia n. 390 del 1999, la Corte ha riconosciuto come non fondata una questione di legittimità costituzionale, sempre in riferimento agli artt. 3 e 97 della Carta, rispetto alla previsione stabilente l'efficacia annuale della nomina del docente di religione, ritenuta essere di impedimento per i preposti all'erogazione di tale servizio formativo ai fini dell'accesso ai ruoli del personale docente. Oltre a ciò, l'annualità dell'incarico, secondo i giudici remittenti, sarebbe causa di un disagio personale e familiare dell'insegnante, tale da riverberarsi sul suo rendimento e sulla esatta prestazione del servizio; tale condizione, inoltre, sarebbe lesiva della aspettativa personale alla stabilità lavorativa, qualità ritenuta necessaria ai fini dell'esperienza e della continuità didattica derivanti dalla prestazione del servizio nella medesima sede. Tuttavia, la Corte costituzionale ha ritenuto non discriminatoria la disciplina legisla-

tunità tra tutte le fedi religiose, una chiara distinzione tra la sfera civile e quella religiosa, una non indifferenza per le esigenze religiose dei consociati con l'attivazione di un sistema di collaborazione tra pubblici poteri ed istituzioni ecclesiastiche implicante una irrinunciabile lealtà tra lo Stato e le organizzazioni religiose. Cfr. GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *Libertà, sicurezza e dialogo culturale come coordinate del rapporto tra islam e occidente*, in GIOVANNI BATTISTA VARNIER (a cura di), *La coesistenza religiosa: nuova sfida per lo Stato laico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 47.

tiva dell'insegnamento della religione, sottolineando come il conferimento di incarichi a tempo determinato venisse ampiamente contemplato dalla disciplina scolastica di diritto comune, e che la scelta dell'incarico quale strumento di provvista di questo personale docente non fosse arbitraria o irragionevole, soprattutto se valutata in relazione alle peculiarità di questo insegnamento[33].

In realtà, anche in dottrina veniva maturando la convinzione che i docenti di religione cattolica nelle scuole statali fossero titolari di una posizione giuridica distinta rispetto alle altre categorie di insegnanti, in virtù della loro soggezione al gradimento e all'accertamento dell'idoneità da parte dell'Ordinario diocesano. Per tali docenti, quindi, sarebbero in vigore delle procedure che non possono ritenersi assimilabili a quelle previste per la generalità dei docenti, con il conferimento di uno *status* escludente l'immissione in ruolo con le modalità ordinarie, senza che ciò, tuttavia, possa comportare alcun pregiudizio per la dignità professionale della loro attività[34]. La peculiarità del rapporto di lavoro dell'insegnante di religione è rappresentata dal permanere, anche nella previsione neoconcordataria, di una duplice dipendenza, statale ed ecclesiastica, con quest'ultima di notevole rilevanza giuridica sia sotto il profilo del reclutamento, subordinato alla sua autorizzazione, sia sotto il profilo della risoluzione del rapporto (diritto di revoca).

Ciò in quanto il potere dell'autorità ecclesiastica non discende dal Codice civile, ma dal *Codex iuris canonici*, ossia dall'insieme delle norme giuridiche, poste o fatte valere dall'autorità della Chiesa; norme secondo le quali la Chiesa è organizzata e che regolano l'attività dei fedeli nel mondo in relazione ai fini propri della Chiesa stessa.

Infatti, il canone 804 stabilisce che, per il riconoscimento dell'idoneità, l'insegnante deve avere i requisiti della retta dottrina, testimonianza di vita cristiana e abilità pedagogica, e se non dovesse mantenersi fedele a tali principi è soggetto a revoca ai sensi del canone 805[35].

[33] Interessanti indicazioni su questi orientamenti giurisprudenziali della Corte costituzionale in Michele Della Morte, *Profili del divieto di discriminazione nell'ambito della scuola*, in Carlo Calvieri (a cura di), *Divieto di discriminazione e giurisprudenza costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 201-203.

[34] Giovanni Cimbalo, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il Concordato tradito*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2004, 1, pp. 161-162.

[35] Canone 804: "*1. All'autorità della Chiesa è sottoposta l'istruzione e l'educazione religiosa cattolica che viene impartita in qualunque scuola o viene procurata per mezzo di vari strumenti di comunicazione sociale; spetta alla Conferenza Episcopale emanare norme generali in questo campo d'azione, e spetta al Vescovo diocesano regolarlo e vigilare su di esso. 2. L'Ordinario del luogo si dia premura che coloro, i quali sono deputati come insegnanti della religione nelle scuole, anche non cattoliche, siano eccellenti per retta dottrina, per testimonianza di vita cristiana e per abilità pedagogica*".

Cosicché di fatto e di diritto l'insegnante di religione cattolica è sottoposto a due diverse fonti di diritto, distinte ed autonome[36]. Pertanto, non potendo nessuno dei due poteri disporre pienamente dell'insegnante di religione, nella stessa pattuizione neoconcordataria, da un lato l'autorità ecclesiastica ha ribadito il diritto di idoneità e di revoca, dall'altro lo Stato, proprio per non entrare in aperta contraddizione con la controparte confessionale e con il suo stesso ordinamento, ha qualificato la prestazione del docente di religione come rapporto di lavoro a termine e non di ruolo.

Al legislatore statuale era abbastanza chiaro che la costituzione del ruolo per gli insegnanti di religione potesse per certi versi contraddire in determinate circostanze la legittima autonomia dei due ordinamenti. Da qui la condizione contrattuale riconfermata legittima dalla stessa Corte costituzionale, come si è visto, nella sentenza n. 390 del 1999, proprio perché ritenuta essere derivante dal regime pattizio.

È sempre apparsa difficile, dunque, in presenza di tali disposizioni pattizie, una soluzione che prevedesse l'immissione in ruolo o meglio un'assunzione a tempo indeterminato dell'insegnante di religione senza penalizzare una parte dei contraenti del Concordato, o senza una revisione delle stesse intese concluse in materia.

Invece, gli evidenziati esiti del confronto giurisprudenziale e del dibattito dottrinale in tema di *status* degli insegnanti di religione sembra-

Canone 805: "*E' diritto dell'Ordinario del luogo per la propria diocesi di nominare o di approvare gli insegnanti di religione, e parimenti, se lo richiedano motivi di religione o di costumi, di rimuoverli oppure di esigere che siano rimossi*".

[36] Ricordiamo che, per il diritto della Chiesa, l'educazione cattolica della gioventù impone una complessa ed articolata attività di catechesi evangelizzatrice, la quale comprende anche l'insegnamento religioso nella scuola pubblica, da intendersi nella forma di vero e proprio *munus docendi*. Le previsioni codiciali dei canoni 804 e 805 sono integrate dalla Nota pastorale della Conferenza Episcopale Italiana "Insegnare religione cattolica oggi", approvata dalla XXXIV Assemblea Generale della CEI nel maggio del 1991. In essa si riserva una intera sezione al profilo professionale e all'impegno educativo dell'insegnante di religione, nella quale, sulla base di due elementi preliminari individuati nella tensione ideale e nella passione educativa, sono individuate alcune caratteristiche di complemento allo *status* giuridico dei docenti all'interno dell'ordinamento canonico: la professionalità dell'insegnamento, da conseguire attraverso la formazione e l'aggiornamento, l'intenzionalità educativa; la particolare relazione con la Chiesa, che si manifesta come peculiarità della idoneità. Le indicazioni contenute nella Nota pastorale in oggetto si collocano nella prospettiva del canone 804 del *Codex*, riconoscendo l'esistenza di un ufficio ecclesiastico nell'attività di istruzione ed educazione religiosa cattolica, ed individuando nella "retta dottrina", nella "testimonianza di vita" e nella "abilità pedagogica" i requisiti soggettivi del titolare dell'ufficio. In dottrina cfr. GAETANO DAMMACCO, *Stato giuridico dell'insegnante di religione e ordinamento italiano*, in GAETANO DAMMACCO (a cura di), *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, Bari, Carocci, 1995, pp. 35-36.

no stridere con le scelte effettuate di recente dal legislatore al fine di porre rimedio alla fisiologica instabilità nel rapporto di lavoro di questa categoria di docenti[37]. L'adozione della legge n. 186 del 2003, approvata dopo un travagliato *iter* legislativo durato ben 17 anni, mirava a soddisfare la richiesta di equiparazione del personale docente preposto all'insegnamento religioso per mezzo della immissione in ruolo attraverso una particolare modalità di concorso per titoli ed esami; una procedura nella quale si affida all'intesa con l'autorità ecclesiastica l'individuazione dei titoli[38], si richiede il possesso dell'idoneità rilasciata dall'Ordinario diocesano e si prevedono delle prove d'esame prive dell'accertamento dei contenuti specifici dell'insegnamento della religione cattolica. Inoltre, al fine di superare le obiezioni poste dalle segnalate questioni di costituzionalità relative allo *status* dei docenti di religione, l'art. 4, comma III, della legge n. 186/2003 ha previsto che, in caso di revoca dell'idoneità o di esubero, il docente possa fruire della mobilità professionale nell'ambito del comparto della scuola, assumendo la responsabilità di attività didattiche per altre discipline (per le quali, nella generalità dei casi, essi non avrebbero vinto alcun concorso, determinandosi così la creazione di una situazione di concorrenza con il resto del personale docente).

Come si vede, il provvedimento adottato dal legislatore riformatore presenta delle ambiguità, relativamente in particolare alla stabilizzazione con un concorso *ad hoc* di personale docente e alla speciale forma di mobilità in caso di revoca dell'idoneità da parte dell'Ordinario diocesano. Per la prima volta nella storia del diritto del nostro Paese viene individuato quale motivo sog-

[37] In realtà, la stabilizzazione degli insegnanti di religione non costituisce una novità in senso assoluto, in quanto, ben prima dell'adozione della legge n. 186/2003, si erano approvati provvedimenti di varia natura che avevano avvicinato lo *status* giuridico di questi docenti a quello degli insegnanti in ruolo. Ad esempio, la progressione di carriera e le relative condizioni economiche erano state agganciate a quelle degli insegnanti di ruolo con la legge n. 312/1980, statuente un periodo di incarico non inferiore a quattro anni e un orario di tempo pieno. Successivamente, il DPR n. 399/1988 aveva introdotto innovazioni positive sul piano economico e normativo, riconosciute a livello contrattuale con le pattuizioni collettive del 1995 e del 1999. Cfr. Andrea Gianni, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2004, 2, p. 382.

[38] Ricordiamo che, a partire dal 1985, per volontà concorde dello Stato e della Chiesa, il possesso di precisi titoli di qualificazione professionale è condizione necessaria per la nomina degli insegnanti di religione; inoltre, sulla base della normativa canonica (Delibera CEI n. 41 del 1986), il possesso dei titoli è presupposto essenziale per il riconoscimento della idoneità, e l'accertamento del possesso della qualificazione professionale e della idoneità rientrano nelle competenze assegnate all'Ordinario diocesano. Cfr. Manlio Asta, *Idoneità e titoli di qualificazione dell'insegnante di religione*, in Gaetano Dammacco (a cura di), *L'insegnamento della religione cattolica in una società pluralista*, cit., pp. 63 e ss.

gettivo di risoluzione del rapporto di lavoro la violazione non di norme del nostro Codice civile, ma di disposizioni del Codice di diritto canonico[39]. Ossia l'insegnante di religione, assunto a tempo indeterminato dallo Stato, è licenziabile per comportamenti che siano in contrasto con la retta dottrina, con la testimonianza di vita cristiana e con l'abilità pedagogica[40], affidando ogni decisione in merito all'Ordinario diocesano. Paradossalmente incappa nel licenziamento motivato colui che, pur non violando alcuna disposizione legislativa e contrattuale, non si attenga a quanto stabilito dal diritto della Chiesa, entrando in conflitto con le disposizioni del diritto canonico.

Un ambito questo che rientra nella libertà di coscienza non ipotizzabile nel diritto positivo, ma che trova giustificazione e legittimità solo in una dimensione metagiuridica, quale è quella del diritto divino, che vede la Chiesa come unica *proxima fidei regula* nel suo divino magistero.

La possibilità di utilizzo dell'istituto della mobilità, per coloro che possono avvalersene, è cosa scarsamente rilevante. Sta di fatto che quel regime duale presente nell'attuale regolamentazione non solo vive, ma viene acutizzato con una contraddizione tutta a carico dello Stato, costretto a violare se stesso e le sue leggi[41]. Ovvero, si determinerebbe il paradosso per cui lo Stato, nella veste di datore di lavoro, si dimostri incapa-

[39] Come evidenziato da ANNA TALAMANCA, *Lo stato giuridico degli insegnanti di religione: bilanciamento tra impegni bilaterali ed equiparazione giuridica*, in RAFFAELE BOTTA (a cura di), *Diritto ecclesiastico e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, p. 332, l'istituzione del ruolo degli insegnanti di religione, pur avendo rimosso l'ostacolo principale per il conferimento di una vera stabilità a questa categoria di docenti, evidenzia una sottovalutazione da parte del legislatore della circostanza per cui l'accesso ai ruoli (pur se legittimato dai requisiti di professionalità richiesti dallo Stato), viene ad essere subordinato ad un certificato di idoneità rispondente a logiche proprie dell'ordinamento canonico. Ovvero, secondo l'Autrice, si sarebbe in presenza di una forma atipica di abilitazione e all'esercizio di un'attività di insegnamento esplicantesi attraverso modalità e regole peculiari, che rifuggono ad un'applicazione estensiva del diritto comune.

[40] Questa previsione normativa della legge n. 186/2003 sembra porsi palesemente in contrasto con le norme che disciplinano il licenziamento per giusta causa e per giustificato motivo di cui al DPR n. 3/57, al D Lgs. n. 29/93, al D. Lgs. n. 297/94 e al D. Lgs. n. 165/2001. Più in generale questa norma contrasta con il principio generale del nostro ordinamento secondo il quale il provvedimento di risoluzione del rapporto di lavoro "deve poggiare su un motivo socialmente giustificato, con onere della prova spettante al datore di lavoro" (Cass. 12 dicembre 1972, n. 3578). La revoca dell'idoneità non può in alcun caso essere considerata come prova di un licenziamento per giusta causa in quanto è una conseguenza di un procedimento esterno al datore di lavoro; a questi, per comminare un provvedimento di risoluzione del rapporto di lavoro, spetta l'onere della prova. (così come previsto dall' art. 2119 c.c., dalle leggi nn. 604/66, 300/70, e 108/90, nonché dal DPR n. 3/57).

[41] Paradossalmente verrebbe introdotta nel nostro ordinamento l'ipotesi della legittimità del licenziamento motivato da ragioni discriminatorie, per giunta comminato dallo stesso Stato nella qualità di datore di lavoro. Così verrebbe, infatti, a verificarsi nell'ipotesi in cui il

ce di garantire a tutti i suoi dipendenti le stesse garanzie giuridiche.

La legge n. 186/2003 rappresenterebbe, dunque, una soluzione decisamente discutibile sotto il profilo giuridico, e ancora più discutibile sotto il profilo costituzionale. I dubbi di conformità rispetto al principio di laicità dello Stato sembrano essere notevoli, evidenziandosi l'anomalia dell'insegnamento religioso rispetto a tutti gli altri offerti dalla scuola pubblica.

Dall'esame della nuova normativa, sembrerebbero configurarsi le violazioni dei principi stabiliti agli articoli 3 e 4 della Carta costituzionale, laddove questi prevedono sia la pari dignità sociale, sia l'uguaglianza di tutti i cittadini davanti alla legge. Va da sé che, restando il potere di veto da parte dell'autorità ecclesiastica, previsto dal patto concordatario, il rispetto del principio della dignità sociale e, soprattutto, il compito della Repubblica di rimuovere gli ostacoli che ne impediscono tale affermazione verrebbero meno. Allo stesso modo sembrerebbe venir meno un trattamento equo dello Stato nei confronti di quei cittadini di credo, fede e religione diversa da quella cattolica.

Il testo normativo in oggetto, altresì, configurerebbe una violazione dell'articolo 7 della Costituzione, in quanto la perdurante vigenza della legge n. 186/2003 contrasterebbe con il principio di indipendenza e sovranità sia dello Stato che della Chiesa stessa, principio confermato dalla stessa pattuizione concordataria del 1984 che ha modificato i Patti Lateranensi[42]. Inoltre, il riconoscimento alla religione cattolica di una cer-

docente di religione di ruolo dovesse incorrere nella "revoca" da parte dell'Ordinario diocesano una volta che questi verifichi il venir meno delle condizioni di cui al canone 805 del *Codex*. Ora, poiché tra queste ipotesi, oltre alle cosiddette "valutazioni morali", vi sarebbero anche quelle relative a scelte individuali coerentemente con le leggi ordinarie, quali appunto, per citarne alcune, quelle sul divorzio, sull'interruzione delle gravidanza, sul matrimonio civile e sulla convivenza, sarebbe quanto mai imbarazzante per lo Stato sostenere la legittimità di tale procedimento senza incorrere in contraddizione (art. 4 l. n. 604/66, art. 15 l. n. 300/70, art. 3 l. n. 08/90, art. 2 l. n. 1204/71 e successive modifiche, D.Lgs. n. 53/2000, artt. 1 e 2 l. n. 7/63).

[42] Con l'articolo 1 dell'Accordo di Villa Madama, la Chiesa si è vincolata al pieno rispetto dell'indipendenza e della sovranità dello Stato democratico e pluralista nel suo ordine, e a collaborare, in osservanza dell'impegno, per il bene del Paese. La norma, dunque, invita l'autorità confessionale al rispetto delle istituzioni civili e ad accettare che le decisioni adottate nella sfera temporale rappresentino l'esito di un procedimento democratico, in chiave pluralistica, degli interessi meritevoli di tutela. Se l'esercizio da parte delle Chiesa del suo *munus docendi* non può essere oggetto di sindacato da parte dell'autorità civile, parimenti le modalità di esercizio della potestà magisteriale dovrebbero, di necessità, conformarsi al rispetto della reciproca autonomia nelle sfere di competenza. Così, il disposto di cui all'art. 1 degli Accordi del 1984 ha l'effetto di determinare l'adeguamento delle forme di esternazione del magistero ecclesiastico a modelli compatibili con la garanzia di indipendenza delle questioni secolari da quelle prettamente spirituali. Cfr. Jlia Pasquali Cerioli, *L'indipendenza dello Stato e delle confessioni religiose. Contributo allo studio del principio di distinzione degli ordini nell'ordinamento italiano*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 175-178.

ta "supremazia" rispetto alle altre confessioni, sia diretta che indiretta, metterebbe in discussione i principi sanciti dal primo comma dall'art. 8 della Costituzione[43] e riaprirebbe, di conseguenza, una revisione dell'attuale situazione pattizia con le altre confessioni e, peraltro, con gli stessi problemi connessi alla religione cattolica.

Le previsioni della riforma normativa sullo *status* dei docenti di religione, poi, determinerebbero una lesione delle garanzie di cui all'art. 33 Cost., violando la libertà di insegnamento. Infatti, il riconoscimento della stabilità nel ruolo alla categoria degli insegnanti di religione, alla pari di tutti gli altri docenti statali, evidenzierebbe la mancata applicazione per essi del «(….) principio fondamentale della libertà di insegnamento (…), in quanto (…) obbligati a mantenere il loro insegnamento conforme ad una dottrina la cui ortodossia è diritto-dovere dell'autorità controllare»[44].

Va detto, inoltre, che, nell'impianto disegnato dalla legge n. 186/2003, lo Stato, in quanto datore di lavoro, non garantirebbe il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione ai sensi dell'articolo 97 della Costituzione, per via degli effetti del riconoscimento della revoca quale giusta causa di risoluzione del rapporto, nonché per via di un reclutamento specifico, condizionato da un requisito esterno quale appunto è l'idoneità. Inoltre, si creerebbero situazioni discriminanti nei confronti di tutti gli altri cittadini che aspirano all'insegnamento passando attraverso le tradizionali forme di reclutamento[45].

Verosimilmente si potrebbe dire che, almeno in parte, l'accesso all'insegnamento nella scuola statale verrebbe ad essere decisamente controllato e sottoposto al vincolo dell'adesione ad un credo religioso[46]. Ciò,

[43] Si tratta, non a torto, della norma, statuente l'eguaglianza nella libertà, che costituisce la regola fondamentale del diritto ecclesiastico italiano, e in quanto tale, applicabile a tutte le confessioni, compresa la cattolica. In dottrina GIUSEPPE CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 140 e ss.

[44] Così ANTONIO VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico. Ordinamento giuridico e interessi religiosi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 307.

[45] In dottrina questa anomalia è segnalata da FORTUNATO FRENI, *I.R.C. e scuole confessionali nel pluralismo delle opzioni formative: ancora nodi problematici al vaglio della recente giurisprudenza*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2008, 3, pp. 800-801.

[46] L'idoneità garantisce il controllo dell'autorità ecclesiastica sull'insegnante, e sta ad evidenziare come la figura del docente di religione cattolica non possa essere definita solo dai controlli e dalle procedure che lo Stato stabilisce per tutti gli insegnanti, bensì ha il suo definitivo compimento solo in presenza (unitamente alla immissione in ruolo statale) del riconoscimento dell'autorità della Chiesa per mezzo di una certificata dichiarazione di attitudine all'insegnamento. Ovvero, l'idoneità, quale potere di autorizzare l'insegnante, insieme al vincolo normativo (punto 5a del Protocollo Addizionale) di conformità dell'inseg-

peraltro, in una fase in cui lo stesso Ministero dell'Istruzione ha annunciato una contrazione dei posti d'insegnamento disponibili. In proposito va inoltre tenuto presente che viene prefigurato il solo "trasferimento in uscita", ovvero l'insegnante di religione, così reclutato, ha diritto, fermo restando il possesso dei requisiti richiesti, di transitare ad altre classi di concorso. Non sembra essere consentito, invece, il "trasferimento in entrata", ossia la possibilità ad altri docenti di accedere all'insegnamento della religione[47].

Sotto il profilo prettamente costituzionale, le implicazioni della legge n. 186/2003 sembrerebbero essere di portata più ampia di quanto possa essere una semplice richiesta di creazione del ruolo degli insegnanti di religione mediante legge ordinaria[48]. Per poter essere coerenti con tale

namento alla dottrina della Chiesa, costituiscono l'attuazione concreta della scelta pattizia di conferire alla Chiesa la competenza esclusiva relativamente ai contenuti e alle modalità dell'insegnamento di religione cattolica. Peraltro, la necessità di una autorizzazione rilasciata da un'autorità estranea rispetto ai pubblici poteri, responsabili della gestione della scuola statale, integrerebbe una insanabile incompatibilità dell'inserimento degli insegnanti di religione nei ruoli della scuola, tale da collocare il regime concordatario dell'educazione religiosa in una situazione di continua conflittualità con la tendenziale neutralità della scuola pubblica. *Contra* ANDREA GIANNI, *La legge sul ruolo degli insegnanti di religione cattolica*, cit., p. 390, che ritiene lo strumento dell'idoneità del tutto conforme all'impianto complessivo del sistema concordatario dell'istruzione religiosa attualmente vigente.

[47] Cfr. PIERLUIGI CONSORTI, *Sul nuovo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica, con particolare riferimento alla loro mobilità*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2009, pp. 20-26.

[48] Ricordiamo, a tal proposito, che secondo un'Ordinanza del Ministero della Pubblica Istruzione relativa agli esami di Stato, la n. 30 del 10 marzo 2008, gli insegnanti di religione cattolica in sede di scrutinio finale, "partecipano a pieno titolo alle deliberazioni del consiglio di classe concernenti l'attribuzione del credito scolastico agli alunni che si avvalgono di tale insegnamento". Contro tale ordinanza hanno fatto ricorso al TAR Lazio, in data 9 maggio 2008, numerose associazioni laiche e confessioni religiose, alle quali si sono aggiunti studenti che non si sono avvalsi dell'insegnamento di religione, chiedendo la soppressione dell'art. 8, punti 13, 14 della contestata Ordinanza ministeriale, relativi all'attribuzione del credito scolastico agli insegnanti di religione cattolica. I ricorrenti evidenziavano come l'ordinanza riconoscesse solo agli studenti che hanno frequentato un'attività alternativa un credito paragonabile a quello di chi segue la religione cattolica (attività alternativa, peraltro, assai raramente resa possibile nelle scuole, come la prassi ha dimostrato); gli studenti che scelgono altre modalità per trascorrere "l'ora di religione" si trovavano, così, ad essere discriminati, pur esercitando il diritto allo stato di assoluto non obbligo loro riconosciuto dalla Corte costituzionale. Inoltre, i ricorrenti, tra cui la Federazione delle chiese evangeliche in Italia (FCEI), denunciavano come, per tale via, venisse sostanzialmente introdotto il concetto di equivalenza dell'insegnamento della religione cattolica (IRC) alle altre materie in sede di scrutini di ammissione alla maturità. Ciò con grave lesione per il principio di laicità della scuola pubblica, di eguaglianza e di buon funzionamento della Pubblica Amministrazione.

richiesta e non cadere in contraddizione con il dettato costituzionale, lo Stato dovrebbe rivedere il Concordato ed eliminare i rigidi vincoli, idoneità e revoca, rimessi alla discrezionalità dell'autorità ecclesiastica. Contestualmente dovrebbero essere riviste anche le modalità di esplicazione dell'insegnamento, dai profili spiccatamente catechetici[49]. Tali modifiche, tuttavia, non potrebbero mai essere rimesse al solo legislatore statuale, in quanto dovrebbero essere il risultato di una nuova e improbabile pattuizione tra Stato e Chiesa, con l'ammessa rinuncia da parte di questa del potere esclusivo di "giurisdizione" sull'insegnante di religione[50].

Questo non vuol dire che la questione dello stato giuridico dei docenti di religione non debba essere migliorato e che la loro condizione di lavoratori non vada tutelata come quella di tutti gli altri lavoratori. Ma per affermare questo principio non bisogna fare "pressioni" sullo Stato, che, secondo l'opinione della categoria degli insegnanti di religione, non garantirebbe l'affermazione dei loro diritti, bensì sulla Santa Sede che, in via pattizia, impone la sua valutazione sull'idoneità e sulla revoca dell'incarico all'insegnante di religione, in aperto contrasto con tutti i principi giuridici del nostro ordinamento.

Solo attraverso il superamento del veto concordatario potrebbe essere possibile ridisegnare l'orizzonte dei diritti e dei doveri di questo personale. Ma questa via, che richiede una revisione del Concordato, viene esclusa a priori, con l'assurda conseguenza che sia l'instaurazione che la cessazione del rapporto di lavoro dell'insegnante di religione vengono demandate ancora ad un'autorità esterna allo Stato, fissando così una condizione non contemplata in nessun ordinamen-

[49] Peraltro, come sottolineato da GIOVANNI CIMBALO, *Scuola pubblica e istruzione religiosa: il Concordato tradito*, cit. p. 164, la ruolizzazione degli insegnanti di religione «(…) ridà nuova forza ai sostenitori della piena dignità dell'insegnamento della religione nella scuola pubblica e prepara la strada alla riapertura del confronto sulla natura curricolare e alternativa dell'insegnamento. Divenuto di ruolo l'insegnante di religione, come sarà possibile mantenere in vita l'anomalia di questo insegnamento rispetto agli altri presenti nella scuola, in una scuola dell'autonomia nella quale ogni istituto produce e segue il suo progetto di offerta formativa!».

[50] Come sostenuto da FLAVIO PAJER, *Studiare scienze religiose in un'Europa multiculturale*, in *Religioni e Società*, 37, 2000, p. 84, occorrerebbe, nel quadro della normativa concordataria, «(…) ripensare la formazione degli insegnanti di religione, collocandola all'interno dei principi e delle regole della formazione degli altri docenti della scuola pubblica. Ciò al fine di superare quella incresciosa separatezza che isola artificiosamente il percorso di studi del docente di religione da quello comune dei suoi colleghi, e per promuovere una più coerente collaborazione tra Stato e Chiesa che, su questo terreno della formazione, continuano ad ignorarsi o quasi».

to europeo[51].

Su questo terreno non sembrerebbe esservi, allo stato attuale, disponibilità alcuna da parte della stessa autorità ecclesiastica all'adozione di modifiche normative della legislazione bilateralmente convenuta, in quanto una revisione del Concordato metterebbe inevitabilmente in discussione la storica e consolidata condizione di privilegio goduta dalla Chiesa in ambito educativo[52].

## 4. *Quale alternativa all'insegnamento di religione?*

Da quanto detto, ripercorrendo le posizioni della Corte costituzionale in materia di insegnamento della religione, si rileverebbero due contraddizioni di fondo nella legislazione vigente in materia. Da un lato, l'obiettivo concordatario di proporre un insegnamento religioso con caratteristiche culturali striderebbe con l'opzionalità di questa disciplina e con il suo affidamento a docenti graditi all'autorità ecclesiastica; dall'altro, la volontà politica, esplicitata negli Accordi di Villa Madama, di offrire un libero insegnamento confessionale (al fine di rispondere a richieste in questa direzione provenienti dagli studenti e dalle famiglie) sarebbe in contrasto con l'assunzione dei costi *ex parte publica*.

Parimenti, potrebbe ritenersi percorribile l'ipotesi di ricorsi alla Corte di Strasburgo per una possibile violazione da parte della legislazione italiana del divieto di discriminazione in tema di istruzione religiosa (art. 2 Protocollo n. 1, in combinato disposto con gli artt. 9 e 14 CEDU). Infatti, se può giustificarsi l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche in considerazione della storia e della tradizione italiana, tuttavia il sistema attualmente vigente non pare rispettoso né del divieto di indottrinamento (in quanto contemplante un insegnamento di stampo

[51] Questa incongruenza è rilevata da PIERLUIGI CONSORTI, *Sul nuovo stato giuridico degli insegnanti di religione cattolica, con particolare riferimento alla loro mobilità*, cit., il quale osserva come la legge n. 186/2003 non abbia sciolto il nodo dello stato giuridico degli insegnanti di religione, non abbia conferito ai docenti di questa disciplina un ventaglio di garanzie pari a quello goduto dagli altri lavoratori del pubblico impiego, abbia prodotto una regolamentazione normativa troppo subordinata alle esigenze dell'apparato ecclesiastico, moltiplicando le difficoltà connesse alle peculiarità dell'insegnamento in questione, alla sua natura di *res mixta*, alla specialità della disciplina.

[52] Privilegio da ritenersi intollerabile, dato che risulterebbe inaccettabile «(…) una idea di laicità che faccia riferimento (e quindi tuteli) esclusivamente ai valori portati dalla tradizione religiosa della maggioranza, atteso che la laicità implica un regime di pluralismo religioso e culturale ed è in funzione dei diritti delle minoranze». Così ENRICO VITALI, *L'evoluzione del diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 38.

confessionale, sia per i programmi, che per il controllo ecclesiastico su questi e sui docenti), né sembra assolvere al dovere di fornire una istruzione religiosa in modo critico, obiettivo e pluralistico, conformemente alle indicazioni poste dalla giurisprudenza europea[53].

[53] Il riferimento è, innanzitutto, al caso *Folgerø* (sentenza del 29 giugno 2007), nel quale si è assistito alla condanna della Norvegia per violazione dell'art. 2 del Protocollo n. 1 alla CEDU; una vicenda particolarmente complessa e delicata nella quale si è rilevato un intricato intreccio tra diritto all'istruzione, libertà di educazione e di insegnamento, libertà religiosa, qualificazione dello Stato in senso confessionista. Nello specifico, la Corte Europea ha censurato una disciplina norvegese relativa alle condizioni poste ai genitori per la richiesta di esenzione dei propri figli dall'insegnamento religioso nella scuola. La Corte ha, infatti, individuato il rischio che i genitori si sentissero costretti a svelare ai responsabili degli istituti scolastici degli aspetti intimi delle loro convinzioni religiose e filosofiche, stante l'obbligo di fornire delle motivazioni ragionevoli a sostegno della loro domanda di dispensa. Questo rischio di costrizione appariva tanto più reale dal momento che era difficile per i genitori identificare le parti del corso che portavano a praticare un'altra religione o ad aderire ad un'altra filosofia di vita. Inoltre, la Corte ha osservato che la questione di sapere se una domanda di dispensa è ragionevole costituisce un elemento di conflitto, cosa a cui i genitori possono preferire sfuggire astenendosi dal sollecitare una dispensa. Peraltro, secondo la Corte Europea, lo Stato norvegese non sembra aver sufficientemente vigilato a che le informazioni e le conoscenze, oggetto del programma, fossero diffuse in modo obiettivo, critico e pluralista, soddisfacendo le prescrizioni dell'art. 2 del Protocollo n. 1. Inoltre, le garanzie offerte alle scuole private norvegesi, nell'orientamento della magistratura europea, non costituirebbero una giustificazione per lo Stato dall'obbligo di tutelare il pluralismo nelle scuole pubbliche, apprestando un chiaro (e a tutti fruibile) meccanismo di dispensa totale dall'insegnamento in questione. Per puntuali commenti si rinvia a MARIA GABRIELLA BELGIORNO DE STEFANO, *L'insegnamento della religione sotto il controllo della Corte Europea dei diritti umani*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, giugno 2008, pp. 1 e ss.; CHIARA MINELLI ZAGRA, *L'insegnamento della religione in uno Stato confessionista: il caso Folgerø*, in *Quad. cost.*, 2008, 1, pp. 163 e ss.

Tali orientamenti della massima magistratura europea sono stati, poi, confermati, dalla pronuncia del 9 ottobre 2007 resa dalla Corte Europea nel caso *Hasan e Eylem* contro Turchia. In tale controversia l'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1 veniva richiamato dai ricorrenti che contestavano una violazione delle garanzie convenzionali per la mancata previsione, nell'ordinamento scolastico turco, di una valida procedura di esonero dall'insegnamento obbligatorio di etica e cultura religiosa nelle scuole pubbliche. La Corte, pur non esprimendosi sulla presenza di tale insegnamento come curricolare nel complesso dell'articolazione degli studi, ne ha criticato l'impostazione in quanto inidonea ad assicurare il soddisfacimento del diritto contemplato dall'art. 2 del Protocollo addizionale n. 1, rilevando la necessità di apposite modalità di esonero dalla partecipazione coattiva degli studenti alle lezioni di etica e cultura religiosa. Infatti, l'impraticabilità di effettivi meccanismi di esonero dalla partecipazione alle contestate lezioni avrebbe determinato un significativo affievolimento del diritto dei genitori di trasmettere le proprie credenze alla prole e di scegliere per essi il tipo di educazione reputato più confacente, nonché un indebolimento del diritto dei discenti di maturare scelte ideologiche e spirituali consapevoli e di manifestarle esternamente. Si consenta il rinvio a MARCO PARISI, *L'autonomia dell'istruzione tra intervento pubblico ed iniziativa privata. Tendenze ed esiti delle recenti dinamiche legislative e giurisprudenziali*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2008, 3, pp. 830-832.

A conferma di simili orientamenti starebbe il Decreto legislativo n. 59/2004, che presenta in allegato, come parte integrante, una serie di documenti concernenti gli obiettivi della scuola dell'infanzia, di quella primaria, di quella secondaria di primo grado ed il profilo dell'alunno al termine del primo ciclo di istruzione secondaria. In particolare, numerose perplessità sono suscitate dall'allegato D, intitolato *Il profilo educativo, culturale e professionale dello studente alla fine del primo ciclo di istruzione*, indicante i principi generali cui si dovrebbero attenere i progetti formativi e i curricoli delle scuole. Il punto maggiormente discutibile è rappresentato dal terzo capoverso, ove, senza tener conto delle diversità culturali e religiose aventi diritto di cittadinanza e di sviluppo nel nostro Paese, si è fissato l'obiettivo che il discente abbia «(….) consapevolezza, sia pure in modo introduttivo, delle radici storico-giuridiche, linguistico-letterarie e artistiche che ci legano al mondo classico e giudaico-cristiano e dell'identità spirituale e materiale dell'Italia e dell'Europa», con una posizione centrale in tale contesto educativo per «(…) la riflessione sulla dimensione religiosa dell'esperienza umana e l'insegnamento della religione cattolica, impartito secondo gli accordi concordatari e le successive intese». Si tratterebbe, come pare evidente, di previsioni contraddistinte da una forte carica ideologica e dagli intenti surrettiziamente provocatori, tendenti a far dimenticare la facoltatività dell'insegnamento di religione cattolica, in un sistema scolastico che invece dovrebbe sempre più proporre una offerta educativa in grado di soddisfare le aspettative di allievi di diversa etnia, cultura e religione.

Una ulteriore riflessione che potrebbe farsi, inoltre, concerne la mancata previsione nell'offerta didattica della scuola pubblica di altri insegnamenti religiosi obbligatori di natura culturale, così come richiesto dalla recente Raccomandazione n. 1804 del 29 giugno 2007 emessa dall'Assemblea parlamentare del Consiglio d'Europa. In tale documento si è evidenziato come la scuola pubblica sia chiamata ad assolvere una funzione importante per la realizzazione del dialogo interculturale e per la promozione di comportamenti ispirati alla tolleranza, in base alla convinzione che la conoscenza del patrimonio storico e fideistico delle principali religioni, con modalità aconfessionali, possa favorire l'integrazione e la lotta al fanatismo. Il Consiglio d'Europa, dunque, ha riconosciuto l'importanza di percorsi educativi in grado di tener conto delle tematiche religiose, promovendo la conoscenza delle diverse tradizioni religiose presenti sul territorio europeo in una prospettiva di dialogo e di confronto, grazie all'azione di docenti professionalmente competenti. In particolare, nella Raccomandazione si è insistito sulla necessità di un approccio al fatto religioso indipendente dall'influenza esercitata sui contenuti del-

l'insegnamento dalle organizzazioni confessionali, al fine di poter offrire un critico ed obiettivo esame comparativo tra le diverse religioni rilevabili nello spazio sociale europeo[54].

Si tratta di una tendenza che mira a generalizzare le scelte effettuate di recente, in tema di educazione religiosa, da parte di alcuni Paesi europei[55]. Il primo riferimento naturale è alla Svizzera, ove la politica scolastica, affidata ai Cantoni, si è caratterizzata per l'introduzione nelle scuole pubbliche di corsi obbligatori di cultura religiosa aconfessionale, in sostituzione dei pregressi corsi confessionali, del tutto facoltativi e disattesi dalla maggioranza degli studenti. Parimenti, in Germania, sì è assistito alla diffusione di esperimenti di insegnamento bi-confessionale o ecumenico, basati sulla cooperazione tra diverse organizzazioni confessionali, con la presenza di alunni e di insegnanti cattolici e protestanti, sulla base di un approccio culturale delle rispettive tradizioni fideistiche applicate ermeneuticamente alle principali questioni sociali di attualità. Nei Paesi scandinavi e in Gran Bretagna, poi, è sembrata chiara l'opzione per scelte più radicali, grazie all'abbandono di insegnamenti di tipo confessionale e all'introduzione nelle scuole di corsi di formazione neutri ed obiettivi sulla religione cristiana e sulle altre tradizioni spirituali maggiormente presenti nella realtà sociale nazionale[56].

[54] Sull'interesse manifestato dagli organismi europei per l'educazione scolastica della religione, con riferimento alle iniziative finalizzate a promuovere un approccio trasversale alla conoscenza del patrimonio fideistico delle tradizioni spirituali mondiali, cfr. FLAVIO PAJER, *Quale istruzione religiosa nelle scuole dell'Europa multireligiosa?*, in *Rivista della Scuola superiore dell'Economia e delle Finanze*, 2005, 1, pp. 42-53.

[55] Per una panoramica cfr. ALESSANDRO FERRARI, *L'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche europee: dall'*aut-aut *all'*et-et, in *Annuario Direcom*, 7, 2008, pp. 197-203; FLAVIO PAJER, *Scuola e istruzione religiosa. Nuova cittadinanza europea*, in *Il Regno att.*, 22, 2002, pp. 774-788. Si veda anche FLAVIO PAJER (a cura di), *Europa, scuola, religioni. Monoteismi e confessioni cristiane per una nuova cittadinanza europea*, Torino, Sei, 2005. Si rinvia, inoltre, a ERMANNO GENRE e FLAVIO PAJER, *L'Unione Europea e la sfida delle religioni. Verso una nuova presenza della religione nella scuole*, Torino, Claudiana, pp. 30-46, nonché al volume *L'insegnamento della religione, risorsa per l'Europa*, Torino, Elledici, 2008, *passim*.

[56] Tra i fattori che sembrano incidere sull'evoluzione del profilo dei corsi di religione in Europa rientrerebbe anche l'affermarsi di uno statuto autonomo delle scienze religiose, i cui sviluppi (anche a livello accademico laico) stanno a documentare non solo la possibilità, ma la legittimità di approcci aconfessionali al fatto religioso. Si tratta di approcci di tipo comparatistico, storico-fenomenologico, filosofico, antropologico ed etico che si rivelerebbero non conflittuali, ma di per sé compatibili e complementari rispetto al tradizionale approccio teologico e pastorale che contraddistingue gli insegnamenti confessionali. Così, lo sviluppo delle scienze della religione a livello accademico sembra essere foriero di opportune e feconde ricadute a livello di scuola primaria e secondaria, contribuendo a far sì che gli insegnanti di religione, oltre alla formazione nelle tradizionali discipline teologiche, possano avere contezza anche dei metodi e dei contenuti di altre scienze reli-

Sembra farsi strada, come si vede, un approccio tendente a realizzare, anche se con modalità diversificate, l'istituzione di un corso obbligatorio per tutti, a gestione scolastica, di cultura religiosa, finalizzato a favorire la comprensione del fatto religioso considerato nella concretezza delle sue manifestazioni. Ovvero, dall'analisi delle coeve esperienze europee, sembrerebbe essere realistica l'ipotesi di una istituzionalizzazione di corsi, con carattere non confessionale o transconfessionale, che promuova un approccio culturale al mondo della spiritualità, tenendo conto delle scelte religiose (e areligiose) delle famiglie, degli alunni e degli insegnanti, in un contesto di dialogo e di rispetto reciproco[57].

Contestualmente, alcuni sistemi educativi nazionali, in base alla crescente promiscuità culturale e religiosa rilevata negli istituti educativi pubblici, stanno anche sperimentando l'attivazione di corsi di educazione alla cittadinanza[58]. L'obiettivo perseguito appare essere la costruzione, nel per-

giose. In alcuni Stati, infatti, la formazione accademica e pedagogica dell'insegnante di religione è assicurata da strutture statali (Gran Bretagna e Paesi scandinavi), in altri da facoltà teologiche statali con indirizzo confessionale (Belgio, Germania, Austria, Repubblica Ceca, Slovacchia, Grecia), in altri solo da strutture ecclesiastiche (Italia e Spagna, per esempio). In effetti, se l'obiettivo principale delle istituzioni educative è la elaborazione di una gamma di saperi fondamentali al fine di offrire capacità critiche e competenze formative, non sembrerebbe eccentrico (ma bensì doveroso e legittimo) che la scuola possa offrire un analogo servizio educativo anche nel ristretto ambito del sapere religioso, erogandolo con strumenti critici non solo di tipo teologico, ma anche di tipo aconfessionale. Per ulteriori approfondimenti cfr. FLAVIO PAJER, *Quando la scuola europea elabora cultura religiosa: tra ruolo identitario e educazione alla convivenza*, in SANDRA CHISTOLINI (a cura di), *Cittadinanza e convivenza civile nella scuola europea. Saggi in onore di Luciano Corradini*, Roma, Armando Editore, 2006, p. 157. Sulla realtà italiana si vedano le riflessioni di GIOVANNI BATTISTA VARNIER, *L'insegnamento delle scienze religiose in Italia: una proposta*, in *Quad. dir. pol. ecc.*, 2001, 1, pp. 153-166.

[57] Tale approccio sembra essere supportato dall'attenzione ricevuta dal "Gruppo di Vallombrosa", un movimento di studiosi afferente al "Comitato Oriente-Occidente" dell'Università degli Studi di Firenze e al "Laboratorio sulle relazioni multiculturali e multireligiose" della Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Siena. Tale movimento ha elaborato una proposta tendente ad evidenziare la necessità che l'impegno educativo della scuola pubblica possa determinare, per tutti gli allievi, una conoscenza adeguata del fatto religioso che, in un contesto sociale sempre più multietnico e multireligioso, non sembra poter essere soddisfatta dalla previsione pattizia (nel Concordato del 1984 e nelle Intese con le confessioni acattoliche) di una pluralità di insegnamenti confessionali. Secondo il "Gruppo di Vallombrosa", infatti, il sistema attualmente vigente rischierebbe di determinare una incongruente, e poco gestibile, proliferazione dell'offerta di culture religiose nella scuola pubblica, con la conseguenza dell'isolamento dei diversi gruppi di alunni e la difficoltà di promuovere il dialogo e il confronto. In tema IVO COLOZZI, *Laicità e scuola*, in PIERPAOLO DONATI (a cura di), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, cit., pp. 255-256.

[58] Ad esempio in Spagna è recente la creazione della "Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos" (EpC), con cui si fa riferimento ad un insegnamento curricolare per l'ultimo ciclo dell'educazione primaria e per l'intera educazione secondaria spagno-

corso formativo e nel bagaglio culturale delle giovani generazioni, del rispetto consapevole dei valori comuni posti alla base della cittadinanza democratica, con la primazia della persona umana e della sua dignità, dei valori irrinunciabili della convivenza civile giuridicamente organizzata posti dalle Carte costituzionali nazionali, dei diritti fondamentali enucleati dalla Convenzioni internazionali vigenti. Si cerca, ovvero, di favorire il radicamento di attitudini comuni, di modi di pensare e di vivere insieme che possano risultare (al di là delle diversità culturali e religiose di cui tutti i discenti sono portatori) compatibili e non in contraddizione con i valori, i principi e le norme fondanti la cittadinanza della comune convivenza politica e sociale[59].

la. Questo insegnamento è stato introdotto per mezzo della "Ley Orgánica de Educación" n. 2 del 3 maggio 2006, e si è concretato nella educazione ai valori democratici e costituzionali, con l'obiettivo di contribuire alla formazione di persone libere e consapevoli dei valori della dignità umana, delle libertà fondamentali e della solidarietà. Per approfondimenti ADORACIÓN CASTRO JOVER, *La integración de los inmigrantes. La educación como instrumento para formar ciudadanos*, in ADORACIÓN CASTRO JOVER e ALEJANDRO TORRES GUTIÉRREZ (a cura di), *Inmigración, Minorías y Multiculturalidad*, Lejona, Diadi, 2006, pp. 103 e ss.

[59] È opportuno ricordare che l'esistenza di una varietà di culture, in quanto puro e semplice fatto sociale, costituisce una ricchezza, poiché esprime aspetti diversi dell'umanità delle persone, dei gruppi sociali e dei popoli. Ovvero, le pratiche socio-culturali, nella misura in cui esistono ed esprimono un *modus vivendi* che è espressione di una stabile capacità di vita, riflettono delle esperienze dello spirito umano aventi una loro razionalità interna e che potrebbero risultare feconde per il progresso complessivo dell'umanità. I problemi sembrerebbero sorgere allorquando il multiculturalismo diventa una ideologia che tende a trasformare il fatto sociale della differenza in una rappresentazione per la quale una identità parziale pretende di essere considerata come valida da tutti, con il crisma della universalità, oppure nel momento in cui vengono poste delle istanze inconciliabili con i valori comuni fondanti il vivere sociale (si pensi, ad esempio, ad una religione puramente ascrittiva, ove sia escluso il diritto alla libertà di adesione e di recesso; oppure all'imposizione culturale dell'agnosticismo o dell'ateismo). Sulla positività degli apporti culturali del fenomeno dell'immigrazione e della multietnicità si veda VALERIO TOZZI, *I vantaggi del multiculturalismo*, in VALENTINA FREZZA (a cura di), *Gli ordinamenti delle confessioni religiose a confronto: la famiglia*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 73 e ss.

In tema anche SILVIO FERRARI, *Diritto e religioni nello Stato laico*, in *Annuario Direcom*, 6, 2007, pp. 9-16, il quale evidenzia come la frammentazione etica e culturale alimentata dal pluralismo religioso del quadro sociale europeo possa determinare, da un lato, un forte individualismo (favorendo forme di egoismo sociale da parte di singole comunità etniche) e, dall'altro, una notevole tendenza al comunitarismo (con la divisione della società in comunità parziali, tentate dalla prospettiva di fedeltà alternative, capaci di contrastare il vincolo di lealtà principale all'autorità statuale). Di qui la necessità di favorire la diffusione di valori condivisi, tali da far avvertire ad ognuno lo Stato laico come "casa comune" di tutti i cittadini, in cui essi possano sentirsi a proprio agio, in quanto si consente ai valori particolari di ciascuna comunità di fede e di convinzione di contribuire a comporre il quadro dei principi comuni a tutta la comunità statale.

Quanto alla realtà italiana, sia la proposta di un insegnamento non confessionale della religione, che l'intento di istituire un insegnamento *ad hoc* di educazione alla convivenza comunitaria e alla cittadinanza democratica, sembrerebbero essere in linea con la complessiva vocazione alla laicità della scuola statale, così come emergente dai pronunciamenti della Corte costituzionale e dal quadro dei mutamenti sociali in atto. La neutralità dell'istruzione pubblica non deve, infatti, preludere alla configurazione della scuola come un luogo asettico, nel quale non vi sarebbe lo spazio per la trasmissione dei valori e per l'affermazione delle identità, ma soltanto per la divulgazione delle nozioni e delle conoscenze relative ai saperi più diversi. Piuttosto, l'invocata neutralità della scuola pubblica attiene al metodo attraverso il quale la trasmissione dei saperi dovrebbe realizzarsi, attraverso un confronto critico fra le diverse opzioni ideologiche, religiose e culturali, nonché fra le diverse identità, nel perseguimento del fine costituzionale del pieno svolgimento della personalità umana[60]. Tali obiettivi potrebbero agevolmente essere perseguiti favorendo un approccio interculturale alla religiosità e ai valori della convivenza democratica, di cui sia un insegnamento aconfessionale obbligatorio del fatto religioso che una implementazione dell'educazione alla cittadinanza (come specificazione e approfondimento della tradizionale educazione civica) potrebbero essere gli ideali strumenti propulsivi.

L'ispirazione genuinamente laica delle istituzioni educative, nell'obbiettivo di garantire a tutti una formazione aperta alle più diverse opzioni, ma sulla base della condivisione dei comuni valori della dignità, della libertà, dell'eguaglianza, del rispetto per le minoranze e della solidarietà, costituisce una necessità imperativa nella contemporanea società multireligiosa[61]. Sembra essere indispensabile, al fine di assicurare una pacifica coesistenza tra le differenti istanze ideologiche e di favorire la

[60] Il riconoscimento costituzionale della centralità della persona umana ha avuto un impatto notevole sul modo di concepire la comunità politica e sulla funzionalità dei servizi tradizionalmente erogati dalla mano pubblica. Ovvero, la primazia della personalità umana implica, di necessità, che la stessa coscienza della persona sia costituzionalizzata, nel senso che (almeno in linea di principio) il diritto dovrebbe rispettare tutto ciò che la persona umana considera, in coscienza, come strettamente richiesto per la propria realizzazione, riconoscendo così i diritti collegati alle richieste di identità e di libertà di scelta. Cfr. FRANCESCO VIOLA, *Persone e cittadini nella società del pluralismo*, in PIERPAOLO DONATI (a cura di), *Laicità: la ricerca dell'universale nelle differenze*, cit., pp. 351-354.

[61] Come evidenziato da SERGIO LARICCIA, *Laicità, garanzia di libertà per tutti*, in *Confronti*, 2002, 3-4, p. 4, il valore della laicità delle istituzioni civili viene ad assumere una importanza centrale nella assicurazione del rispetto della pari dignità e dei diritti di libertà di tutti i cittadini.

realizzazione delle ragioni del dialogo e del confronto, partire da una riaffermazione della laicità come metodo educativo[62], strumentale alla creazione di un percorso formativo entro cui sia possibile lo sviluppo dei valori universali dell'umanità. Più precisamente, appare importante non solo definire le condizioni istituzionali di un contesto educativo laico, ma anche chiarire quale debba essere l'obiettivo perseguito dall'educazione e dall'istruzione in un Paese democratico. Ovvero, le finalità dell'educazione dovrebbero essere individuate nella proposizione di valori comuni per tutti i soggetti dell'educazione, qualunque possa essere la loro origine etnica, la loro provenienza culturale e l'aspirazione educativa delle loro famiglie.

La laicità che dovrebbe esigersi dalla scuola, quindi, va intesa come esercizio dello spirito critico, determinando le condizioni per cui i soggetti del rapporto educativo, insegnanti e allievi, non siano obbligati ad abbracciare una credenza, una dottrina filosofica, un'ideologia, ma possano fruire del diritto di offrire e di ricevere la conoscenza critica di diverse opinioni, di differenti filosofie di vita, di variegati punti di vista del rapporto con la trascendenza[63]. In questa prospettiva, la tutela del sentimento religioso dei cittadini, riconosciuta funzionale alla crescita della loro personalità, escludendo che la scuola pubblica giunga ad ignora-

[62] La libertà della scuola non può prescindere dalla laicità come metodo che impone un approccio storico critico a tutte le materie e a tutte le questioni sensibili dal punto di vista relazionale e civile. In democrazia, ovvero, la scuola pubblica risulta necessariamente aperta e problematica, non chiusa e assiomatica, pur non dimenticando i principi e i valori connessi agli ideali democratici e alla dignità della persona umana. Cfr. GIUSEPPE TOGNON, *Laicità e scuola*, in GIUSEPPE DALLA TORRE (a cura di), *Lessico della laicità*, Roma, Edizioni Studium, 2007, p. 181.

[63] Secondo TULLIO DE MAURO, *Scuola e cultura laica*, in GEMINELLO PRETEROSSI (a cura di), *Le ragioni dei laici*, Roma-Bari, Laterza, 2005, pp. 102-103, la visione della scuola pubblica proposta dalla Carta costituzionale prelude alla realizzazione di un sistema educativo che possa e sappia tenere conto della sua autonomia rispetto alla Chiesa cattolica. Ovvero, secondo l'Autore, in presenza di vincoli derivanti dalla vigenza di precise norme concordatarie, i pubblici poteri dovrebbero comunque dimostrarsi in grado di tutelare gli insegnanti e le loro attività educative dai pareri discrezionali dell'episcopato o di esponenti politici clericaleggianti; inoltre, dovrebbe garantirsi «(…) nella prospettiva di una sempre più diffusa presenza di altri credo religiosi, (…) per insegnanti e alunni uno spazio di espressione e di crescita libero da vincoli di qualunque fede religiosa o di qualunque particolare ideologia. Basta il solo articolo 3 della Costituzione per dire che in una scuola laica (…) sono centrali i valori del libero sviluppo della persona, di ogni persona, e del diritto-dovere all'eguale partecipazione di tutte e di tutti alla vita della società». La scuola pubblica, quindi, deve dimostrarsi capace di offrire la garanzia che le nozioni e gli insegnamenti vengano offerti nel rispetto dei valori evidenziati e nella prospettiva di una crescita libera e consapevole delle giovani generazioni.

re la dimensione religiosa ed etica della vita sociale (al fine di educare alla conoscenza degli aspetti di religiosità sottostanti la realtà sociale), dovrebbe favorire l'individuazione di soluzioni compatibili con la neutralità delle istituzioni educative.

L'erogazione di un servizio educativo realmente rispettoso delle indicazioni costituzionali dovrebbe favorire la conoscenza reciproca tra le diverse istanze culturali di cui possono essere testimoni gli alunni e gli operatori della conoscenza, per realizzare concretamente l'auspicata aspirazione al riconoscimento e all'equilibrio rispettoso delle tradizioni di ognuno. In questo senso, come già accennato, per l'inveramento di questo contesto di maturazione dinamica, si confermano valide le soluzioni prospettate, da un lato, della introduzione nella scuola pubblica di moduli di insegnamento curricolare per la trasmissione di riflessioni antropologico-culturali[64] sui valori irrinunciabili della convivenza democratica, e, dall'altro, di un insegnamento del fatto religioso non catechisticamente caratterizzato sulla base dei principi di una determinata fede, ma teso a valorizzare il significato della religiosità nello sviluppo delle società civili e nella formazione della persona[65].

Il problema, in conclusione, sembra essere dato dalla necessità che i responsabili delle scelte politiche in materia educativa possano rendere agevole l'esercizio degli essenziali diritti di libertà di pensiero, di espressione, di religione e di cittadinanza. La libera fruizione di questi diritti di libertà passa necessariamente dalla cessazione delle "rendite di privilegio" di cui la Chiesa è detentrice in ambito educativo, grazie alla presenza obbligatoria nei corsi di studio di un insegnamento di religione cattolica, e dall'apertura della scuola pubblica alla libera presenza dei più diversi apporti fideistici, ideologici, culturali, strumentali alla più compiuta formazione, con spirito critico e consapevole, delle giovani generazioni.

[64] Caratterizzazione auspicata, in dottrina, da Salvatore Prisco, *Il principio di laicità nella recente giurisprudenza*, in *Dir. rel.*, 2007, 2, pp. 262-263. Anche Carlo Cardia, *Laicità dello Stato, appartenenze religiose e ordinamento giuridico: prospettiva secolare*, in *Annuario Direcom*, 7, 2008, p. 31, evidenzia la necessità di concepire la religione come una questione antropologica e sociale, da cui deriva la necessità che lo Stato laico possa consentire ambiti di rilevanza per il ruolo dinamico e positivo che le religioni svolgono per la collettività. Tuttavia, secondo l'Autore, lo spazio conferito alla rilevanza delle appartenenze confessionali (e, quindi, anche lo spazio che le istituzioni educative possono dedicare allo studio della fenomenologia sociale religiosa) va inserito entro le "colonne d'Ercole" della libertà religiosa, del rispetto dei diritti umani e dei principi propri dello Stato di diritto.

[65] Tale auspicio è formulato da Raffaele Botta, *Bibbia, bibbie e insegnamento della religione nella scuola pubblica: profili sostanziali*, in *Corrr. giur.*, 2009, 2, p. 256.

Tali prospettive, per la cui realizzazione si dovrebbe concretare una revisione concordataria *ad hoc*, purtroppo, allo stato attuale, non sembrerebbero essere gradite alla Chiesa, preoccupata non tanto di garantire una reale libertà di coscienza, ma, come si è già evidenziato, di conservare e di rafforzare uno storico privilegio istituzionale.

FRANCESCO PETRILLO

# L'ermeneutica del contratto di diritto privato all'inizio del terzo millennio

SOMMARIO: 1. Il problema della fonte dell'autonomia negoziale di diritto privato. 2. L'autoregolamentazione di diritto privato come principio giuridico fondamentale riconducibile a un diritto umano fondamentale e la metodologia ermeneutica. 3. Le prospettive della dottrina giuscivilista. 4. L'«ermeneutica correttiva» nelle recenti sentenze della Corte di Cassazione.

## 1. Il problema della fonte dell'autonomia negoziale di diritto privato

La prospettazione di una possibile teoria generale ermeneutica degli atti giuridici di diritto privato non può prescindere da una premessa: l'applicazione nella pratica di una metodologia giuridico-ermeneutica agli atti di diritto privato non si propone, *prima facie*, come sostitutiva delle tradizionali concezioni di tipo classico-positivista, logico-positivista, normativista e sociologico-giurisprudenziale, ma piuttosto come possibilità ulteriore, per l'operatore del diritto, all'inizio del nuovo millennio, di fare ricorso contemporaneamente alla giurisprudenza analitica[1], alla giurisprudenza sociologica[2] e all'ermeneutica giuridica[3].

[1] Figlia dell'*analytical jurisprudence* di John Austin, ha avuto grande fortuna nel nostro Paese almeno a partire dal 1961, anno in cui, in Italia, viene tradotta l'opera principale dell'allievo di H.Kelsen, H.A.Hart (cfr. H.A.HART, *Il concetto di legge*, trad. it.Einaudi, Torino, 1961) e in cui vengono pubblicate le famose lezioni di N. Bobbio sul positivismo giuridico (cfr. N.BOBBIO, *Il positivismo giuridico,* G. Giappichelli, Torino, 1961).

[2] Figlia dell'antiformalismo giuridico promosso dal giudice O.W. Holmes negli Stati Uniti d'America e della giurisprudenza degli interessi di R. Jhering e Ph. Heck, ha avuto fortuna in Italia, particolarmente dal momento in cui è entrata in contatto con la sociologia giuridica, la cui ripresa è segnata, nel nostro Paese, alla fine degli anni '70 dello scorso secolo, dalla traduzione degli studi giuridici del sociologo N. Luhmann (cfr. N.LUHMANN, *Sistema giuridico e dogmatica giuridica,* trad. it. Il Mulino, Bologna, 1978 e s.a. *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto,* trad. it. Il Mulino, Bologna, 1990).

[3] Figlia e madre, allo stesso tempo, dell'ermeneutica filosofica, trova i suoi punti di riferimento fondativi, oltre che nelle opere dell'ermeneutica filosofica tedesca del secolo XIX, in M.HEIDEGGER, *L'essenza della verità,* trad. it. Adelphi, Milano, 1967; H.G.GADAMER, *Verità e metodo,* trad. it. Bompiani, Milano, (1983) 2000; E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, prima edizione italiana, Giuffrè, Milano, 1955, ora s.a., *Teoria generale dell'interpretazione,* edizione corretta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano, 1990.

Ciò soprattutto ove si voglia considerare la necessità, di cui il giurista contemporaneo sente sempre più forte l'esigenza, di non limitare l'applicazione della teoria dell'interpretazione giuridica di diritto privato ad ambiti territoriali specifici, riguardanti, per essere chiari, o solo i sistemi giuridici di tipo continentale, topici della Mittleuropa o solo quelli di tipo insulare, topici del mondo anglosassone, o solo i sistemi giuridici misti (si pensi, a Israele, India, Cina, molti Paesi dell'ex URSS, etc.).

L'apertura all'ermeneutica giuridica, intesa specialmente come metodologia[4], da parte della giurisprudenza, anzitutto delle Corti superiori, proprio negli anni più recenti[5], è dovuta anzitutto ad una questione di ordine giuridico sostanziale, certamente di *quid jus* più che di *quid juris*[6]. Attiene, infatti, al fondamento dell'atto negoziale o, più propriamente, alla sua fonte. E la fonte dell'autoregolamentazione di diritto privato non può essere concettualmente definita in maniera esaustiva, ove non si tenga adeguatamente conto della distinzione - dal punto di vista della sua scaturigine - tra:

a) *il provvedimento quale risultato dell'attività posta in essere dai privati;*
b) *la complessiva attività che precede e segue il provvedimento al fine del raggiungimento dello scopo del soggetto che la compie.*

Va preliminarmente chiarito che per atto negoziale di diritto privato le teorie del diritto logico-analitico-positiviste e normativiste hanno sempre inteso il provvedimento e cioè il *documento dichiarativo dell'attività*:

a) tanto laddove questo andasse a riguardare un'attività individuale: negozio;
b) tanto laddove questo andasse a riguardare una pluralità di attività di più parti: contratto.

Di conseguenza, negli atteggiamenti più rigorosi della giurisprudenza logico-analitica, l'attività interpretativa del giurista non può che concentrarsi sulla dichiarazione nella quale si risolve l'intenzione delle parti, riducendo ai minimi termini il margine d'indagine precipua sulla stes-

[4] Per la costruzione di una metodologia giuridico-ermeneutica come portato e risultato degli studi di teoria generale ermeneutica condotti nella prima metà del secolo scorso da Emilio Betti, mi permetto di rimandare il lettore, per ragioni di brevità, ai miei: *L'ermeneutica come metodologia giuridica in Emilio Betti*, G.Giappichelli, Torino, 2000 e *La decisione giuridica. Politica, ermeneutica e giurisprudenza nel pensiero di Emilio Betti*, G.Giappichelli, Torino, 2005.

[5] Cfr. *infra*, par. 4.

[6] Per la distinzione tra *quid jus* e *quid juris*, cfr. G.CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (Roma, 1937), ora in G.CAPOGRASSI, *Opere*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1959-1990, pp. 375-627; cfr., in particolare, *Introduzione*, p. 388.

sa intenzione delle parti che la rendono. Interpretare l'attività di diritto privato ha quindi significato, durante un lungo lasso di tempo, per la nostra giurisprudenza, argomentare esclusivamente sulle forme e sui contenuti dell'atto dichiarativo.

Comprendere come si sia potuto riuscire ad escludere, nella sua gran parte, il rilievo dello svolgimento dell'attività umana e dell'intenzione, rispetto al documento che le sintetizza soltanto, ai fini della ricostruzione interpretativa dell'atto negoziale, nonostante le norme del codice civile dedicate all'interpretazione del negozio e del contratto di diritto privato (artt. 1322, 1362-1371c.c.) - questione che spesso sembra inaccettabile a molti operatori pratici del diritto- deve significare compiere, dapprima, un percorso di studi in grado di prendere le mosse proprio dalla ragione d'essere originaria della fonte costitutiva della giuridicità possibile di quella stessa attività umana.

La teorie logico-analitiche seguono un percorso argomentativo scandito con precise tappe:

1. L'autoregolamentazione negoziale del soggetto privato non può trovare fondamento in *re ipsa.*
2. Il fondamento di tale autonomia può essere solo l'ordinamento giuridico, perché è l'ordinamento giuridico che garantisce l'adempimento degli obblighi nascenti dalle regolamentazioni tra privati e, in particolare, dai documenti in cui esse risultano stigmatizzate.
3. L'interpretazione degli atti di diritto privato e del rapporto in essi tra intenzione e dichiarazione non vanno vincolati all'espressa normativa in materia, poiché essi sono soggetti alla legge ordinamentale e quindi vanno assoggettati alle norme che fissano i criteri per l'interpretazione della legge.
4. All'interpretazione degli atti negoziali quali documenti si procede, perciò, in primo luogo, rispettando il combinato disposto delle norme degli articoli 12 e 14 delle *Disposizioni preliminari* o *preleggi* del codice civile, riguardanti l'interpretazione della legge in generale e poi, solo in seconda istanza, tenendo conto dei criteri fissati dalle norme concernenti specificamente negozi e contratti, come precipui atti da interpretare.

È noto come questa subordinazione delle fonti interpretative riguardanti specificamente gli atti negoziali e i contratti (1322 e 1362-1371 c.c.) alle fonti interpretative riguardanti la legge (artt. 12 e 14 disp. prel. o preleggi al c.c.) sia dovuta ad un costruzione argomentativa di Santi Romano[7], la quale pensa e vuole i negozi riconosciuti dall'ordine legale statale in una pro-

[7] Cfr. S.ROMANO, *Frammenti del dizionario giuridico,* Giuffrè, Milano, 1947.

spettiva giuridica non di tipo dichiarativo, ma piuttosto costitutivo. Essi non sono precetti giuridici fissati dalle persone fisiche d'intesa tra loro e poi riconosciuti dall'ordinamento come tali. Non possono cioè considerarsi propriamente precetti giuridici. Debbono essere, invece, considerati precetti a rilevanza non giuridica in grado di trasformarsi in precetti giuridico-legali solo grazie al riconoscimento loro conferito dall'ordinamento giuridico statale.

Né la pure fortunata, dal punto di vista dottrinale, ma non certo giurisprudenziale, diversa prospettiva di Emilio Betti[8], è servita a dare vigore, dinanzi alle nostre Corti negli ultimi sessant'anni, alle norme specifiche del nostro codice civile (artt. 1322 e 1362-1371), volte a garantire l'interpretazione dell'attività delle persone fisiche da parte del giudice, prendendo le mosse dall'intenzione delle parti piuttosto che dalla dichiarazione, quale provvedimento riconosciuto dalla legge. In questa costruzione teorica gli atti negoziali di autonomia privata non dipendono dalla precettività della legge e hanno un contenuto precettivo loro peculiare; non sono cioè considerabili come fatti qualunque (ovvero atti umani senza rilevanza giuridica). Quando il diritto li riconosce, perciò, il riconoscimento non attiene al contenuto giuridico di quegli stessi atti, ma piuttosto ad un momento di valutazione per i rapporti giuridici conseguenti[9]. Dunque, l'attività autoregolamentativa umana è da interpretare da parte del giurista non con le generiche norme riguardanti l'interpretazione della legge, ma propriamente con quelle specificamente ad essa rivolte di cui agli artt. 1322, 1362-1371. E ciò per due questioni fondate specificamente sulla ragion d'essere del vincolo giuridico autoregolamentativo:

1) Dal punto di vista del *quid jus,* si considera il riconoscimento giuridico come un dovere essere del precetto che va a coincidere con un essere del rapporto. Fonte teoretica di questa prospettiva è l'ontofenomenologia di Nicolai Hartmann[10], per la quale ogni universale penetra il particolare come ogni particolare è considerabile solo all'inter-

[8] Cfr. E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione,* cit.*; s.a., Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica),* Giuffrè, Milano, 1971; *Teoria generale del negozio giuridico,* ristampa corretta della 2° edizione, Napoli, ESI, 1999.

[9] Cfr. E.BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico § 2 e 16* e s.a., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, p. 381.

[10] Di Nicolai Hartmann, alla cui ontofenomenologia fa continuo riferimento Betti, riconoscendo di esserne fortemente debitore dal punto di vista teoretico, vanno almeno ricordate, in questa sede, le opere che la bettiana *Teoria generale dell'interpretazione* (cfr. E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit.) chiama in causa innumerevoli volte. Cfr. N.HARTMANN, *Il fondamento dell'ontologia*, trad. it. Fabbri, Milano, 1963; s.a., *Le nuove vie dell'ontologia*, trad. it. La scuola, Brescia, 1975; s.a., *Etica*, Guida, Napoli, 1970.

no di un universale. La logica, o meglio ancora l'ontologica, è quella dell' *egli è come deve essere... egli dev'essere com'è*[11].

2) Dal punto di vista del *quid juris* invece, com'è più noto ai giuristi pratici e tecnici, non potendosi ovviamente riconoscere ad ogni tipo di attività valore precettivo, si propone la sostituzione della rigida tipicità legislativa, imperniata su un numero chiuso di determinazioni, con il concetto di tipicità sociale, il quale si sostanzia nel rinvio alle valutazioni economiche o etiche della coscienza sociale storicamente determinata. L'interpretazione del negozio può essere assorbita non tanto nell'interpretazione dell'attività intesa come insieme dei motivi intenzionali, né tantomeno nell'interpretazione della dichiarazione, quanto piuttosto nell'interpretazione della causa negoziale intesa come funzione economico-sociale del negozio. Si può riuscire, in tal modo, a considerare la complessiva attività delle parti come attività causale dei soggetti, tanto negli atti giusprivatistici unilaterali, quanto in quelli plurilaterali.

Ma la risoluzione del problema del contenuto precettivo nella funzione economico-sociale del negozio, seppure affronta in maniera assolutamente condivisibile - contrariamente all'interpretazione giurisprudenziale prevalente per tanti anni nel nostro Paese - la questione dell'interpretazione del negozio come interpretazione dell'attività complessiva del soggetto piuttosto che come interpretazione dell'atto-provvedimento quale dichiarazione letterale (combinato disposto degli artt. 12 primo comma, e 14 delle *Disposizioni preliminari o preleggi* al c.c. e 1362 solo primo comma c.c.), non risolve, almeno del tutto, il problema giuridico posto dall'argomentazione romaniana.

La prospettiva introdotta da Santi Romano e consolidatasi nella nostra giurisprudenza logico-analitica della seconda metà del secolo scorso fa, infatti, qualcosa in più che giustificare il contenuto precettivo del contratto. Essa va ad identificare nella legge ordinamentale non solo il presupposto normativo, ma propriamente: *la fonte del potere di contrarre*. In pratica assorbe in sé tanto le problematiche attinenti al *quid juris,* quanto quelle attinenti al *quid jus*. Ancora più chiaramente: fa trovare fonte nella legge tanto alla possibilità del comportamento, quanto al suo contenuto precettivo.

E nemmeno la giustificazione ontofenomenologica bettiana, mutuata dalla teoria hartmanniana, è sufficiente a identificare con nettezza la fonte originaria di una possibilità comportamentale che in realtà potreb-

[11] Cfr. E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici,* cit.p. 382, n. 9.

be anche non confrontarsi assolutamente con un dovere essere ordinamentale, o, meglio, con il dovere essere di uno specifico ordinamento giuridico. Si pensi, per esempio - argomento che non può essere pienamente sviluppato nel presente lavoro - all'individuazione della fonte della possibilità a contrattare nell'interpretazione dei trattati tra Stati; o si pensi, più semplicemente, ad un contratto stipulato sul *web* tra un cittadino italiano e una ditta cinese. A quale ordinamento giuridico si fa riferimento per identificare la fonte del potere di contrarre? In realtà, l'essere di cui parla Hartmann non si confronta sempre - e nella nostra epoca, in particolare, sempre meno - con un dover essere specifico di tipo ordinamentale e può sussistere anche senza che il dovere essere territoriale-ordinamentale rilevi.

La fonte del negozio di diritto privato, determinante la costruzione e tipizzazione contrattuale e cioè l'autonomia privata –sussistente, in ogni caso, di per sé e, proprio perché sussistente di per sè, riconoscibile dall'ordine giuridico statale- ha perciò, di certo, bisogno, oggi, anche alla luce dei più recenti studi giuridici, di un nuovo approfondimento e di un adeguato ripensamento.

## 2. *L'autoregolamentazione di diritto privato come principio giuridico fondamentale riconducibile a un diritto umano fondamentale e la metodologia ermeneutica*

L'autonomia giuridica dei privati, l'autoregolamentazione di diritto privato, deve ormai considerarsi sussistente in maniera universale e extraordinamentale. Risulta evidente, anche alla luce di una più o meno recente letteratura[12], che ha tutto sommato trovato terreno fertile nel mondo giuridico italiano, come si debba riscontrare il suo fondamento pri-

[12] L.LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano, 1975; E.PATTARO, <<Alle origini della nozione di principi generali del diritto>>, in AA.VV., *Soggetto e principi generali del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987; F.M.DE SANCTIS, *Dall'assolutismo alla democrazia. Saggi.,* G.Giappichelli, Torino, 1989; P.STEIN, *I fondamenti del diritto europeo*, trad. it. Giuffrè, Milano, 1995; G.ALPA, *Studi sul formalismo negoziale*, CEDAM, 1996; N.IRTI, *Testo e contesto. Una lettura dell'art. 1362 del codice civile*, CEDAM, 1996; AA.VV., *Diritto. Giustizia. Interpetazione,* in <<Annuario filosofico europeo>>, a cura di J.DERRIDA e G.VATTIMO, Laterza, Roma-Bari, 1998; G.ALPA, *L'interpretazione del contratto,* in AA.VV., *L'interpretazione del contratto. Orientamenti e tecniche della giurisprudenza,* (a cura di G.ALPA, G.FONSI, G.RESTA), Giuffrè, Milano, 2001, vol. I; AA.VV., *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, a cura di A. PALAZZO, ESI, 2001; L.FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* Laterza, Roma-Bari, 2002; P.PERLINGIERI-P.FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile,* ESI, Napoli, 2004; G.ALPA, *L'ordine giuridico del*

mario non tanto nell'ordinamento statuale, o comunitario o internazionale, quanto piuttosto in un *potere riconosciuto al soggetto umano universalmente*, un diritto che certo non gli deriva in maniera vincolante dalla legge vigente in un determinato ordinamento giuridico o in un ordinamento giuridico extraterritoriale o pluriterritoriale; un potere (giuridico) da definirsi: *pre-ordinamentale e pre-legale.*

Di conseguenza, va riconosciuta la forza giuridica dell'argomentazione secondo la quale il precetto scaturente dal contratto non possa considerarsi propriamente un precetto giuridico, ma piuttosto un precetto con rilevanza giuridica, seppure secondo una ben più ampia prospettiva. Ad essa va aggiunta, infatti, un'ulteriore fondamentale precisazione: la rilevanza dell'obbligo contrattuale non può più essere ricondotta semplicemente a un *vincolo di legge* ma, piuttosto, va ricondotta a un *vincolo di diritto*.

La fonte dell'autonomia negoziale come *quid jus,* prima, ma poi anche come *quid juris,* non può essere data da un rapporto particolare/universale: essere-dover essere-dovere essere dell'essere, ma va rintracciata nell'essere della giuridicità piuttosto che nel dovere essere della legge; nell'essere naturale dell'uomo *come soggetto di diritti,* piuttosto che nell'essere sociale dell'uomo come *soggetto obbligato per legge.*

Non come una legge ordinamentale va costruita l'autonomia negoziale, ma proprio come un principio giuridico fondamentale e, si badi, non come un *principio generale del diritto*, da derivarsi dalla legge già scritta mediante un procedimento di astrazione e generalizzazione, ma come un *principio fondamentale del diritto*, che, in quanto tale, si pone a fondamento dell'ordinamento e della legge e, quindi, ne è premessa e non conseguenza.

L'autonomia negoziale di diritto privato va studiata giuridicamente quindi come un principio giuridico fondamentale, riconducibile, per via ermeneutica, ad un diritto umano fondamentale da formalizzare[13]. Essa, in sede interpretativa - ma ciò rileva ovviamente anche dal punto di vista del diritto sostanziale prodotto e/o da prodursi- va esaminata,

*mercato,* Laterza, 2004; s.a., *Fondamenti del diritto privato europeo,* Milano, 2005; N. IRTI, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Laterza, 2006; S.RODOTA', *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto,* Feltrinelli, Bologna, 2006; s.a., *Dal soggetto alla persona,* Editoriale scientifica, 2007; L.FERRAJOLI, *Principia Juris. Teoria del diritto e della democrazia (2 voll.),* Laterza, Roma-Bari, 2007; A.PACE-F.MODUGNO <<*Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori*>>, in AA.VV, *Interpretazione costituzionale*, G. Giappichelli, Torino, 2007.

[13] G.PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, trad. it. Giuffrè, Milano,1993.

in primo luogo, come attività svolta dal soggetto agente e, soltanto in seconda istanza, come provvedimento-risultato di quell'attività, permettendo, di tal guisa, di superare il rapporto tra forma e sostanza normativa nell'attività di tipo gnoseologico-decisionale, caratterizzante il procedere giurisprudenziale[14], con il quale va continuamente a relazionarsi.

Il principio giuridico fondamentale dell'autonomia negoziale, quale diritto umano fondamentale e perciò non dotato di contenuti giuridici soltanto per il suo riconoscimento da parte della legge ordinamentale o sovraordinamentale, si pone, sul piano ermeneutico, come lo strumento capace di garantire l'interpretazione dei negozi giuridici unilaterali e plurilaterali nel corso della continua trasformazione dei rapporti umani durante il tempo e fuori da spazi territoriali prioritariamente definiti, riuscendo a recuperare l'interpretazione del valore universale contenuto nel precetto normativo che recepisce il precetto negoziale[15], senza privare, proprio grazie al suo utilizzo ermeneutico, l'ideale della giuridicità della sua operatività nel particolare concreto[16]. E la sua concretezza si appalesa, nella pratica negoziale giusprivatistica, per la forza costrittiva universale della cosiddetta *lex mercatoria*[17], riconosciuta nella prassi giudiziaria degli ultimi anni nel nostro mondo globalizzato, tanto dal punto di vista geoconomico, quanto dal punto di vista geogiuridico.

La rilevanza di questo principio giuridico fondamentale di autonomia negoziale viene assolutamente in evidenza nella metodologia giuridico-ermeneutica sostanziante una possibile teoria generale ermeneutica degli atti giuridici. In essa il soggetto interpretante, ponendosi di fronte alla norma, al caso concreto e al soggetto giudicato, è consape-

[14] Cfr. A.E.CAMMARATA, *Formalismo e sapere giuridico,* Giuffrè, Milano, 1963.

[15] L.CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica,* CEDAM, Padova, 1954; s.a.. *La filosofia dei giuristi italiani*, CEDAM, Padova, 1955; cfr., anche, D.CORRADINI, *Il problema del controllo dei valori nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto,* in *RIFD*, 1966; G.GALLI, *Interpretazione e valori, Atti del 3° colloquio sull'interpretazione (Macerata, 6-7 aprile 1981),* Marietti, Torino, 1981. Cfr., anche, L.LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit.

[16] Cfr. M.ASCOLI, *L'interpretazione delle leggi. Saggio di filosofia del diritto,* Athenaeum, Roma,1928, cfr. anche la mia recensione alla ristampa del volume del 1991 per i tipi della Giuffrè di Milano, in *RIFD*, n. 3/91; G.CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), ora in s.a., *Opere,* vol. II, Giuffrè, Milano, 1959-1990, pp. 375-627; T.ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione,* Giuffrè, Milano, 1952 e anche, s.a., *Studi di in tema di contratto,* Giuffrè, Milano, 1952, nonché, s.a., *Problemi giuridici,* Giuffrè, Milano, 1959.

[17] M.R.FERRARESE, *Il diritto al presente. Come la globalizzazione cambia il tempo del diritto,* Il Mulino, Bologna, 2002 e s.a., *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale,* Laterza, Roma-Bari, 2006.

vole di non potere rimanere eternamente fedele a se stesso, nei vari e diversi momenti di tempo e spazio naturale, oltre che storico, nei quali dovrà procedere a stimmatizzare la negoziazione in una formula linguistico-definitoria.

Fornire la giustificazione dianoetica e etica della continua relazione spazio-temporale, tra soggetto-giudicante/soggetto-giudicato, fatto giuridico e norma, scopo primario dell'ermeneutica giuridica, diventa, in sede di interpretazione negoziale, la reale essenza dell'attività interpretativa rispetto alla logicista applicazione della fattispecie astratta al caso concreto, ovvero della conformità del provvedimento alla legge. E ciò perché la metodologia ermeneutica è anzitutto in grado di svolgersi come critica radicale del metodo di sussunzione e sincronia logico-formale, nonché di delimitazione spazio-ordinamentale, caratterizzante un'interpretazione del negozio pensabile, secondo la prospettiva interpretativo-logico-analitica, soltanto all'interno di uno spazio ordinamentale e di un ordinamento intemporale. L'interpretazione del contratto, in prospettiva ermeneutico-giuridica, invece, tenendo conto dell'autonomia negoziale come principio giuridico fondamentale e non come regola di legge o fondata sulla legge, trova piena realizzazione in una dinamica teoretico-pratica, nella quale il giudicante/decidente, ponendosi di fronte alla norma, al caso concreto e al soggetto giudicato, diviene assolutamente consapevole di non potere mai rimanere eternamente fedele a se stesso, per tre precise ragioni:

a) per la mutevolezza degli stati d'essere e dei comportamenti umani nel tempo;
b) per la mutevolezza dei modi di espressione e cioè per la trasformazione del linguaggio nel corso del tempo;
c) per l'infinito, inevitabile mutare dell'oggetto da interpretare nel corso della storia dell'uomo.

La diacronia giuridica, prima che filosofica, caratterizzante l'ermeneutica in generale e quella del contratto in particolare, quindi, si pone propriamente come diacronia del tempo naturale e mai come diacronia del tempo storico, che a quello naturale si contrappone, intendendo il tempo come fatto culturale e costumale e non come realtà biomeccanico-esistenziale. La storia, intesa come fatto culturale può permettersi di stimmatizzare formalmente precisi concetti predeterminati, fissandone i contenuti, la storia intesa come decorso naturale del tempo certamente no.

Dunque diversità della prospettiva ermeneutico-giuridica con il normativismo, col positivismo scientista, col positivismo classico, con la scuola storica del diritto, ma anche con la tedesca filosofia dei valori e con la

filosofia dell'esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi[18].

Tale diversità fu un cruccio, per esempio, già per Luigi Caiani[19]. Questi comprese che nella teoria ermeneutica di Emilio Betti non emerge solo la concreta dimensione valutativa della coscienza in un modello di valore, ma piuttosto il dramma dell'immediatezza inevitabile del decidere in un preciso tempo e spazio naturale. E, in questa, in effetti, è del tutto assente il problema dell'assolutizzazione, universalizzazione o, addirittura, metafisicizzazione del modello di valore, più specificamente, della legge come modello di valore, poiché di vera scienza si tratta, fondata sulla verifica fenomenica di volta in volta del rapporto tra soggetto interpretante e oggetto interpretato (che nell'interpretazione giuridica è anch'esso un soggetto, il soggetto che svolge l'attività interpretata). Nell'ermeneutica giuridica metodologica il problema della metagiuridicità della legge, come momento di declino del diritto[20], nemmeno si pone, per la semplice ragione che il valore non può essere assurto a modello unitario per la giuridicità - è necessario ancora una volta il riferimento alla legge- ma esso va piuttosto a modificarsi e perfezionarsi nella continua, necessaria, innovazione spazio-temporale dell'interpretazione decisionale.

Risulta chiara, posta in questi termini la questione, anche la diversità con la prospettiva soggettivistico-esclusivo-coscienziale-trascendentale, propria della filosofia dell'esperienza giuridica di Giuseppe Capograssi[21]. Que-

[18] Sul punto, è fondamentale sottolineare quanto diverso sia l'utilizzo della fonte neoidealistico-attualistica in Betti e Capograssi. A Gaetano Carcaterra va ascritto il merito di avere ben sottolineato come il volume su *I Fondamenti della filosofia del diritto* di Giovanni Gentile possa essere considerato libro programmatico, sotto vari aspetti, della teoria generale del diritto italiana del dopoguerra (cfr. G.CARCATERRA, *L'attuale filosofia del diritto in Italia e i suoi problemi*, in *Saggi di filosofia del diritto,* Roma, 1989, cfr. in particolare, pp. 19-20). Gli studi attualistici condurranno Betti a una teoria generale del diritto fondata sull'interpretazione giuridica, Capograssi ad una teoria generale del diritto fondata sulla produzione giuridica, seppure non esclusivamente normativa.

[19] Cfr. L.CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani,* cit. pp. 163-199, e, più in particolare, pp. 197-199. Betti, facendo ovviamente, nella *TGI* del '55, riferimento alla sola opera prima di Caiani del 1954, (cfr. L.CAIANI, *I giudizi di valore nell'interpretazione giuridica,* cit.), risolve tutta la questione proposta dal giovane giurista nella, a suo dire, erronea esclusiva subordinazione che quest'ultimo fa del concetto di diritto alle «valutazioni legislative». Cfr. E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, cit., p. 819.

[20] Cfr. *ibidem*, pp. 7-9.

[21] Al di là della pure rilevante aneddotica che ricorda la filosofia di Giuseppe Capograssi come sicura fonte del pensiero bettiano, cfr. E.CANNADA BARTOLI, *A lezione da Capograssi in compagnia di Emilio Betti*, in *Due Convegni su Giuseppe Capograssi (Roma-Sulmona, 1986),* Giuffrè, Milano, 1990, e, seppure Betti nella *TGI* non faccia molte volte riferimento a *Il problema della scienza del diritto* di Capograssi (cfr. E.BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione,* cit. pp. 41, 306, 805), il costante rapporto e confronto tra la metodologia giuridico-ermeneutica e la filosofia dell'esperienza giurdica non sfugge al lettore attento della *TGI*.

st'ultima, infatti, dà sempre valore esclusivo alla concreta situazione valutativo-soggettiva della coscienza esperenziale[22] del soggetto giudicante/interpretante, ponendolo ben al di là e al di sopra, rispetto all'impostazione bettiana, del tempo fisico e naturale, nonché dello spazio fisico ove si realizza la decisione, dato il rapporto strettissimo generantesi tra giudicante e giudicato. Nella metodologia ermeneutica, invece, il diritto finalmente non si nega più rispetto al tempo naturale, perché non si pone né solo come forzata stimmatizzazione di principi assolutizzanti, né solo come presupposizione logico-formale, né solo come fatto storico-culturale, né solo come modello assolutizzato di un valore universale, né solo come momento coscienziale-esperenziale-individuale-trascendentale.

La metodologia interpretativa del diritto penetra nel tempo, ma non lo opprime, né sopprime e, soprattutto, non cerca di impossessarsene in alcun modo; cerca piuttosto di relazionarsi con esso, così come il tempo deve relazionarsi col metodo interpretativo, perché, si badi, nemmeno la temporalità può riuscire ad impossessarsi del diritto, dal momento che esso rimane regola dei rapporti umani, rimane cioè presente come norma, come legge. *Non v'è dubbio, infatti, che la legge non è in alcun modo esclusa dalla vicenda della metodologia*. Ciò permetterebbe la riduzione di quest'ultima a una metodologia sociologica, fondata sulla considerazione della continua e mera osmosi dei rapporti tra società e diritto.

La legge positiva rimane, invece, sempre fortemente presente nel processo interpretativo, coonestandosi perfettamente con la strutturazione di un metodo giuridico, in grado di permettere la rivitalizzazione continua di un diritto posto/imposto, che altrimenti risulterebbe statico e inoperante[23].

[22] Su quella parte dell'esperienza giuridica che è anche sicuramente esperienza del decidere immediatamente, secondo Betti, in una prospettiva tecnico-gnoseologica, precomprensiva e etica, per il fine di giustizia ermeneutico-circolare, e, secondo Capograssi, in una prospettiva coscienziale-trascendentale-metafisica, nell'ambito della conflittualità esperenziale, cfr., anzitutto, G.CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto*, cit. p. 401-432; s.a., *Polemiche sull'interpretazione*, in *RIFD*, XXI, 1941, pp 109-113, ora in s.a., *Opere*, cit. vol. IV, pp. 355-361. E cfr., anche, le opere sull'esperienza giuridica, pubblicate postume, G.CAPOGRASSI, *L'esperienza in concreto*; s.a., *L'esperienza giuridica nella storia*; s.a., *Incompiutezza dell'esperienza giuridica*; tutte in s.a., *Opere*, cit. vol. III, pp. 175-328. Cfr., anche, s.a., *Appunti sull'esperienza giuridica*, in s.a., *Opere*, vol. III, pp. 393-447.

[23] Sulla necessità, per qualsivoglia forma di metodologia giuridica, di tenere conto, al fine di strutturare il mondo del diritto e chiarire la natura delle norme giuridiche, del rapporto tra fattispecie e conseguenza, cfr. G.CARCATERRA, *Metodologia giuridica,* in AA.VV., *Corso di studi superiori legislativi 1988-1989*, Cedam, Padova, 1990, pp. 107-180

Quando nella *Teoria generale dell'interpretazione*, nell'importante pagina dell'edizione del 1955, con la quale si apre il paragrafo 16° del terzo capitolo, incentrato sulla «metodologia ermeneutica»[24], Betti, apparentemente sulle sole orme della filosofia ermeneutica romantica, ma in realtà fortemente legandosi alla sua formazione di giurista, fa riferimento a dei canoni idonei a fissare la tipicità del processo interpretativo e di fare di quest'ultimo un metodo in grado di garantire l'esito epistemologico dell'interpretazione in ogni campo del sapere, pensa certamente proprio alla metodologia della vicenda della giuridicità come estensibile ad ogni sfera del conoscere.

In una siffatta dimensione teorica, i canoni romantici vengono a integrarsi con i capisaldi giuridici dell'interpretazione civilistica, quelli, per intenderci, studiati nelle note «*categorie civilistiche dell'interpretazione*»[25], oggetto della *Prolusione* romana del 15/05/'48 e danno luogo, definendolo in ogni sua linea attuale e progettuale, a un metodo ermeneutico nettamente distinguibile dalla precedente ermeneutica filosofica onto-epistemologica di Martin Heidegger e dalla coeva filosofia ermeneutica gnoseologico-epistemologica, perché coinvolge l'essere nell'unico fondamentale problema della conoscenza, di Hans Georg Gadamer.

Al diritto, infatti, quale momento originario della metodologia, non serve un ulteriore approccio epistemologico, perché la scienza giuridica non può mai diventare una scienza assolutamente certa. Ciò rischierebbe di renderla, dal punto di vista pratico-teorico, prettamente apodittica e cioè una continua dimostrazione della dimostrazione, capace di farle perdere il suo imprescindibile rapporto col mondo reale. Ma nemmeno al diritto può servire un ulteriore approccio solo gnoseologico, poiché esso non può perdere il rapporto con l'ontologia, come essere del mondo e come essere nel mondo.

L'oggettività del giudizio non è, in effetti, il vero problema del giurista, né è l'assoluto problema dell'interprete.

La tradizionale interpretazione giuridica ha piuttosto bisogno di un ulteriore approccio. Il vero problema della scienza giuridica è comprendere per applicare, perché l'universale giuridico si determina solo attraverso il singolo caso concreto. Né però il singolo caso concreto può spiegarsi da sé, prescindendo del tutto dall'universalità.

Il metodo giuridico-ermeneutico, in grado di estendersi a tutti gli altri campi del sapere, è proprio quel metodo capace di permettere co-

[24] Cfr. E.BETTI. *Teoria generale dell'interpretazione*, cit. p. 304.
[25] Cfr. E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit. pp. 3-56.

stantemente non l'universalizzazione del particolare, non la particolarizzazione dell'universale, ma, piuttosto, di portare nel particolare l'universale, di volta in volta, come suggerisce la nuova ontologia di Nicolai Hartmann[26]. Non serve garantirsi la verità del risultato del procedimento interpretativo, bisogna garantirsi, invece, l'attendibilità e verità del metodo e cioè dell'operatività giuridico-pratica della decisione presa, di volta in volta, fenomenologicamente, sul caso concreto, secondo un'impostazione condivisibile nel mondo del diritto. Il metodo si pone, dunque, come il tentativo di una formalizzazione universale del procedere nel decidere, ma mai come una formalizzazione universale dell'interpretazione e/o della decisione.

In questa dimensione, il principio giuridico fondamentale di autonomia negoziale trova il pieno riconoscimento della sua fonte originaria e giustifica pienamente per l'interpretazione delle attività che da esso scaturiscono l'utilizzo della metodologia ermeneutica:

a) quale metodologia concomitante con altre prospettive interpretative, costruite su peculiari posizioni teoriche, da parte del giudice di merito;
b) quale sostrato della recente costruzione giurisprudenziale dell'«interpretazione correttiva», da parte della nostra Corte di Cassazione.

### 3. *Le prospettive della dottrina giuscivilista*

La dottrina giuscivilista, a fronte delle argomentazioni bettiane/romaniane e della scelta netta da parte della giurisprudenza in favore della prospettiva romaniana, ha, invero, cercato, anche per le sollecitazioni provenienti, di volta in volta, dalla vita giuridica pratica, soluzioni diverse.

Si è, per esempio, colta la funzionalizzazione dell'interpretazione del contratto attraverso una lettura di ragionevolezza e *ratio juris* in grado di tenere "anche" conto in maniera adeguata dell'art. 12 delle disposizioni preliminari al c.c.. Ragion per cui il limite dell'interpretazione soltanto logica del contratto si è constatato anzitutto nella sua incapacità di cogliere la funzionalità teleologica della volontà delle parti[27].

[26] Cfr. N.HARTMANN, *Sul fondamento dell'ontologia*, cit.; s.a., *Nuove vie dell'ontologia*, cit; s.a., *Etica*, cit..

[27] P.PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Rivista di diritto commerciale,* 1969, pp. 455 e sgg.; s.a.,«Ratio iuris *e ragionevolezza» nell'ermeneutica giuridica di Emilio Betti*, in AA.VV, *Ermeneutica giuridica e ermeneutica letteraria,* Giap-

Questa prospettiva, in particolare, ha cercato di svincolare l'art. 1362 c.c. dalla sua stimmatizzazione in norma-principio, ovvero non vincolo di legge precettivo-imperativo, ma presupposto di diritto da tenere in considerazione,[28] pensata dalla scuola logico-analitica. In effetti, proprio quella stimmatizzazione ha sempre rappresentato un'utile possibilità manipolativa per gli interpreti. Anche perché non poche sono state le questioni, sicuramente complesse, sorte intorno alla giusta lettura dell'art. 1362 c.c., considerato nella sua interezza, riguardo, in particolare, alla «comune intenzione» e al «comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto» da parte dei contraenti.

Appare ben chiaro, però, che solo tale manipolazione, capace di trasformare, alla fine, una norma in un principio, ha potuto permettere alle dottrine dominanti del dopoguerra e alla giurisprudenza di ritenere sempre assolutamente decisivo il momento di conclusione del contratto e quindi di dare rilievo prioritariamente al documento da cui risulta proposta e accettazione al fine di cogliere il significato della comune intenzionalità delle parti, con la conclusione che se pure le parti non avessero realmente una comune intenzione, comunque andrebbe interpretato il testo risultante da tali volontà discordi, poiché ne coglie in ogni caso le comuni relazioni intenzionali residuali.

Nella realtà, tanto la teoria logico-analitica quanto la teoria economico-funzionale hanno sentito forte innanzi a loro la presenza, studiando l'interpretazione del contratto, del muro teorico di un'autoregolamentazione di diritto privato fondata sulla legge ordinamentale e quindi risultante, alla fine, dal documento di testo racchiudente la dichiarazione conclusiva dell'attività contrattuale da confrontare con la norma di legge. E nemmeno

pichelli, Torino, 2006; Cfr, anche, V.RIZZO, *Fonti del diritto, interpretazione e applicazione della legge, interpretazione e integrazione del contratto,* Centro Stampa dell'Università degli studi di Camerino, Camerino, 1981 e s.a., *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, ESI, Napoli, 1985.

[28] Cfr., già, G.MESSINA, *L'interpretazione dei contratti. Studi*. Macerata. Unione Cattolica Tipografica, 1906; C.GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico con particolare riguardo ai contratti*, ristampa anastatica per i tipi della CEDAM, Padova, 1938; M.CASELLA, *Il contratto e l'interpretazione. Contributo a una ricerca di diritto positivo,* Giuffrè, Milano, 1961; G.CIAN, *Forma solenne e interpretazione del negozio,* CEDAM, Padova, 1969; cfr. anche, L.BIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto,* Giuffrè, Milano, 1991; s.a., *L'interpretazione del negozio giuridico e del contratto*, in L.BIGLIAZZI GERI, U.BRECCIA, F.D.BUSNELLI, U.NATOLI, *Diritto civile,* vol. 1. t. 2, Torino, 1989. Più di recente, V. CALDERAI, *La teoria classica dell'interpretazione dei contratti. Origini fortuna e crisi di un paradigma dogmatico*, in V.CALDERAI, *Diritto privato,* 2001-2002, pp. 344-468; C.M.BIANCA, *Il contratto,* in C.M.BIANCA, *Diritto civile, 3,* Milano, 2004; M.CAPODANNO, *L'interpretazione del contratto*, CEDAM, Padova, 2006.

la "funzionalizzazione" del documento contrattuale è riuscita a rendere ragione fino in fondo alle linee guida giuridico-ermeneutiche che il legislatore del '42 forniva ai giuristi italiani interpreti della contrattazione giusprivatistica, introducendo nel codice civile gli artt. 1362-1371.

Gradualmente, però, sul piano del pensiero giuridico-filosofico, la sempre più rilevata dissociazione tra volontà e dichiarazione[29], la sempre più complessa percezione del trasformarsi integralmente di una circostanza di fatto in un testo scritto[30], l'ampia gamma di prospettive offerta dalla negoziazione come comportamento complessivo delle parti, nonché il porsi del contratto, di volta in volta, tra ambiti istituzionali e ambiti economici del mercato interno e internazionale, hanno finito presto per comportare ulteriori aperture teoretiche. Per queste ragioni, per esempio, non deve sorprendere che proprio dottrine giusciviliste, operanti specialmente all'interno del diritto comparato, potendo prescindere, almeno nella premessa del loro ragionamento, dal "muro teorico-ordinamentale", siano potute giungere a sostenere la prevalenza dell'intenzione delle parti rispetto alla dichiarazione.

Va, in effetti, data la giusta rilevanza, nella congerie giuscivilista, alla cosiddetta teoria dei formanti[31], la quale, concedendo più spazio al momento creativo della norma piuttosto che a quello della sua interpretazione e riconoscendo la pregnanza delle questioni poste dalla giurisprudenza sociologica nordamericana, ha posto l'accento su se la comune intenzione debba riguardare un aspetto psicologico o invece oggettivo. E, su tali premesse, è giunta a ritenere che l'attività intenzionale delle parti può essere presa in considerazione persino al di là della realizzazione e/o conclusione dell'accordo risultante dal documento.

La critica reciproca tra le tre posizioni teoriche si è, alla fine, concentrata sul fatto che mentre la teoria logico-analitica e quella funzionalista rimangono comunque astrette al testo documentale, la teoria dei for-

[29] Cfr., da ultimo, J.DERRIDA, *Diritto alla giustizia*, in AA.VV, *Diritto, Giustizia e interpretazione,* in «Annuario filosofico europeo» cit. pp. 3-36; s.a., *La scrittura e la differenza,* trad.it., Einaudi, Torino, 1971.

[30] Cfr., sul punto, P.RICOEUR, *Ermeneutica filosofica e ermeneutica biblica*, Paideia, Brescia, 1983 e s.a., *Interpretazione e/o argomentazione,* in *Ars interpretandi,* vol. 1, 1996, pp. 77-93; s.a., *Il conflitto delle interpretazioni,* trad.it. jaca Book, Milano, 1977; s.a., *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica,* trad. it. Jaca Book, Milano, 1989.

[31] Su questa prospettiva cfr., da ultimo, P.G.MONATERI, «*Ripensare il contratto: verso una visione antagonista del contratto»,* in Riv. dir. civ. 2003, p. 409 e sgg. e R.SACCO-G.DE NOVA, *Il contratto,* vol. II, UTET, Torino, 2004. Cfr., anche, A.GAMBARO-R.SACCO, *Sistemi giuridici comparati,* UTET, Torino, 1996. I fondamenti di questa impostazione erano già nel volume di R.SACCO, *Il concetto di interpretazione del diritto,* Giappichelli, Torino, 1947.

manti rimane fin troppo condizionata dall'intenzione della parti, finendo per spostare troppo il tema dello studio dell'interpretazione del diritto verso quello della sua creazione.

La prospettiva ermeneutica, invece, riesce a considerare il contesto intenzionale-volitivo certamente in maniera complessiva, tenendo conto per esempio anche dell'attività svolta dalle parti successiva al contratto, ma all'interno del circolo ermeneutico, per cui non si può non ritornare prima della decisione interpretativa al punto di partenza del processo metodologico ovverosia al testo e/o dichiarazione[32], senza, si badi, avere bisogno di considerare la vicenda contrattuale soltanto e necessariamente al di fuori di un ordinamento giuridico specifico. In tal senso, la proposizione ermeneutica di considerare il negozio come un tutto unitario, all'interno del quale tra le parti preliminari e quelle conclusive non è ammissibile separazione in sede di interpretazione, riesce ad evitare un'interpretazione del contratto intemporale e topica, permettendone una diacronica e deterritorializzata.

L'ermeneutica del contratto di diritto privato si caratterizza, infatti, per essere un'ermeneutica a circolarità parziale e, rispetto a quella, per esempio, della Carta Costituzionale o dell'atto amministrativo non può mai abbandonare del tutto la circolarità triadica - che tiene conto del testo documentale - rispetto a quella diadica (in grado di prescinderne).

*Si dà cioè rilievo a tutti i comportamenti con cui si manifesta l'accordo e quindi si coglie pienamente ogni strategia contrattuale, ma non si può giungere, come nei casi di circolarità diadica, fino ad ammettere la sussistenza di un principio di piena libertà nell'esatta ricostruzione*[33].

Seguendo tale impostazione è chiaro che il principio di cui all'art. 1362 c.c. 2° comma viene reso operativo nella sua massima estensione e sembra, peraltro, rispecchiare in pieno il disposto del legislatore del '42, il quale, a ben vedere, chiedendo di tenere conto del comportamento delle parti «anche posteriore alla conclusione del contratto» (1362 c.c. 2° comma), chiedeva all'interprete di tenere conto dapprima di tutto il comportamento precedente, poi anche di quello successivo e quindi, in concreto, di tutto il complessivo comportamento delle parti, in cui andava a ricomprendersi e non ad assolutizzarsi la dichiarazione. A supporto di questa tesi è sufficiente evidenziare che se tale lettura non fosse accettata, l'«anche» non avrebbe alcuna utilità e/o significato nel testo normativo dell'art. 1362 2° comma c.c..

[32] Cfr. L.MENGONI, «Le aporie decostruttive del diritto secondo Jaques Derrida», in Riv. trim. dir.proc.civ., 1999, pp. 353 e sgg.

[33] Cfr. F.VIOLA-G.ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto,* Laterza, Roma-Bari,1999, p. 287.

Nella prospettiva metodologica giuridico-ermeneutica, dunque, procedendo secondo la circolarità triadica: 1) si considera inizialmente il documento nel quale sono sintetizzate le due volontà; 2) si prende la distanza necessaria dal testo documentale per valutare l'intenzione delle parti nel loro complessivo comportamento precedente e successivo al contratto; 3) si ritorna al documento e lo si mette in diretta relazione con le norme del codice civile degli artt. 1362-1371, riguardanti espressamente l'interpretazione del contratto (canoni ermeneutici).

È chiaro che l'operazione può essere considerata ermeneuticamente valida soltanto se svolta da un soggetto interpretante adeguatamente munito di precomprensione critica. Certamente può ritenersi tale la Corte di Cassazione quando procede secondo la cosiddetta «interpretazione correttiva»[34].

Fino ai primi anni del nuovo millennio, solo raramente è apparso, in qualche sentenza della Corte di Cassazione civile, il riferimento ad un'interpretazione ermeneutica del contratto e la valutazione della dichiarazione ha prevalso di gran lunga sulla valutazione del complessivo comportamento delle parti. Si è interpretato cioè il provvedimento-documento e non l'attività complessiva della parti contraenti, anche perché la forza teorica dell'interpretazione logico-analitica del contratto ha trovato ulteriore sostegno nel cosiddetto principio di insindacabilità della valutazione del giudice di merito e nell'applicazione tassativa dell'art. 360 c.p.c..

## 4. *L'«ermeneutica correttiva» nelle recenti sentenze della Corte di Cassazione*

Dopo un costante orientamento, che per circa un cinquantennio ha caratterizzato le sentenze della nostra Corte di Cassazione, qualcosa sembra, oggi, mutare. Si apre un ampio spiraglio verso l'applicazione di una metodologia giuridico-ermeneutica, nello specifico, ai contratti di diritto privato e, più in generale, agli atti negoziali.

L'orientamento giurisprudenziale[35], conforme alla teoria logico-analitica si è, infatti, fino a non molto tempo fa, ispirato a pochi rigorosi criteri interpretativi[36]:

[34] Cfr., *infra*, par. 4.

[35] Ancora nel 2006 sul punto si possono confrontare: *Cass. civ. Sez. III*, 12/01/2006, n. 415, in «Giust. civ. Mass.»., 2006, fl1.; *Cass. civ. sez. I*, 27/01/2006, n. 1754 in «Giust. civ. Mass.», 2006, fl.2.; *Cass. civ. sez. I*, 13/12/2006, n. 26690, in «Giust. civ. Mass.», 2006, fl. 12.

[36] V.CALDERAI, *Voce Interpretazione del contratto*, in «Il Diritto. Enciclopedia del diritto», Il sole 24ore, vol. 4, p.210, Milano, 2007; F.SANGERMANO, *L'interpretazione del contratto,* Giuffrè, Milano, 2007; N.LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione*

1) L'interpretazione dei contratti e degli atti negoziali in genere è riservata all'esclusiva competenza del giudice di merito, essendo il sindacato di legittimità fondato sulla subordinazione dell'autonomia negoziale alla legge e quindi non ponendosi come necessario un sindacato della Cassazione in grado di andare oltre il controllo di conformità alla legge stessa. Il sindacato di legittimità va limitato cioè soltanto al controllo di coerenza e logicità della motivazione.

2) La norme vincolanti a cui va assoggettato il controllo della dichiarazione negoziale in tema di interpretazione dei contratti diventano perciò quelle di cui agli artt. 12 1° comma e 14 delle *Disposizioni preliminari o preleggi* al c.c. Queste stabiliscono una gerarchia normativa espressamente prevista dal nostro codice per l'interpretazione in tema di contratti. Ragion per cui il combinato disposto dell'art. 12 primo comma delle *Disposizioni preliminari o preleggi* e dell'art. 1362 primo comma c.c. (più corretto è scrivere 1362 primo comma, prima parte c.c.) realizza una gabbia gerarchicamente vincolante per tutti i possibili approcci interpretativi al contratto di diritto privato.

3) Le norme successive a quelle previste dagli artt.1362-1365 c.c. e cioè quelle previste dagli artt. 1366-1371 c.c. vengono, in seno alla scala gerarchica pensata dalla giurisprudenza logico-analitica, considerate soltanto come norme di tipo interpretativo-integrative.

4) Dal punto di vista strutturale, perciò, l'interpretazione del contratto nonostante sia distinta in tre fasi – a) la ricerca della comune volontà dei contraenti; b) l'individuazione del modello di fattispecie legale; c) il giudizio di rilevanza giuridica qualificante gli elementi di fatto concretamente accertati - può risolversi in un'indagine sull'intenzione delle parti come risultante dalla dichiarazione, riservata al giudice di merito in via esclusiva, dal momento che questo giudice qualifica il contratto tutto, tenendo in prevalente, se non assoluta, considerazione la dichiarazione-provvedimento che lo conclude.

L'interpretazione letterale e tecnico-argomentativa di «prima classe»[37], proposta dal positivismo logico analitico per il controllo della di-

*e sull'integrazione del contratto?* in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», n. 3, 2006, p.711; C.SCOGNAMIGLIO, *"Statuti" dell'autonomia privata e regole ermeneutiche nella prospettiva storica e nella contrapposizione tra parte generale e disciplina di settore*, in «Europa e diritto privato», n. 4, 2005, p. 1015.

[37] Cfr. R.GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni-P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 2004. La teoria logico-analitica tende, infatti, a distinguere le tecniche logico-argomentative dell'interpretazione giuridica in due classi: «la prima classe è occupata da una sola tecnica interpretativa: quella che va sotto il nome di interpretazione letterale…..la seconda classe com-

chiarazione-provvedimento nella quale si conclude il contratto, ha finito, in tal modo, di gran lunga, per surclassare le tecniche argomentative di seconda classe, concentrate invece sull'intenzione delle parti, secondo quell'auspicio di mediazione possibile tra giuspositivismo logico e giuspositivismo classico che aveva animato il legislatore del '42. E anzi si è venuta del tutto snaturando proprio la ragion d'essere dell'art. 1362 c.c., che nella sua formulazione edittale recita: «*Intenzione dei contraenti*»; che nel suo primo comma invita l'interprete a «non limitarsi al senso letterale delle parole»; che nel secondo comma, mai molto considerato dalla giurisprudenza analitica, invita l'interprete, riguardo alle parti del contratto, a «valutare il loro comportamento complessivo» e, soprattutto, a considerare tale comportamento se «anche posteriore alla conclusione del contratto».

Di più. Il comportamento tenuto dalle parti, successivamente alla conclusione del contratto, è stato considerato rilevabile soltanto, e peraltro in rare ipotesi, qualora si andassero ad integrare gli estremi della condotta comune ad entrambe. In realtà, si è sempre interpretata, in forza del combinato disposto dell'art 12 primo comma e 1362 primo comma, soltanto la dichiarazione in cui l'accettazione va a incontrarsi con la proposta. E i giudici di merito, almeno fino al 2006, supremi arbitri insindacabili, hanno sempre potuto ricondurre il *nomen juris* del contratto proprio a tale dichiarazione, salvo le eccezioni, rare peraltro, in cui hanno ritenuto di potere verificare, ma esclusivamente in maniera interpretativo-integrativa, l'intenzione delle parti secondo la teoria economico-funzionale.

Una vera novità, per gli studiosi di ermeneutica giuridica, che non possono che acclamarlo a gran voce - ma anche per tutti gli operatori del diritto - è l'orientamento emerso dalle sentenze della Corte di Cassazione a partire dal 2007.

La Suprema Corte, dopo l'adeguamento cinquantennale[38] alla teoria dell'interpretazione logico-analitica, che l'ha tenuta rigorosamente lontana dal controllo sulla valutazione del giudice di merito e da una rein-

prende tutte le rimanenti tecniche interpretative, quelle cioè che conducono ad un significato diverso da quello letterale. Tali tecniche sono riconducibili –tutte- ad un qualche uso dell'argomento dell'intenzione del legislatore» (cfr. *ibidem*, pp. 142 e sgg.).

[38] Già Piero Calamandrei nel 1957 invitava, in tema di interpretazione del contratto, il Giudice a non ragionare con la propria testa dovendosi piuttosto applicare i canoni interpretativi del contratto come fattispecie astratte al caso concreto (cfr. P.CALAMANDREI, *Cassazione civile* in NNDI, Torino, 1957) e Natalino Irti, ancora nel 1996, riduceva il controllo della Cassazione, inerente al vizio di motivazione, controllo sulla corrispondenza tra chiesto e pronunziato, al giudice di merito (cfr. N.IRTI, *Testo e contesto*, cit. pp. 192 e sgg.).

terpretazione sulla dichiarazione-provvedimento contrattuale, si propone, a partire dal 2007, come possibile giudice «correttivo» dell'errore del giudice di prima istanza sulla valutazione del *nomen juris* contrattuale e, consequenzialmente, del rapporto tra intenzione e dichiarazione delle parti del contratto o del soggetto che manifesta la volontà negoziale.

L'*iter* che ha condotto la Corte a mutare un atteggiamento tanto consolidato merita una ricostruzione, prima che una riflessione, tanto è complesso e prismatico per interdisciplinarietà.

In effetti, già da qualche tempo, le più avvedute e attente teorie giusciviliste[39] andavano ammettendo l'importanza di riconoscere l'esperienza della dissociazione possibile tra volontà e dichiarazione, in sede di applicazione della tecnica argomentativa, tenendo sempre più nella giusta considerazione gli studi di Neil MacCormick[40], di Jaques Derrida[41] e di Paul Ricoeur[42], soprattutto grazie al grosso lavoro condotto in quegli anni da uno studioso di ermeneutica giuridica dello spessore di Luigi Mengoni[43].

La questione è che alle regole dell'argomentazione, prettamente legate alla logica analitica, debbono aggiungersi profili metodologici, in grado di tenere conto, ormai, non solo del soggetto decidente per finalità istituzionali (giurista come organo dello stato), ma anche dell'oggetto su cui ricade la decisione che, nel mondo del diritto, è un soggetto e cioè il soggetto espletante l'attività interpretata nel giudizio, attività in *circolo ermeneutico* con quella del soggetto giudicante. Pertanto, per l'interpretazione del contratto, la prospettiva dei canoni ermeneutici assume maggiore evidenza che non per l'applicazione metodologico-ermeneutica a qualunque altra attività giuridica. E, quindi, non può certo considerarsi casuale che, proprio in tema di interpretazione del contratto, la dottrina giuridica ci fornisca una fonte di assoluto pregio, nella quale espressamente è già realizzato il lavoro, spettante, per gli altri atti giuridici, di

[39] Cfr., per una bibliografia sull'argomento, in tal senso, V. CALDERAI, *Voce Interpretazione del contratto*, in «Il Diritto.Enciclopedia del diritto del Sole 24ore», cit.

[40] N.MACCORMICK, *Ragionamento giuridico e teoria del diritto*, trad.it. G. Giappichelli, Torino, 2001. Il contributo del MacCormick, scomparso nello scorso mese di aprile, assume di certo grande rilevanza nella letteratura filosofico-giuridica concernente il rapporto tra testo e dichiarazione.

[41] J.DERRIDA, *La scrittura e la differenza,* cit.

[42] P.RICOEUR, *Dal testo all'azione. Saggi di ermeneutica*, cit.

[43] Cfr. L.MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*., Giuffrè, Milano, 1996. Cfr., anche, in particolare, riguardo al rapporto tra ermeneutica giuridica e interpretazione degli atti negoziali, C.BENEDETTI, *L'interpretazione dell'atto di autonomia privata tra teoria generale e dogmatica nel pensiero di E. Betti. Un paradosso,* in AA.VV., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di L. Mengoni, I*, Milano, Giuffrè, 1995.

volta in volta, all'interprete, di trasformare i canoni ermeneutici della filosofia romantica in paradigmi funzionali all'interpretazione del diritto.

Si fa riferimento ovviamente a quelle «categorie civilistiche dell'interpretazione»[44] che Emilio Betti ricavò, proprio per l'interpretazione del contratto, dai canoni ermeneutici romantici, con un ponderoso lavoro di ricerca interdisciplinare, attraverso il quale riuscì perfettamente a sinergizzare le sue competenze giusromanistiche, filosofico-giuridiche, giuscivilistiche e giuscomparatistiche, oltre che quelle storico, filosofiche, letterarie, estetico-filosofiche, etc.

La prolusione su *Le categorie civilistiche,* tenuta da Betti il 15/05/1948 nell'aula Giuseppe Messina de "La Sapienza" di Roma, segna un vero e proprio passaggio di consegne da chi, il Messina, appunto, aveva sancito l'impossibilità dell'intervento del Giudice sulla dichiarazione contrattuale a chi, il Betti, si preoccupava, ritenuto ormai privo di rilevanza il mito del giudice bocca della legge, di individuare possibili canoni metodologici idonei a controllare l'attività dell'interprete del contratto, che, sempre, va a intervenire sulla volontà delle parti, dovendo tenere in conto il rapporto tra dichiarazione e intenzione, tra la complessiva attività delle parti e quanto risulta nel provvedimento dichiarativo, più ancora, tra la complessiva attività dell'interprete (precomprensione critica) e la complessiva attività delle parti (circolarità ermeneutica).

Le categorie civilistiche dell'interpretazione altro non sono che i canoni ermeneutici romantici (negli studi di F.Schleiermacher, W.Humboldt, J.Droysen, A.Boeckh, H.Steinthal), inerenti al soggetto e all'oggetto dell'interpretazione, riletti alla luce della tradizione giuscivilistica di diritto romano e delle norme del codice civile del 1942, dedicate all'interpretazione del contratto (artt. 1362-1371 c.c.), nonché delle norme del precedente codice civile italiano, del codice civile tedesco, del codice civile argentino del 1871 e della dottrina comparatista francese. Esse vengono proposte come canoni imprescindibili per l'interprete, tanto da leggersi specificamente anche nelle norme del nostro codice civile del 1942 e tanto attinenti al soggetto e all'oggetto dell'interpretazione, a prescindere dalle norme del codice stesso. Come i canoni romantici sono quattro, di cui due attinenti all'oggetto e due al soggetto dell'interpretazione. E sono certamente da considerarsi preminenti quelle attinenti all'oggetto dell'interpretazione perché riguardano l'effettiva specificità dell'ermeneutica giuridica rispetto all'interpretazione tradizionale, dal momento che

[44] Cfr. E.BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Teoria generale e dogmatica),* Giuffrè, Milano, 1971, pp. 1-56.

caratterizzano quest'ultima per un'apertura all'oggetto, nemmeno pensabile nell'interpretazione giuridica tradizionale, considerato che il fine dell'interpretazione non poteva che essere di tipo istituzionale, ovvero concentrato su chi all'interpretazione procedeva (per esempio: Magistrato quale funzionario dello Stato), rimanendo il documento o monumento un oggetto meramente passibile di azione esterna.

I canoni attinenti all'oggetto sono proprio quelli che, per tradizione filosofico-romantica, interpretano la circolarità ermeneutica tra oggetto e soggetto dell'interpretazione, circolarità che, rispettata, garantisce se non il fine dell'interpretazione (nel caso dell'interpretazione giuridica: la giustizia), almeno il mezzo (ovvero il procedere nel giudizio).

Il primo canone attinente all'oggetto dell'interpretazione è il *canone dell'autonomia e immanenza del criterio ermeneutico.* Esso ritiene, previa necessaria complessiva valutazione, la prevalenza dell'intenzione contrattuale sulla dichiarazione, della *mens dicentis* sulla *vox dicentis*. È, dal punto di vista della filosofia romantica «l'oggettivazione dello spirito nell'oggetto»[45], dal punto di vista giusromanistico il «*sensus non est inferendus, sed efferendus*»[46]. Il legislatore del codice civile del '42 aveva scelto già nel primo degli articoli dedicati all'interpretazione del contratto questo canone ermeneutico come canone vincolante per l'interprete, dal momento che al secondo comma dell'art. 1362 c.c. aveva parlato di un «determinare la comune intenzione delle parti» dal «comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto», prospettando quella norma quale mediazione possibile tra il positivismo giuridico classico (non fondante l'interpretazione del diritto esclusivamente sulla tecnica dell'argomentazione logicista) e il positivismo giuridico logico.

L'esigenza di subordinare l'interpretazione del contratto all'interpretazione della legge ordinamentale, su cui deve andare a costruirsi e garantirsi l'autonomia negoziale, ha imposto il dissolvimento di questa categoria civilistica dell'interpretazione mutuata dai canoni romantici, facendo negare del tutto il rilievo nel nostro ordinamento non solo dell'art. 1362 secondo comma, ma anche dell'art. 1362 primo comma, seconda parte, in cui il legislatore impone all'interprete di «non limitarsi al senso letterale delle parole».

Il secondo canone ermeneutico, *canone della totalità e coerenza,* è legato, dal punto di vista della filosofia romantico-classicista, all' «idea gre-

[45] *Ibidem,* p. 14.
[46] *Ibidem.*

ca della *paideia*»[47] e dal punto di vista giusromanista all'«*incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*»[48].

È il canone che permette all'ermeneutica giuridica di pensare possibile una coerenza del sistema, seppure non è pensabile una sua completezza. Nello specifico dell'interpretazione del contratto e del negozio giuridico, il canone è espressamente previsto dall'art. 1363 c.c., ed era già stato proposto nel precedente c.c. all'art. 1136[49], ma soprattutto, al di là delle leggi ordinamentali, viene utilizzato per escludere il richiamo di norme straniere contrastanti con lo spirito della legislazione nella quale si dovrebbero inserire secondo i criteri del diritto internazionale privato, «consapevolmente o meno»[50]. Betti, non a caso, sul punto richiama espressamente la formula del codice argentino del 1871, studiata da Ernst Zitelmann[51].

Le categorie civilistiche dell'interpretazione attinenti al soggetto mirano invece a garantire il controllo sull'attitudine, predisposizione e competenza del soggetto interpretante, la sussistenza della *precomprensione critica* in quest'ultimo, e si pongono anch'esse come canoni vincolanti per l'attività interpretativa.

Il primo canone attinente al soggetto è il cosiddetto canone dell'*attualità dell'intendere.* Esso sancisce la necessità di riportare all'attualità, alla coscienza, dell'interprete la peculiare vicenda normativa in esame. Rileva particolarmente in sede di controllo dell'attività del soggetto interpretante. Mira a garantire la verifica costante dell'*habitus* di quest'ultimo - inteso come effettiva predisposizione esperienziale e culturale- a rendere l'interpretazione e/o ad esprimere il giudizio. È quello a cui i giureconsulti romani ricollegavano la possibilità di correggere e «*supplere*»[52] alla deficienza delle norme di *ius civile.* È la possibilità extraordinamentale di reinterpretare in sede correttiva per deficienza di competenza o attitudine del giudice-inteprete al giudizio. Riguarda specificamente quegli artt. del c.c. del 1942 (1366-1369) che fanno espresso riferimento alla peculiare capacità personale dell'interprete. In questo canone trova, a ben guardare, il suo fondamento teorico l'interpretazione correttiva della Corte di Cassazione a cui è dedicata la parte conclusiva di questo lavoro.

Ma, soprattutto, grande rilievo viene ad avere il secondo canone at-

[47] *Ibidem,* p. 18, nota 32
[48] *Ibidem*, p. 15
[49] *Ibidem*, P.18.
[50] *Ibidem.*
[51] *Ibidem,* p. 18, nota 35.
[52] *Ibidem,* p.20.

tinente al soggetto e quindi alla precomprensione critica dell'interprete: il canone della *corrispondenza e consonanza ermeneutica*, riguardante –come il secondo canone attinente all'oggetto - l'esperienza e l'*habitus* del soggetto interpretante, perchè mette «all'unisono tra loro …i due termini del processo interpretativo: vale a dire l'oggetto …e l'attualità del soggetto»[53]. È questo il canone che segna la differenza forte tra ogni altro tipo di ermeneutica, valevole in qualunque campo del sapere e l'ermeneutica giuridica. In quest'ultima non basta rievocare o conoscere, ma bisogna «trasfondersi nella vita sociale alla cui disciplina deve servire»[54].

L'art. del c.c. del 1942 in cui si trasfonde questo canone è il 1370. Nessun interprete potrà mai considerare in favore di chi l'ha scritta la clausola voluta da uno solo dei contraenti, proprio cioè dal contraente forte. Il canone diventa di assoluto rilievo e imprescindibile, oggi, per esempio, nell'ambito dell'interpretazione giuridica dei cosiddetti contratti di consumo.

A decorrere dal 2007, la nostra Corte di Cassazione comincia ad infliggere duri colpi alla giurisprudenza logico-analitica in tema di interpretazione del contratto. E infligge questi colpi proprio facendo ricorso ai, mai del tutto conosciuti, nella pratica del diritto, canoni ermeneutici dell'interpretazione degli atti negoziali, posti dal codice civile del 1942 e rielaborati dalla metodologia giuridico-ermeneutica.

La questione si mostra tanto più rilevante quanto più si consideri, sul piano giusprocessualistico, oltre che del diritto sostanziale, che la Corte si vede costretta a superare anche lo scoglio dell'art. 360 c.p.c., da sempre considerato limitativo della possibilità di sindacare l'attività del giudice di merito in tema di accertamento interpretativo della dichiarazione negoziale. Tale accertamento è stato infatti ogni volta considerato un'indagine di fatto non rilevabile nell'ambito del controllo di legittimità.

Con le sentenze della Corte di Cassazione: *III sezione 6/2/2007*, n. 2560[55]; *III sezione 27/03/2007*, n. 7500[56]; *I sezione, 25/09/2007*, n. 19928[57]; *III sezione 16/10/2007*, n. 21620[58]; *I sez., 26/10/2007*, n. 22536[59]; *II sez., 29/11/2007*, n. 24924[60], *I sez., 9/5/2008*, n. 11561[61], si è segnato un gradua-

[53] *Ibidem,* p.26
[54] *Ibidem,* p.27.
[55] Cfr. «Massimario della Giustizia civile», fl. 2, 2007.
[56] Cfr. «Massimario della Giustizia civile», fl.3, 2007.
[57] Cfr. «Massimario della Giustizia civile», fl 9, 2007.
[58] Cfr. «Guida al diritto», fl. 49, 2007.
[59] Cfr. «Massimario della Giustizia civile», fl.10, 2007.
[60] Cfr. «Guida al diritto», fl. 10, p. 69, 2008.
[61] Cfr. «Guida al diritto», fl. 38,p. 77, 2008.

le spostamento di asse, concentratosi, dal punto di vista dell'innovazione interpretativa, su quella che la Corte stessa definisce come: «interpretazione correttiva»[62], ovvero un'interpretazione in grado di correggere per via ermeneutica il giudizio sulla dichiarazione del giudice di merito. I punti nodali dell'interpretazione correttiva possono così riassumersi, leggendo le stesse sentenze su citate:

1. Vanno rispettati dal giudice di merito i canoni legali di ermeneutica contrattuale fissati da tutti gli articoli (1362-1371 c.c.), dedicati dal codice civile all'interpretazione del contratto.
2. La Corte di Cassazione può verificare la violazione di tali canoni mediante un suo controllo in via correttiva, prendendo le mosse da una motivazione inadeguata da parte del Giudice di merito.
3. Ciò significa che il giudice di merito non deve fare più solo riferimento alle regole legali di interpretazione, ma deve dimostrare di avere seguito i canoni ermeneutici e i principi fissati espressamente dal c.c. per l'interpretazione del contratto.
4. Viene meno l'assolutezza del principio di «piena» libertà nell'esatta ricostruzione per il giudice di merito, pure rimanendo discrezionale la valutazione di quest'ultimo sulla natura e sul nome del contratto.
5. Condizione del controllo in via correttiva della Cassazione è che la parte, nel ricorso introduttivo, indichi espressamente i canoni ermeneutici violati con la precisazione del modo e delle considerazioni attraverso i quali il giudice di merito se ne è discostato, nonché, in ossequio al principio di specificità e autosufficienza del ricorso, con la trascrizione del testo integrale della regolamentazione pattizia o della parte in contestazione.
6. Il comportamento delle parti da tenere in considerazione non è soltanto quello che attiene alla fase di conclusione del contratto e quindi che si risolve nel testo scritto della dichiarazione, ma anche quello precedente e successivo alla conclusione del contratto, specie se riguardi l'esecuzione di quest'ultimo.
7. Tanto l'art. 1363 c.c., quanto l'art. 1370 c.c., riferibili ai canoni ermeneutici della precomprensione critica e della circolarità ermeneutica, diventano elementi di valutazione indispensabili per la motivazione delle sentenze di merito anche andando ben oltre il cosiddetto principio del gradualismo (per il quale solo dopo l'applicazione dell'interpretazione letterale del testo è possibile ricorrere ai principi sussidiari di cui agli artt. 1362-1365 c.c. e poi ancora, in sede sussidiaria e integrativa, agli artt. 1366-1371 c.c.).

[62] Cfr. le *supra* citate sentenze, in particolare, le sentenze nn. 7500/2007 e 21620/2007.

Con queste linee guida, l'*interpretazione correttiva* della Suprema Corte invita il giudice di merito ad un'interpretazione del contratto da non tenere più soltanto relegata - va precisato, però, che ciò, ove siano rispettati i criteri canonistici ermeneutici, non gli è certo precluso - nell'ambito dei criteri cosiddetti legali a cui le teoriche logico-analitiche limitavano l'attività del Giudice per la subordinazione della autoregolamentazione negoziale alla legge. Vengono in rilievo, cioè, nell'ambito dell'interpretazione del contratto, la connotazione precomprensiva del giudice di merito(art. 1370 c.c.) e la sua dimensione circolare ermeneutica (art. 1363 c.c.), quali presupposti dell'operare del magistrato-interprete-decidente, nel senso che, in assenza di valutazione precomprensiva e circolare, a prescindere dalla conformità del testo dichiarativo alla legge, l'interpretazione possa essere comunque corretta ove tali presupposti non risultino evidenziati nella motivazione, secondo un'impostazione propria della teoria dell'interpretazione metodologico-ermeneutica.

L'interpretazione del contratto, in tal modo, va verso una sua riformulazione di tipo universale, fruibile come metodo per ogni ordinamento e per ogni tipo di contrattazione tra soggetti giuridici. Si pone come assolutamente diatopica e diacronica, estranea alla delimitazione nei confini ordinamentali e all'intemporalità della legge. Si ridefinisce pienamente, secondo la sua vera essenza, come interpretazione dell'attività umana e non di meri documenti scritti, i quali, molto spesso, non rappresentano la reale volontà delle parti -certamente non nel medio e lungo termine- che li pongono in essere.

Lo stesso concetto di *testo*, finalmente, anche di fronte alla giustizia della legge, diventa un concetto più ampio, in grado di ricomprendere almeno, oltre al testo scritto-dichiarazione, anche il testo-verbale e, soprattutto, il complessivo testo-comportamentale.

L'interpretazione del contratto viene finalmente riconosciuta come interpretazione di un'attività svolta da soggetti e non certo più soltanto come una verifica di conformità dell'atto provvedimentale alla legge.

Il testo-comportamentale, realizzato dalle parti interpretate, diviene il vero oggetto da sottoporre all'attività critica del magistrato decidente titolare dell'interpretazione giuridica e, questa consapevolezza, nella Giurisprudenza più esperta, dimostra quanto l'argomento non sia più proprio soltanto della riflessione dei filosofi e dei giuristi teorici, ma anche dei giuristi pratici e di quelli tecnici del nostro tempo.

Per queste ragioni si deve ritenere che, sicuramente, riguarda solo la specificità delle questioni trattate, un certo atteggiamento conservatore e di ritorno al passato riaffiorante in alcune recenti sentenze della seconda Sezione della Corte di Cassazione. Queste vanno nuovamente a

negare il giusto rilievo alla possibilità correttiva della Corte di Cassazione -da rintracciarsi in un apposito utilizzo dei criteri ermeneutici propri della metodologia ermeneutica sinergizzabile con le norme del c.c., dedicate all'interpretazione dei contratti di diritto privato- riproponendo per l'interpretazione del contratto l'utilizzo esclusivo del combinato disposto dell'art. 12 delle *Disposizioni preliminari* al c.c., prima parte del primo comma e dell'art. 1362 c.c., primo comma[63].

L'auspicio è che non si tenda a frenare, per mero conservatorismo, il procedere della scienza giuridica verso una più adeguata comprensione dell'evoluzione sociale, sempre più alla sua portata. Anche perché certamente, all'orientamento ermeneutico-correttivo della Corte, ha dato vigore, di recente, il Legislatore giusprocessualista, introducendo, con la Legge n. 69 del 18/19-06-2009, l'art. 360 *bis* c.p.c. e riformulando l'art. 118 delle *Disposizioni di attuazione* al c.p.c..

[63] Cfr. *Cass. civ. sez. II*, n. 18509 del 4/7/2008, in «Guida al diritto», f.43, pp. 50-51, 2008; *Cass. civ. sez. II*, n. 25999 del 29/10/2008, in «Guida al diritto», fl. 48, p. 51, 2008.

VALENTINO PETRUCCI

# «Si legge male quando si legge in ginocchio»: Renan e il *Collège de France*[*]

Il 22 febbraio 1862, Ernest Renan, appena nominato "professore di lingue ebraica, caldaica e siriaca" al *Collège de France*, inaugura il suo corso.

A *rue des Écoles*, nel cuore del *Quartiere Latino*, l'assembramento di studenti, giornalisti, professori diventa ben presto calca: all'una, ci sono già 200 persone che fanno la coda davanti alla porta dell'anfiteatro di chimica, 'prestato' per l'occasione a Renan dal collega Claude Bernard (è infatti l'aula più spaziosa del *Collège*). Alle due, si aprono le porte, la folla si precipita e, nel giro di qualche minuto, la sala è completamente piena.

Riporto la testimonianza d'Hippolite Taine:« Renan fa il suo ingresso. Scoppia il putiferio: chi si alza, chi urla, chi agita il cappello… impossibile, per venti minuti, aprir bocca. Renan chiede inutilmente un po' di silenzio. I suoi gesti sembrano quelli di un vescovo ( un vescovo *in partibus infidelium*) come del resto qualche frase della sua lezione… Ha troppo l'aria di impartire la benedizione».[1]

Malgrado i fischi dei clericali, sommersi dagli applausi degli studenti liberali, malgrado le interruzioni e le grida di una gioventù esaltata, Renan riesce a terminare la lettura della sua lezione( prevedendo il peggio e per non perdere il filo del discorso, aveva scelto di leggere un testo scritto piuttosto che andare 'a braccio').

Subito dopo, comunque, ci furono manifestazioni, incidenti, feriti ed anche alcuni arresti: secondo stime attendibili, gli studenti che stazionavano nei paraggi del *Collège*, quel pomeriggio, erano circa tremila.

Quattro giorni dopo la lezione inaugurale, sotto la pressione dei conservatori e dei cardinali, il ministro dell'Istruzione Rouland è costretto a chiudere il corso di ebraico.

Cosa ha detto Renan di così blasfemo da suscitare la collera del par-

[*] Il testo riproduce, con modifiche, la relazione dal titolo "*Renan et le Collège de France*", tenuta ad Atene il 3/04/2009, all'interno del colloquio "*Ernest Renan et la Grèce. Philosophie, langue et politique*",organizzato dalla *Fondation nationale de la recherche scientifique* in collaborazione con l'*Institut Français d' Athènes*. Cfr. anche V. Petrucci, *Il mercante di ellèboro (un'introduzione a Ernest Renan),* Rubbettino 2008, pp. 15-29.

[1] H. Taine, *Sa vie et sa correspondance*, Paris 1908, t. II, pp. 227-228; cfr. A. Maury, *Un témoignage sur E. Renan*, in " *Cahiers Ernest Renan*" , I, Paris 1971, pp 41-52.

tito clericale (Imperatrice e Nunzio apostolico in testa) e provocare la sospensione del corso, quel corso che agognava da tempo, almeno dalla morte (1857) di Etienne Quatremère, professore di ebraico e suo maestro? A quel tempo Renan ha trentanove anni, gode già di una certa reputazione come storico orientalista; molti lo ammirano, molti lo detestano. Ha pubblicato , nella " *Revue des Deux Mondes*" e nelle sue *Études d'histoire religieuse*, degli articoli molto audaci in materia di credenze e storia ecclesiastica. All'inizio del 1862, al tempo della tumultuosa lezione inaugurale, ha già nelle tasche il manoscritto della *Vie de Jésus*, che sarà pubblicata l'anno successivo e che farà scandalo, o meglio, "il più grande scandalo intellettuale del XIX secolo"[2].

Renan ha sempre seguito questo principio: il professore,in quanto intellettuale al servizio esclusivo della Verità, in quanto "guardia giurata della Verità"[3], ha il diritto, e soprattutto il dovere, di non "truccarLa" per renderLa più accettabile agli occhi dei profani o più funzionale agli interessi di questa o quella fazione.

Nella lezione inaugurale al *Collège de France*, egli spinge deliberatamente fino alle estreme conseguenze il suo culto della Verità, la devozione dell'intellettuale alla "scienza disinteressata", il disprezzo verso ogni sorta di proselitismo, politico o religioso. L'argomento prescelto dal neoprofessore per la sua lezione è tutt'altro che anodino, vasto quanto insidioso: il contributo dei popoli semitici allo sviluppo dell'umanità.

L'eredità incontestabile dei popoli semitici-dice Renan- è la religione; sotto questo aspetto (i sentimenti religiosi), i Semiti sono stati "i nostri maestri". «Noi occidentali- aveva scritto Voltaire, un secolo prima-abbiamo preso dai Semiti la nostra religione… da questo punto di vista, non siamo altro che degli Ebrei con il prepuzio»[4].

Impudicizia illuminista a parte, Renan è dello stesso avviso ma, per quel che concerne la scienza e la filosofia, « …siamo esclusivamente Greci»[5].

Stessa filiazione, secondo Renan, in materia di politica e organizzazione amministrativa dello Stato: « l'Oriente semitico non ha mai conosciuto una via di mezzo tra la completa anarchia degli Arabi nomadi ed il dispotismo sanguinario…L'idea di cosa pubblica, di bene pubblico è del tutto assente presso quei popoli…Teocrazia,anarchia, dispotismo: que-

[2] cfr. J. Balcou, *Renan de Tréguier*, Saint-Cyr-sur-Loire, 1999, p. 86.

[3] cfr. E. Renan, *Discours prononcé au Collège de France..,[1884]*, in Id., *Oeuvres complètes*, Paris 1947, t.I, p.876.

[4] Voltaire, *Essai sur les moeurs*. cap. 103.

[5] E. Renan, *De la part des peuples sémitiques…, [1862]*, in Id. *Oeuvres complètes*, cit., t.II, p.326.

sta è, in sintesi, la politica semitica; per fortuna, la nostra idea di politica è diversa»[6].

E, all'improvviso, nella partitura già abbastanza *vivace* per via delle allusioni all'assolutismo dispotico della Chiesa, arriva il colpo di *gong*, quello che scatena la *bagarre*. Lo stile del discorso, solitamente forbito e seducente ("incantatore"), si fa involuto e confuso, come se Renan si rendesse conto della gravità di quello che sta per dire ed esitasse… Il senso della frase è comunque inequivocabile: «un uomo incomparabile -così grande che, sebbene tutto qui deve essere giudicato dal punto di vista della scienza positiva, non vorrei contraddire quanti, colpiti dal carattere eccezionale della sua opera, lo chiamano Dio- operò una riforma del giudaismo, una riforma così profonda… che costituì una vera e propria creazione di sana pianta»[7].

Malgrado le forzature sintattiche, si allineano parole e concetti che non possono non  risultare provocatorî e che, come pietre, si abbattono sull'uditorio.« Gesù, uomo incomparabile», «certi lo chiamano Dio»: queste frasi di Renan diventeranno un marchio indelebile per tutti i critici, ammiratori e detrattori.

Il suo amico Gobineau gli scrive: «sapete bene…che non condivido le vostre opinioni religiose, non è questo il problema, ma …perché questa terribile frase [«*Gesù, uomo incomparabile*»]? e qual è stata l'utilità filosofica di pronunciarla?».

Per parte sua, Renan è sorpreso, non dalla reazione, ma dalla sua ampiezza, forse è addirittura pentito. Riconosce di essere stato "poco politico" nell'affrontare il problema della divinità di Gesù e di non aver voluto seguire il consiglio ("molto saggio") di scegliere un'aula più piccola e un argomento più tecnico.

Corre ai ripari. Una amico è inviato alla *Bibliothèque Impériale* ( la *Nationale* di oggi) a cercare una citazione di Bossuet, autore di incontestabile autorità e ortodossia.

La spedizione ha buon esito: anche Bossuet, "l'Aquila di Meaux", il venerato maestro dell'arte oratoria e necrologica, definisce Gesù "un uomo di un'ammirevole dolcezza", senza che la Chiesa abbia mai protestato o organizzato spedizioni sediziose contro di lui.

Purtroppo, come si è detto, le risorse dell'erudizione non servono a salvargli il posto: quella carriera di professore, a cui tanto teneva, è per il momento spezzata.

[6] *ivi*, pp.324-325.
[7] *ivi*, pp. 329-330.

Negli anni successivi, Renan rifiuterà, con una certa iattanza (il successo travolgente della *Vie de Jésus* lo aveva intanto messo al riparo da qualsiasi preoccupazione di carattere economico), ogni sorta di 'compensazione' offertagli da quello stesso regime imperiale che lo aveva revocato[8].

Per essere reintegrato dovrà attendere l'avvento della Repubblica, la Repubblica nata dalle ceneri di Sedan, quella Repubblica che, peraltro, lui non ha mai amato: il 17 novembre 1870, Jules Simon, con uno dei primi provvedimenti del suo ministero, gli restituisce la cattedra al *Collège de France*.

Durante tutto questo tempo (1862-1870), a dispetto della sua noméa (personalità sempre ondeggiante, stile manierato), Renan lotta con determinazione, si direbbe, con accanimento per l'indipendenza ("la neutralità") del *Collège de France* , più in generale, del professore di un istituto pubblico rispetto alla politica e alla religione:«il professore di ebraico parlerà sempre di religione ma mai alla maniera dei teologi. Egli non avrà opinioni sulla verità dei dogmi. Non si occuperà di sapere se è fondato (oppure no) ricavare questo o quel dogma da questo o quel passaggio [*delle Scritture*]. Cercherà, puramente e semplicemente, il significato di quel passaggio…Nelle questioni religiose, la sua posizione è del tutto neutrale, come quella dello Stato stesso»[9].

Sessant'anni dopo, Max Weber esprimerà gli stessi concetti, quasi con le stesse parole (*Wissenschaft als Beruf*, 1918). Per Renan e per Weber, la chiave di volta della scienza è la possibilità di una ricerca tutt'affatto libera, cioè affrancata da dogmi e da mitologie debilitanti. C'è una magnifica frase di Renan, nel suo commento all'*Ecclesiaste*, che esprime questa esigenza ineluttabile e che dovrebbe costituire la divisa di ogni intellettuale di professione (consiglieri del Principe, giornalisti, professori): «in generale…si legge male quando si legge in ginocchio»[10].

[8] «C'erano, in Renan, due sentimenti contrari che si combattevano e che di volta in volta prendevano il sopravvento. Ciò si manifestò chiaramente nel seguito di quest'*affaire* [*del Collège de France*]. Da una parte, Renan desiderava vivamente conservare la sua cattedra al *Collège* …dall'altra, teneva moltissimo…ad esporre, nel suo insegnamento, quelle dottrine che gli erano care [*senza modifiche opportunistiche*]. Bretone di nascita, egli apportò, in questa circostanza, la rigidità e l'ostinazione tipiche della sua razza. Fece di tutto per essere reintegrato nella sua cattedra e, contemporaneamente, non cessò, attraverso gli scritti successivi alla sua sospensione… di compromettersi ulteriormente»: A. Maury, *Un témoignage sur E. Renan* ,loc. cit., pp.51-52.

[9] E. Renan, *La chaire d'hébreu au Collège de France,* [*1862*], in Id., *Oeuvres complètes,* cit., t. I, pp. 150-151.

[10] E. Renan, *L'Ecclésiaste*, 1922[6] , p.67.

Nei suoi tentativi tenaci d'insegnare al *Collège*, ci rendiamo conto dell'importanza che egli attribuisce alla veneranda istituzione e, di conseguenza, al ruolo preminente dell'insegnamento "specializzato". Secondo Renan, il *Collège* rappresenta l'Arca che deve preservare la cultura nei periodi di crisi ed il baluardo più solido contro "la mediocrità" democratica e borghese.

Nei giorni neri della *Comune*, egli scrive a Berthelot: «più la nostra patria è infelice, più noi [*intellettuali*] abbiamo il dovere di non abbandonarla…Siamo necessari alla patria…Quanto al *Collège*, se dovesse subire un'interruzione, dovremmo mantenere il corpo insegnante, continuare ad insegnare, malgrado la cessazione del trattamento economico»[11].

Nel 1883, Renan realizza il sogno della sua vita: è nominato amministratore del *Collège de France*[12].

Raramente gli atteggiamenti renaniani suscitano sentimenti diversi dall'ammirazione o dalla ripulsa, ma c'è un che di commovente in questo attaccamento pervicace all'antica fondazione di Francesco I : c'è la consapevolezza che solo incardinandosi in una corporazione l'uomo di pensiero potrà dare un senso compiuto ed una prospettiva di grandezza al proprio lavoro[13].

Come si comporta il professore d'ebraico, reintegrato al *Collège de France*, ormai icona vivente della Francia laica e 'moderna', addirittura, secondo la definizione di Léon Daudet, "il dio, adorato ed incensato, della *Terza Repubblica*" anti-oscurantista e anti-clericale?

Gli impegni didattici sono scrupolosamente osservati. Renan passa delle ore alla lavagna ad interpretare un'asticella di una lettera nabatea: «è un *daleth*, oppure un *resch*»? Un profluvio di erudizione che, certo, affaticava e deludeva i tanti curiosi che accorrevano alle sue lezioni, attirati dalla sua fama sulfurea. Durante l'estate del 1892, in Bretagna, chie-

[11] *lettera a M. Berthelot, 29-4-1871*, in E. Renan- M. Berthelot, *Correspondance ( 1847-1892)*, 1898[2], p. 404. Qualche mese dopo, dall'Italia, egli si indirizza sempre all'amico e "confratello" Berthelot: «vegliate sugli interessi del *Collège*… Il diluvio arriva: calafatiamo l'arca su tutte le giunture» (*lettera a Berthelot, 7-10-1871*, ult. loc. cit., pp.410-411).

[12] Vent'anni prima, nel pieno della bufera scatenata dalla pubblicazione della *Vie de Jésus*, aveva scritto:« vi confesso in tutta sincerità che preferirei essere un tranquillo professore con [*solo*] dieci studenti, fare libri a mio piacimento e avere, come suprema prospettiva, quella di diventare un giorno amministratore del *Collège*» ( *lettera a M. Berthelot, 24-9-1863*, loc. cit., pp. 309-310).

[13] Questa idea - la forza nobilitante della corporazione, in generale, di ogni *camaraderie* - avrà, in seguito, altri apologeti: in sociologia Durkheim, in letteratura Saint-Exupéry. Cfr. spec. É.Durkheim, *De la division du travail social,* [*introduzione alla II edizione*], Paris 1902, pp. 1-31; A. de Saint-Exupéry, *Terre des hommes*, Paris 1939, pp. 33, 40.

de al suo medico curante di prevenirlo, in caso di aggravamento della malattia, in modo da poter rientrare a Parigi, al *Collège*. Il 18 settembre, pochi giorni prima della fine, Renan fa ritorno a *rue des Écoles* e ringrazia la moglie «… per averlo riportato lì [*al Collège de France*] a morire».

Una fotografia degli ultimi anni ce lo mostra nel suo *cabinet de travail* al *Collège*. Manifestamente , è un uomo che ha ormai trionfato dei suoi nemici, che ha raggiunto, dopo molti affanni, i suoi traguardi e le sue Itache. Circondato da una rassicurante panoplia di libri, siede al suo tavolo di lavoro, come su un trono, e guarda l'obiettivo con occhi sornioni e soddisfatti.

*Renan al Collège de France (1890)*

La sua tozza figura da prete di campagna ("la sua meravigliosa pancia da vescovo" – per usare le parole di Barrès) si tiene un pò distante dal ripiano della scrivania, invaso da pile di documenti, faldoni, vistoso calamaio di cristallo, fermacarte imponente. C'è anche (all'estrema sinistra) una presenza imprevista ed imprevedibile: un piccolo animale dal vello vaporoso, "de luxe". Questa bestiola sulla scrivania è il vero segno del successo, per la sua stessa incongruità: è il simbolo di una signoria assoluta, quasi domestica, sul luogo. È come se Renan ci dicesse «Sono a casa mia. Sono il padrone di casa… posso permettermi di tenere un piccolo cane *qui*, nel cuore del *Collége de France*». Un piccolo cane che sonnecchia, appagato anche lui, sui manoscritti.

Maria Ausilia Simonelli

# Il diritto e la sua ombra. Le idealità giuridiche nella cultura del positivismo italiano

"Nel rientrare in queste aule, che ho frequentate da studente; nel salire per la prima volta questa cattedra, anche se con tenue grado accademico, mi commuove un tumulto di ricordi, di pensieri, di affetti". Con queste parole, Alessandro Levi, appena ventiquattrenne, iniziava la sua prolusione al corso libero di filosofia del diritto presso l'Università di Padova. Tema scelto, nel presentarsi al mondo scientifico, quello delle idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto[1].

Un tema originariamente ed originalmente affrontato da Roberto Ardigò, di cui Levi si dichiarò – e fu – discepolo fedele per tutta la vita[2], anche quando il positivismo cominciò a declinare, sino a cadere sotto il

[1] Alessandro LEVI, *Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*. Prolusione ad un corso libero di filosofia del diritto nella Regia Università di Padova (5 dicembre 1905), Padova-Verona, Fratelli Drucker editori, 1906; e in: Id., *Scritti minori di filosofia del diritto*, voll. I e II, Padova, Cedam, 1957, pp. 129-145 del vol. I. La citazione riportata è a p. 131.

[2] Nella prolusione del 1905, Levi scrive: "permettete, Signori, che, entrando per un istante in quella Facoltà Filosofica [Ardigò fu docente di Storia della filosofia nell'Ateneo patavino, dal 1881 al 1920], alla quale mi adduce l'affinità degli studi, io presenti un omaggio riverente e commosso a Colui, di cui io son l'ultimo ma non il men caldo discepolo, della cui vita purissima noi tutti siamo ammiratori devoti. Ho nominato Roberto Ardigò, dal cui pensiero giovanilmente verde ho attinto i lumi, che mi furono e saranno di guida nello studio filosofico del diritto" (*ibidem*). Già prima, in uno scritto che reca la data del novembre 1901, Levi - ancora studente - salutava il "vecchio e grande Maestro che all'altezza superba dell'intelletto sa unire la granitica saldezza della coscienza" (*Determinismo economico e psicologia sociale*, "Rivista di filosofia e di scienze affini", n. 2, 1902, pp. 201-224; n. 3, pp. 336-358; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., p. 27). La gratitudine per l'Ardigò sarà dichiarata da Levi in quasi tutti i suoi successivi scritti, e non solo in quelli esplicitamente dedicati ad illustrarne il pensiero. Sino alla fine: nel discorso inaugurale degli studi, tenuto all'Università di Firenze il 18 novembre 1950, Levi lo ricorda appellandolo ancora "Maestro" (*Elogio della ragione*, Firenze, Barbera, 1951; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, cit., pp. 421-437). Sbaglierebbe, peraltro, chi vedesse in questa devozione tenace l'espressione di una nostalgia emozionale ovvero la fierezza di chi difende, con inattuale orgoglio, l'antica fede scientifica: "Certo – precisa Levi – l'animo mio non è proclive alle apostasie, specialmente quando contro le idee nelle quali sono cresciuto infuria la bufera. Ma la mia attitudine non è di mera coerenza sentimentale in omaggio alla memoria di una scuola o di un maestro, bensì di consapevole adesione ad un indirizzo di pensiero e di ricerca" (*Teoria del diritto e filosofia del diritto*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", n. 4, 1923, p. 468).

fuoco incrociato dell'idealismo trionfante e del nazionalismo irrazionalistico, che, nell'orientamento all'empiria e nella vocazione sociale (quando non anche palesemente socialistica) del positivismo, vedevano pericolose inclinazioni da combattere.

La considerazione, quasi reverenziale, per la prassi e la tensione verso la giustizia sociale – proprie della cultura positivistica – costituiscono l'ossatura della dottrina delle idealità giuridiche, sebbene tali idealità sembrino, in certo senso, contraddire proprio l'esperienza nella concretezza del suo essere, caposaldo del positivismo, per un'esperienza nella purezza del suo dover essere. Ma – questo il punto problematico e, però, anche risolutorio – il diritto non ha la sua più viva essenza in alcune statiche entità che tipicamente lo rappresentano, quanto piuttosto nello sforzo che persegue e nel risultato che, attraverso questo sforzo, raggiunge. Non solo *dato*, dunque, ma soprattutto tensione verso, progettualità aperta, storia vivente. Realtà, queste ultime, mobili, eppure non meno concrete, non meno *fattuali*.

Per illustrare la natura delle idealità giuridiche e dissolvere i dubbi relativi all'inconciliabilità tra ortodossia sperimentalistica e aspirazione ideale, Alessandro Levi suggestivamente cita un bizzarro e fortunato romanzo della letteratura romantica tedesca, *Storia meravigliosa di Peter Schlemihl* (1814), di Adalbert von Chamisso. Il protagonista è un pover'uomo, il quale, in cambio di una magica borsa da cui può attingere inesauribilmente denaro, vende ad uno sconosciuto, che non è altri che il diavolo, la sua ombra. Ben presto però, Schlemihl, divenuto ricchissimo, si accorge che gli uomini danno una grande importanza a quell'ombra, da lui ritenuta di nessun valore, e che tutti lo sfuggono con disprezzo. Paga, così, la sua avidità, che lo ha indotto a rinunciare ad una parte di se stesso, con la disperazione e con un vagabondaggio senza fine.

Questo "strano racconto – commenta Levi – mi torna alla mente quand'io penso a quel gretto empirismo giuridico, che, preoccupato soltanto di interessi meschini, rinnega le idealità del diritto […]. *Le idealità giuridiche accompagnano il diritto positivo, come l'ombra il corpo*. Chi cammina nella medesima direzione dei raggi luminosi vede davanti a sé una grande e vaga ombra proiettata dal suo corpo. Così è del diritto, che, nel suo lento ma infaticato procedere per la via illuminata dalla civiltà, ha sempre davanti a sé una grande idealità giuridica, dai contorni imprecisi, che sembra precederlo e sorreggerlo nel lungo cammino.

La metafisica ebbe spesso a scambiare l'ideale, che informava l'ordine giuridico esistente e lo precedeva nella via del progresso, per uno specchio dell'eternità, per un complesso di principii assoluti ed immutabili. E trattò quest'ombra come cosa salda.

La filosofia positiva, ammaestrata dalle esperienze della scuola storica, sa che il diritto non è un corpo irrigidito dalla morte, ma è un organismo che vive e cammina, sì che la sua ombra cambia di forma e di posizione; e, dopo avere studiato l'origine la costituzione e la fisiologia di quest'organismo, ama estendere le sue ricerche ai contorni dell'ombra che il gran corpo proietta, quand'ei si muove nella libera luce del sole"[3].

Le opere nelle quali Roberto Ardigò espone il suo pensiero filosofico-giuridico sono *La morale dei positivisti* (1885)[4] e *Sociologia* (1886)[5]. Quest'ultimo scritto, in particolare, potrebbe essere detto, con fondamento, di *filosofia e sociologia del diritto*; lo stesso Autore non esita ad affermare che il titolo, *Sociologia*, vale quello di "*Filosofia positiva del diritto*"[6], dal momento che l'oggetto della sociologia è "la costituzione della Società civile e quindi la *Giustizia* che ne è la funzione caratteristica"[7]. Di giustizia, diritto, legge, potere, in effetti, tratta nell'intero testo.

In conformità al radicale naturalismo dell'Ardigò, anche la sua dottrina del diritto è improntata alla tesi della "*formazione naturale*", processo evolutivo dall' "*indistinto*" al "*distinto*", che – secondo l'Autore – ha luogo in tutta la realtà, fisica, sociale, psichica. "La convivenza sociale umana è un fatto. Ed è un fatto *naturale*. Non è quindi l'effetto di un *comando* dato da dio all'uomo, come insegnò il teismo religioso. E nemmeno l'effetto di una *convenzione* arbitraria, come insegnò il materialismo metafisico. Ed, essendo naturale, si avverano in esso le leggi della *formazione naturale*"[8]. Ora, dal momento che "la Giustizia [è] la *forza specifica* della Società medesima", "[…] la teoria della formazione naturale della vita sociale è anche nello stesso tempo la teoria della formazione naturale del-

[3] Id., *Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*, cit., pp. 132-133; corsivo nostro.

[4] La versione definitiva di questo lavoro venne stampata nel vol. III delle *Opere filosofiche* di Roberto ARDIGÒ (Padova, Angelo Draghi editore, 1885). Pubblicato, per la prima volta, nella "Rivista Repubblicana" di Milano, "per la quale – come precisa lo stesso Ardigò – fu fatto (con troppa fretta, come apparisce dalla forma aforistica ed incolta del dettato), cominciando dal suo numero 3 del 28 Aprile 1878. Poi, nell'anno seguente, dall'Editore Natale Battezzati pure di Milano" (*Avvertenza* all'edizione del 1885, p. 7).

[5] La *Sociologia* costituiva, nell'edizione de *La morale dei positivisti* del 1879, l'ultima parte di questo scritto. Venne ripubblicata - come opera a sé stante, con aggiunte e rifacimenti - nel vol. IV delle *Opere filosofiche*, cit., 1886.

[6] Roberto ARDIGÒ, *La morale di positivisti*, cit., p. 408. Annunciando la pubblicazione della *Sociologia*, Ardigò precisa, con riferimento al titolo, di avere scelto la "parola introdotta da Comte", analoga all'espressione "*Filosofia positiva del diritto*".

[7] Id., *Sociologia*, cit., p. 12.

[8] Id., *La morale dei positivisti*, cit., p. 137.

la Giustizia"[9]. La giustizia si presenta, pertanto, come un "*distinto*", che si origina dall' "*indistinto*" della prepotenza[10].

Alla base del suo concetto di "giustizia", Ardigò pone due realtà diverse e, in certa misura, distanti – sebbene complementari: una realtà potestativa, legalistica, ed una realtà individuale, pratica vivente di regole osservate ed anche creatrice di *idealità*. La giustizia infatti è, da un lato, l'esercizio del potere sugli individui ad esso sottoposti, vale a dire l'insieme delle leggi vigenti in un determinato ordinamento, *diritto oggettivo* (anche se Ardigò, filosofo e sociologo ma non giurista, non utilizza mai questa espressione); dall'altro, è "*idealità sociale*": "la Giustizia non può essere che la Legge del Potere subordinante; e tuttavia la Idealità sociale, impulsiva della volontà dell'individuo, e *nascente in lui per la evoluzione* intima e propria della sua psiche, è pure una Giustizia"[11].

Occorre fermarsi sul concetto di "*idealità sociale*", per analizzarne la genesi e chiarirne il contenuto di senso. Le *idealità* sono dall'Ardigò riportate ad un'origine psichica (in coerenza con i presupposti naturalistici del suo pensiero), anziché indagate sotto il profilo logico o gnoseologico: la vita associata, corrispondente al naturale bisogno dell'uomo, determina – nella dialettica della relazionalità – una serie di rappresentazioni psichiche, che forniscono gli elementi per la nascita e lo sviluppo di *idealità*, corrispondenti al principio del "*distinto*" antiegoistico e solidaristico, contrapposto all' "*indistinto*" individualistico della "prepotenza" e della sopraffazione[12].

Le "*idealità sociali*" (o anche "*idealità umane*" o ancora "*idealità morali*", come Ardigò le denomina, usando tali espressioni in modo equivalente), si identificano, dunque, con la giustizia, la quale - *lato sensu* - è

[9] Id., *Sociologia*, cit., pp. 96 e 95.

[10] *Ivi*, p. 74 ss.

[11] *Ivi*, p. 51.

[12] La tesi ardigoiana della psicogenesi del diritto è applicata anche al sorgere ed al manifestarsi del *diritto soggettivo* (espressione anch'essa assente nel lessico dell'Autore, al pari dell'altra, "*diritto oggettivo*", di cui s'è detto; è, tuttavia, lecito inferire che quando Ardigò parla di *diritto*, intenda designare, quasi sempre, il solo diritto soggettivo). Nella "condizione iniziale del consorzio umano, che è quella della semplice convivenza dei consanguinei e dell'incontro fortuito degli individui eslegi […] la reazione tra uomo e uomo nasce, per semplice ispontaneità d'istinto, dall'urto dell'uno contro l'altro. Il Diritto è la stessa facoltà di agire e reagire che ciascuno sente in sé. Ciascuno è responsabile delle proprie azioni verso tutti quegli altri che vogliono o farsene caso, o contrastarle, o vendicarle. La Sanzione vendicatrice degli atti di un individuo è quale la detta agli altri il talento loro, arrogandosi ognuno il potere e l'autorità di applicarla o di tentare di farlo" (*Ivi*, pp. 18-19). In tema, si veda: Vincenzo MICELI, *Le fonti del diritto dal punto di vista psichico-sociale*, Palermo, Alberto Reber, 1905; cap. I, § 2. "Le idealità giuridiche e le fonti".

moralità: "hanno lo stesso significato, giustizia e moralità, giusto e buono. E la giustizia è un assurdo senza il riferimento dell'individuo alla società, ossia all'infuori della idealità sociale"[13]. L'idealità, forza "impulsiva" della volontà umana, si viene modellando nella coscienza per effetto della convivenza sociale; pertanto, "la morale individuale è *essenzialmente* dipendente dalla morale sociale; [in ragione di ciò] l'*Etica* è un ramo della *Politica*, come diceva Aristotile, ossia della *Sociologia*, come si dice adesso"[14].

Questo è il punto da cui partire per risolvere il problema della compresenza, nel concetto ardigoiano di giustizia, delle due realtà alle quali si è fatto cenno: il potere, come ordinamento costituito, e l'idealità sociale, come intenzionalità propulsiva. "La Giustizia adunque […] ha due lati essenziali correlativi l'uno all'altro; correlativi come l'individuo e la Società. Due lati: dalla parte della Società, ossia come un fatto verificatosi persistentemente nel Potere che la esercita sugli individui dipendenti: e per questo rispetto specialmente si chiama Giustizia. E dalla parte dell'individuo nel quale è, non qualche cosa di statico, come nel Potere, ma una *potenzialità*, ossia qualche cosa di dinamico: e per questo rispetto specialmente si chiama Idealità sociale"[15].

Non mancano, in verità, oscillazioni nel pensiero dell'Ardigò tra una considerazione delle idealità come aspirazioni e spinte al mutamento, come *diritto potenziale*, e, all'opposto, come disposizione all'obbedienza delle regole statuite, progressiva interiorizzazione del dovere e della sua obbligatorietà: "Da una parte, non è possibile il fatto della Legge del Potere subordinante senza il lavoro psichico dei diversi individui che compongono la Società. Dall'altra, le stesse attitudini dell'individuo sono però massimamente guidate nel loro funzionamento naturale dall'ordine delle cose della Società in cui vive. E quindi le Idealità sociali dell'individuo devono assumere nella sua mente la forma della Legge subordinante che domina nella Società che lo involge: devono essere nella sua mente come l'eco o la soggettivazione o il pensiero del fatto oggettivo reale dell'ambiente che determina il suo lavoro intimo"[16].

[13] Roberto ARDIGÒ, *La morale dei positivisti*, cit., p. 175.

[14] Id., *Sociologia*, cit., p. 51. Come per la convivenza sociale, anche per le idealità, Ardigò ribadisce la loro natura antimetafisica: "queste idealità umane, che sono relative alla vita sociale, non si deducono *a priori* da un principio metafisico apoditticamente noto, da chiamarsi o *imperativo* o *supremo principio morale*, in un sistema chiuso di concetti subordinati, fino ad estremi, che siano dei termini non oltrepassabili, come il codice delle regole della morale dei metafisici" (Id., *La morale dei positivisti*, cit., p. 152).

[15] Id., *Sociologia*, cit., pp. 55-56.

[16] *Ivi*, p. 51.

Una fluttuazione, questa, che configura una questione di non poco conto, i cui termini, radicalizzando la loro polarità, sono costituiti da una visione ordinamentale del diritto, per cui l'essenza della giuridicità risiede nel suo essere prodotto eminentemente sociale, forma della comunità auto-ordinantesi, oppure, in antitesi, da una visione improntata ad un sostanziale positivismo giuridico[17].

Il dilemma – pur svolgendosi su di un piano argomentativo non sempre cogente, con la complicazione di un fraseggio ridondante ed asseverativo (anche quando le affermazioni parrebbero non collimare tra di loro) – inclina a risolversi nella scelta, da parte dell'Ardigò, del termine 'ideale', simbolo e realtà della socialità del diritto. E che questa ipotesi interpretativa sia percorribile, lo testimonia – come si vedrà – proprio, paradossalmente, l'ardita difesa che il filosofo positivista fa del "diritto naturale", inteso in un senso non metafisico e, dunque, restituito alla sua fonte sociale e storica.

Ne *La morale dei positivisti* vi è un passo illuminante. A proposito del binomio diritto-dovere, Ardigò osserva: "La legge, che si manifesta nella coscienza dell'individuo, ha una efficacia al di fuori di esso, e allora è un diritto. Ed ha una efficacia per l'individuo stesso, e allora è un dovere. Facendo astrazione da questi rapporti, del di fuori e del di dentro, onde il doppio rispetto, di diritto e di dovere, si ha un medesimo unico, ossia la giustizia. *Un diritto o un dovere, che non sia la stessa idealità naturale umana, è quindi una ingiustizia. E, conseguentemente, un diritto non autorizzato da essa idealità, una ingiustizia inflitta; un dovere da essa non imposto, una ingiustizia sofferta*"[18]. Poche pagine più avanti, Ardigò – abbandonata ogni precauzione linguistica ed ogni cautela concettuale – non esita a definire il prodotto di tale facoltà ideativa "*diritto naturale*", "il solo – aggiunge – che si possa, a ragione, chiamare diritto. Ossia è il *diritto assoluto*. Assoluto, come la natura, onde emerge. E qualunque altro, fuori di esso, è uno pseudo-diritto. Cioè, è una eteronomia, contrastante la autonomia naturale. Os-

[17] Si potrebbe anche ritenere - in un'ottica ermeneutica conciliativa - che, nel pensiero dell'Ardigò, vi sia una mutua dipendenza tra norme positive ed idealità, nel senso che l'ordinamento giuridico, con le sanzioni previste per le attività antisociali, determinerebbe nelle coscienze disposizioni correlate e conseguenti; al contempo, le spontanee disposizioni antiegoistiche influenzerebbero la formulazione del diritto. Tale reciprocità (che nel linguaggio sociologico-giuridico moderno si esprime con la formula "diritto-opinioni", indicante la bidirezionalità del rapporto) farebbe presupporre - data l'equipollenza stabilita, dall'Ardigò, tra "*giustizia*" e ordinamento giuridico - una visione sostanzialmente 'etica' del diritto positivo, contraddetta, peraltro, dalla stessa celebrazione delle idealità etico-giuridiche, riflessi e proiezioni di un sentire giuridico più alto.

[18] Id., *La morale dei positivisti*, cit., pp. 125-126; corsivo nostro.

sia è una violenza. Che è quanto dire, una ingiustizia"[19].

Nella *Sociologia* preciserà, con maggiore chiarezza e rigore, i confini tra diritto positivo e diritto naturale: "il *Diritto positivo* è […] il Potere quale è costituito e funziona nella Società umana; il Potere dei subordinanti e quello dei subordinati, in quanto è riconosciuto fissato e garantito dal primo. Il *Diritto naturale* non è altro che il *potenziale*. Ossia quello che corrisponde alle Idealità sociali, o giuste, o morali. E alle Idealità sociali universe: tanto a quelle che si sono già avverate nella psiche e nella coscienza umana, quanto a quelle che non vi si sono ancora avverate, ma vi si possono avverare quandochesia"[20].

Qui la linea di demarcazione tra diritto 'posto' e diritto 'per natura' è tracciata in modo netto; le idealità etico-giuridiche non partecipano alla "Giustizia del Potere", ma tra le une e l'altra "eterna è la lotta": "Il Diritto positivo di un dato momento è sempre in arretrato verso le Idealità sociali più progredite già albeggianti nelle coscienze sociali. E la evoluzione di queste Idealità che, nate, si ribellano subito al Diritto positivo discordante per riformarlo ad immagine di sé stesse, è una evoluzione che mai non cessa"[21].

Se il diritto naturale determina e giustifica il diritto positivo, perché Ardigò parla di "Giustizia" a proposito della coazione esercitata dal potere, attraverso la legge, sugli individui che da esso dipendono, e perché le idealità sociali "devono assumere nella mente [dell'individuo] la forma della Legge subordinante che domina nella Società che lo involge"[22]?

La risposta più semplice a tali interrogativi è quella che fa riferimento alla *correlatività* del diritto potestativo e del diritto ideale: entrambi risultano modellati dall'idealità sociale, la quale, peraltro, nascendo nella società, sotto l'impulso dei bisogni umani, dovrebbe essere un *prius* e non un *posterius*, come, invece, sembra ritenere l'Ardigò in alcuni luoghi delle sue opere, anche se contraddetti – lo si è visto – da altre sue affermazioni.

La ragione di questa contraddizione, ché di contraddizione si tratta, va dunque ricercata altrove: nella critica verso quello che definisce il "*Nichilismo del Diritto del Potere* di un certo socialismo materialistico"[23]; e, soprattutto, nel rifiuto di ogni forma di etica spiritualistica e razionalistica.

Ardigò rivendica il carattere "*liberale*" della sua dottrina, riguardo all' "Autorità" ed al "Diritto": "Il Diritto naturale – scrive – e l'Autorità

[19] *Ivi*, pp. 129-130.
[20] Id., *Sociologia*, cit., p. 157.
[21] *Ivi*, pp. 159-160.
[22] *Ivi*, p. 51.
[23] *Ivi*, p. 161.

del Potere […] sono *fatti naturali della Società* […] sopprimendo l'uno di essi, si sopprime anche l'altro. Il Nichilismo materialistico dunque, annullando l'Autorità del Potere, viene ad annullare lo stesso Diritto individuale [che] è un effetto dell'organismo sociale"[24]. Liberalismo, giusnaturalismo, solidarismo, statolatria, si mescolano in una visione etico-giuridica che non disdegna, accanto ai valori della socialità, quelli della soggettivizzazione, e che guadagna in pluralità quello che perde in coesione logica e in linearità.

Contro l'intenzionalità valoriale delle filosofie spiritualistiche e razionalistiche, Ardigò sostiene – lo si è visto – un'etica rigorosamente naturalistica. Ripercorrendo, con qualche variazione sul tema, il tentativo fatto da Spencer di ricondurre la formazione delle idee morali dell'uomo a fattori per l'appunto naturali e sociali, erige a canone di validità teoretica, anche per l'etica, l'oggettività, intesa come sperimentabilità – secondo la dogmatica positivistica, che considerava la fattualità constatabile unico criterio di verità. Ma se solo ciò che è verificabile, perché suscettibile di osservazione diretta, può divenire oggetto di scienza, cioè – nella terminologia ardigoiana – costituire un "*distinto*", allora le idealità devono trovare un ancoraggio forte nei fatti, essere *fatto* esse stesse. Ardigò sottolinea che le idealità e le massime della morale sono *fenomeni naturali*, costruzioni reattive all' "*indistinto della prepotenza*"; nonostante ciò, rimane pur sempre, tra il diritto positivo e quello naturale, il dualismo che vi è tra il *fatto* e l'*idea*; anche imprimendo al diritto positivo, formazione effettuata, il segno dell'idealità, che si realizza con il suo stesso tendere a compiersi. Un'idealità, che – secondo l'Autore – non solo orienterebbe la legge del potere, ma che, in certo senso, ne sarebbe a sua volta condizionata: dall'idea al fatto e dal fatto all'idea. Il dover essere, in tal modo, poté apparirgli non come l'opposto dell'essere o come mera aspirazione ad essere, bensì come la consapevolezza ed il riconoscimento dell'essere stesso[25].

Se Ardigò avesse affrancato l'idealità dal potere, collegandola con un vincolo ancora più saldo al sentire sociale (vincolo che aveva, peraltro, intuito) e, soprattutto, se avesse fugato il timore di infrangere la 'sacralità' dell'empirico con presunte 'alterazioni metafisiche' (giacché – è vero – l'esperienza ci fa solo conoscere che una cosa *è* così e non altrimenti, ma non ci può far conoscere che *debba* essere altrimenti), sarebbe for-

[24] *Ibidem.*

[25] Resta comunque problematico, in una visione naturalistica, il passaggio dall'egoismo originario ad un antiegoismo frutto della convivenza sociale, a meno di non introdurre un fattore 'altro' che spieghi tale evoluzione. Ma è, per l'appunto, l'eterogeneità di questo elemento che suscita, nei pensatori positivisti, diffidenza ed ostilità.

se pervenuto con maggiore limpidezza e consequenzialità a quella visione della *socialità* del diritto che fa della realtà giuridica, anzitutto, la proiezione della coscienza collettiva e dei suoi valori, l'oggettivata realizzazione di tensioni ideali e di bisogni avvertiti come reali.

Il diritto naturale, per Ardigò, è tutto – lo si è visto – *in rerum natura*, alieno da prescrizioni divine o da altre fonti d'autorità: "I concetti falsi del diritto [naturale] si riducono a due principali. A quello, che ne pone la ragione in dio. E a quello, che la pone nella forza materiale. Del secondo sono incolpabili, tanto o quanto, gli insegnamenti anche di molti materialisti. Anzi il concetto, in sé, è una conseguenza logica del *materialismo metafisico*. Del primo è incolpabile il teismo in genere"[26]. Essendo, invece, attributo imprescrittibile dell'uomo sociale, il giusnaturalismo ardigoiano è interamente ricompreso, nella sua genesi e nei suoi effetti, in un ambito di 'naturale socialità'.

È "assoluto", nel suo aspetto formale, in quanto coessenziale alla natura umana; per la medesima ragione, "universale", ma vario di contenuto, come molteplici sono le esigenze storico-sociali dalle quali si origina; "infinito", nel senso "che è una potenzialità interminabile nella serie e nelle forme de' suoi svolgimenti"[27]. Né le diversità – dovute alle scaturigini sociali e dunque, per ciò stesso, anche storiche del diritto – rappresentano una negazione dell'assolutezza e dell'universalità della "giustizia"; anzi, ne sono conferma, "come le diversità dei prodotti, cambiate le cifre in un'operazione di aritmetica, sono la conferma del valore assoluto dei suoi principii"[28]. Massimo rappresentante della filosofia positivistica italiana, Ardigò non esitò, pur con le fluttuazioni e gli ondeggiamenti di cui s'è detto, a difendere la dottrina giusnaturalistica, ritenuta da molti esponenti di quella filosofia alla cui fondazione aveva dedicato la sua stessa vita, inconciliabile con i presupposti del positivismo evoluzionistico.

Lo fece affermando un diritto naturale nuovo, germogliante dal terreno sociale, fraseggiato nella storia, contro l'apoditticità di schemi giusnaturalistici ormai consunti, sfiniti dall'uso e logorati dalle dispute. Non ebbe, peraltro, la consapevolezza (che sarebbe stata, del resto, inattuale rispetto al suo tempo e confliggente con i suoi assiomi) che le "idealità sociali" sono realtà *culturali*, storico-sociali, intrinsecamente legate a scel-

[26] Roberto ARDIGÒ, *La morale dei positivisti*, cit., p. 130.

[27] Id, *Sociologia*, cit., p. 158. "Il Diritto naturale […] ha valore trascendente assoluto, corrispondendo al *valore trascendente assoluto della natura* onde è il prodotto […] il Diritto naturale è universale, come la natura umana, allo svolgimento proprio della quale corrisponde […] il Diritto naturale è infinito" (*ivi*, pp. 157-158).

[28] Id., *La morale dei positivisti*, cit., p. 157.

te volontaristiche, e non mere entità "naturali" in senso deterministico. Della natura, Ardigò fece una 'metafisica', che doveva opporsi all'altra, quella dell'Essere, espunta dalla concezione positivistica come mito superato e dannoso. Un 'mito' che aveva segnato le passate personali scelte del filosofo lombardo, poi sconfessate[29]; ma che traspariva, oltre che nell'impostazione stessa del suo sistema, caratterizzato da un sostanziale monismo[30], anche in quella visione solidaristica della necessaria coesistenzialità dell'esistenza, negli esempi addotti per illustrare "la morale dei positivisti" (memori di quei Sacri Testi, ormai negati e tuttavia 'nostalgicamente' ritornanti[31]), nello zelo eccessivo con cui celebrava il "fatto", esorcizzando così temute infiltrazioni trascendenti[32].

[29] Roberto Ardigò fu, per venti anni, sacerdote cattolico. Nel 1869, un suo discorso in memoria di Pietro Pomponazzi venne messo all'indice e la mancata ritrattazione da parte dell'Autore portò, nello stesso anno, alla sua sospensione *a divinis*; nel 1871, dopo una profonda crisi dovuta alle convinzioni positivistiche che erano andate maturando in lui, smise l'abito ecclesiastico.

[30] L'essere fisico, l'essere sociale e quello psichico - lo si è detto - sono aspetti di una realtà obiettiva unica, il cui processo evolutivo è un moto di continua genesi del "distinto" dall' "indistinto". Sia nel principio unico che nel ritmo dinamico sono ravvisabili aspetti 'metafisici': di metafisica materialistica per il primo; spiritualistica per il secondo.

[31] Le citazioni degli apoftegmi evangelici sono numerosissime. Tra le tante, una paradigmatica: a proposito "dell'uomo virtuoso, o sapiente, che dir si voglia", Ardigò osserva: "relativamente al malvagio che lo offende, in ragione della offesa, anziché il sentimento della vendetta, cresce quello della pietà. Come in quel divino crocifisso, al quale, negli spasimi di dolore cagionatigli dalla più atroce delle ingiustizie col più atroce dei supplizi, l'offesa immensa non riuscì che a trargli dall'anima la preghiera sublime: *Padre, perdona a questi miei crocifissori, perché non sanno quello che essi facciano*" (*Sociologia*, cit., p. 123). Ardigò nega il lato religioso dell'insegnamento evangelico, considerando, invece, il senso "*filosofico adombratovi*, che è il solo vero, e quello che unicamente combina collo stesso spirito dei nostri tempi e con quello della filosofia positiva" (*La morale dei positivisti*, cit., p. 134). Una vicenda, quella del filosofo lombardo, che presenta tratti di analogia, umana ed intellettuale, con quella dello scrittore e storico delle religioni francese Ernest Renan, ex-seminarista, autore della famosa *Vie de Jésus* (1863), nella quale si nega la divinità di Gesù, ma se ne accetta la storicità e se ne esalta l'esemplarità umana. (Su Ernest Renan si veda il suggestivo libro di Valentino PETRUCCI, *Il mercante di elléboro. Un'introduzione a Ernest Renan*, Soveria Mannelli, Rubbettino editore, 2007).

[32] Non sembrano, peraltro, del tutto condivisibili quelle interpretazioni che affermano nettamente (anziché dialetticamente e, dunque, con teorizzata cautela) un sicuro permanere, nel pensiero dell'Ardigò, di istanze metafisiche tradizionali. Si veda, ad esempio, la tesi espressa da Giuseppina NIRCHIO: "le idealità […] finiscono con il rivelare pienamente il loro carattere metafisico […] perché è alla Metafisica che perviene tutta la concezione gnoseologica e sociologica ardigoiana. L'impulsività esclusivamente meccanica dei processi ideo-motori non può infatti assumere valore e forza obbligante in quanto *fatto* essa stessa e, solo interpretata metafisicamente, la Trascendenza delle idealità può mantenere e raggiungere la sua giustificazione" (*I presupposti metodologici della teoria ardigoiana delle idealità sociali*. Estratto da "Il Circolo giuridico", Palermo, 1952, pp. 42-43).

La teoria delle idealità sociali, per la sua particolarità e specificità, non incontrò la fortuna ermeneutica di altri temi elaborati dall'Ardigò. Soltanto pochi, tra gli adepti al credo positivistico (per lo più giuristi e filosofi del diritto – come era, del resto, prevedibile), la analizzarono e commentarono[33]: alcuni con l'imbarazzo di chi doveva giustificare ciò che, travalicando i confini di un rigido fenomenismo, minacciava le fondamenta stesse del tempio eretto all'empiria; altri, con attitudine sentimentale, ne celebrarono il valore 'estetico' – etica per 'anime belle'; altri, ancora (molto rari, in realtà), ne colsero l'importanza e la fertilità delle implicazioni.

Tra questi ultimi, in particolare, Biagio Brugi ed Alessandro Levi.

Brugi dedicò due saggi al pensiero giuridico dell'Ardigò. Nel primo, *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto*[34], scritto in occasione del settantesimo anniversario della nascita del filosofo positivista, Brugi invitava i giuristi a volgersi allo studio delle opere di lui, dalle quali – diceva – trarranno sicuro profitto, "se si persuaderanno che le sue teorie di filosofia del diritto non meritano il bando e, peggio ancora, il silenzio" e se vinceranno i pregiudizi "che fanno quasi una siepe attorno al filosofo buono, sincero ed equanime". Brugi si proponeva di dimostrare, analizzando alcuni motivi fondamentali della riflessione dell'Ardigò, "come quel forte e […] aristocratico pensatore abbia impresso un'orma sicura anche nella filosofia del diritto"[35].

Motivo conduttore di questi scritti del Brugi, la contiguità delle teorie ardigoiane con quelle della Scuola storica tedesca[36], anzi il 'compimen-

[33] Si segnalano, tra i contributi più significativi (oltre quelli già citati e quelli di Brugi e di Levi, esaminati a parte): Ferdinando PUGLIA, *Gli ideali giuridici e la loro distinzione dagli altri ideali*, "Rivista scientifica del diritto", fasc. VIII-XII, 1898, pp. 475-489; i saggi di Alessandro GROPPALI (*Le teorie sociologiche di Roberto Ardigò*), di Ferdinando PUGLIA (*Roberto Ardigò e il moderno positivismo etico-giuridico*) e di Alfonso ASTURARO (*Le idealità sociali*), in AA.VV., *Nel 70° anniversario di Roberto Ardigò*, Torino, Bocca, 1898, rispettivamente alle pp. 105-168; 169-226 e 244-248; Pietro COGLIOLO, *Le alte idealità del diritto*. Orazione inaugurale degli studi dell'Università di Genova (17 novembre 1897), Genova, Martini, 1898; Giuseppe LEPORINI, *Idealità ed energie morali nel diritto pubblico e nella vita dello Stato libero*. Discorso letto il giorno 21 novembre 1897 per la inaugurazione degli studi nella R. Università di Siena, Siena, Lazzeri, 1898; Ugo MATTEUCCI, *La filosofia del diritto e le nuove idealità sociali*. Prolusione al corso libero di filosofia del diritto nella R. Università di Pisa (18 novembre 1907), Pisa, Tipografia editrice cav. F. Mariotti, 1910; Antonio ZOCCO-ROSA, *Il diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali*, Catania, Istituto di storia del diritto romano, 1910.

[34] "Atti del R. Istituto Veneto di scienze, lettere ed arti", tomo IX, serie VII, 1897-1898, pp. 821-865.

[35] *Ivi*, pp. 823-824.

[36] Brugi si era laureato in giurisprudenza a Pisa nel 1875. Nell'Ateneo pisano gli era stato maestro di diritto romano Filippo Serafini, seguace e propugnatore della Scuola stor-

to' di queste nella filosofia dell'Ardigò: "A me piace vedere come le dottrine filosofiche, talora appena in germe nella scuola storica, fioriscano complete nel pensiero dell'Ardigò, perché ritengo che essa abbozzò […] un rudimentale sistema di filosofia positiva. Né con ciò io tolgo al nostro filosofo quel carattere di solitario e originale pensatore che spicca in tutti i suoi scritti […]. L'uomo di genio, anche chiuso nella sua cella, pensa come vuole l'età che è sua […]. Negare l'impulso della società sul pensatore è chiuder gli occhi alla luce"[37].

Allo stesso modo, è "chiuder gli occhi alla luce" negare l'importanza delle forze sociali nel costituirsi del fenomeno giuridico: il diritto zampilla dalla fonte sociale, non essendo "leggi e codici […] le colonne d'Ercole del pensiero giuridico", come invece mostrano di credere quei "forensi [*non giuristi!*], i quali venerano un articolo di codice come un dogma religioso"[38].

Il concetto delle "idealità sociali", partorito dalla "mente armonica del Maestro" (così Brugi chiama l'Ardigò, nel secondo scritto a lui dedicato[39]), corrisponde a "quel concetto di coscienza o spirito del popolo, *quale fonte del diritto*, che sempre propugnò la scuola storica dei giuristi senza meglio determinarlo"; un concetto, quello delle "idealità sociali", inteso come un "imperativo categorico, per usare la vecchia frase, non più imposto come astratto comando; ma *sgorgante dalla istessa psiche dell'uomo in società*"[40]; un concetto nuovo, che integra lo studio delle scienze giuridiche con quello delle altre scienze sociali[41], rispondente alle

ica, le cui tesi Brugi aveva avuto poi modo di approfondire in un soggiorno di studio in Germania, sotto la guida degli ultimi diretti allievi del Savigny. Fu un fervente sostenitore del metodo positivo, che faceva risalire, nelle sue prime, anche se imperfette manifestazioni, alla Scuola storica.

[37] Biagio BRUGI, *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto*, cit., pp. 825-826.

[38] *Ivi*, pp. 855 e 821.

[39] Questo secondo scritto ha il medesimo titolo del primo, *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto*. Il sottotitolo ne chiarisce la destinazione: *Lezione del prof. Biagio Brugi agli scolari dell'Università di Padova* (28 gennaio 1908); l'*incipit*, l'occasione: "All'insigne filosofo che oggi compie felicemente l'ottantesimo anno il nostro saluto. E' saluto di augurio e di gratitudine: di augurio che Egli ci ammaestri ancora lunghi anni; di gratitudine per l'opera Sua, a noi pure tanto proficua". Il contenuto è simile, nell'esposizione tematica, a quello del primo scritto; diverse, tuttavia, la forma espositiva (più concisa) e, in parte, la linea argomentativa. Il saggio fu pubblicato nell' "Archivio giuridico 'Filippo Serafini'", vol. IX, fasc. 2, 1908 (pp. 1-15 dell'estratto).

[40] *Ivi*, pp. 9-10; corsivo nostro.

[41] "Se il diritto - scrive Brugi - è un lato della vita sociale, collegato con tutti gli altri, si potranno trascurare le svariate discipline che si propongono di studiare la società e ce la presentano come è ai dì nostri? No certo […]. Non si sa quasi oggi dove finisce il giurista e comincia il sociologo" (Id., *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, Firenze, G. Barbèra, 1898, terza edizione con correzioni ed aggiunte, pp. 103 e 108).

esigenze del nuovo studioso di diritto, aperto al sentire della collettività e desideroso di attingere gli umori più vitali in essa circolanti: "Noi giuristi – sintetizza Brugi – non possiamo appagarci di astratti articoli di leggi, di nudi fatti storici, di ambigue cifre: noi sentiamo il bisogno di studiare *il diritto come parte della realtà sociale*, come fatto che chiude un'idea [il riferimento è ancora alle "idealità sociali"] e come idea che è madre di nuovi fatti"[42].

Nella sua *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*[43], Brugi, non più nella veste di commentatore delle teorie ardigoiane, aveva introdotto una variazione lessicale: "*diritto latente e in formazione*", per indicare una realtà corrispondente, sebbene non identica, alle "idealità sociali".

Il "diritto latente" è, secondo Brugi, quello "che non fu riprodotto completamente dalla legge e vi sta chiuso come in potenza"; una legge, infatti, "può aver detto meno di quanto doveva; il pensiero esservi quasi ellitticamente espresso"[44]. È, il "diritto latente", quel contenuto di diritto positivo che la norma lascia all'interpretazione e che coincide – secondo l'Autore – con l'intenzione del testo. Brugi non sembra spingersi verso orizzonti più lontani e problematici (nei quali il testo normativo diventa eloquente solo attraverso la riflessione di un soggetto), rimanendo fermo ad una (supposta) *oggettività dell'interpretazione*, al criterio positivistico di una conoscenza certa, perché *nelle cose*.

Il "diritto in formazione", essendo quello contenuto nelle "aspirazioni della coscienza popolare"[45], viene, di fatto, a coincidere con le idealità sociali ardigoiane. Ed è la filosofia del diritto che entra "con legittimo dominio" nell' "analisi del diritto in formazione", svelando le "opposizioni, più o meno aperte, […] fra la coscienza popolare e la coscienza dei giuristi"[46].

Al "giureconsulto", Brugi raccomanda particolare attenzione per questo diritto: "bisogna schermirsi – scrive – da quella unilateralità di vedute, propria anche di non comuni intelletti, i quali vedono in una legge l'ar-

[42] Id., *L'opera di Roberto Ardigò nella filosofia del diritto. Lezione del prof. Biagio Brugi agli scolari dell'Università di Padova* (28 gennaio 1908), cit., p. 6; corsivo nostro.

[43] Nella *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., Brugi insiste sull'idea della mutabilità e relatività delle istituzioni giuridiche, ritenute strettamente dipendenti dalle condizioni della vita civile dei popoli.

[44] *Ivi*, p. 95 e nota.

[45] *Ibidem*.

[46] *Ivi*, p. 225. Sulla "funzione critica" che la filosofia giuridica può esercitare rispetto al diritto latente e in formazione, si veda Alessandro LEVI, *Diritto latente, diritto in formazione e filosofia giuridica*, "La Scuola positiva", vol. XV, fasc. 3-4, 1905, pp. 137-162; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., pp. 85-106.

ca santa che non si può toccare. Mentre noi riconosciamo tutta l'importanza del diritto formolato già in legge o riconosciuto da consuetudine […] non dobbiamo chiuder l'orecchio a quelle aspirazioni della coscienza popolare che si rivelano in mille modi"[47].

Rispetto alla dottrina dell'Ardigò, si notano – nella riflessione del Brugi – (almeno) due fondamentali variazioni: l'accento non cade sulla preminente derivazione naturale dell'idealità, quanto piuttosto sul suo essere prodotto *culturale* dell'evoluzione storico-sociale (secondo la lezione dello storicismo, che Brugi applicava come correttivo a riduzioni meccanicistico-materialistiche dell'agire umano); il diritto in formazione non è *anche* "interiorizzazione della Legge", come voleva il filosofo lombardo, bensì forza propulsiva ideale, 'diritto naturale rivoluzionario', utopia sociale propositiva, la quale "chiama lo Stato di continuo a rinnovare la tradizionale compagine del diritto con un equo riconoscimento delle nuove aspirazioni"[48].

'Diritto naturale' s'è detto. Brugi non sfuggì all'accusa di essere un sostenitore del diritto naturale: Karl Bergbohm, intransigente ed autorevole esponente del positivismo giuridico formalistico, tacciò infatti di giusnaturalismo la concezione brugiana di un diritto latente e in formazione[49]. Brugi replicò vivacemente, riaffermando che il suo diritto latente e in formazione doveva essere inteso come "un diritto che rampolla dalle forze vive della psiche popolare sotto i bisogni nuovi e gli stimoli che ne derivano, senza alcuno schema preconcetto"; e concluse: "il diritto naturale tenta anche fra noi [in Italia] di guadagnare il terreno perduto, ma se per alcuni è un diritto naturale all'antica, per altri ha un contenuto del tutto nuovo"[50].

Tra questi "altri", Brugi si annoverava: il suo fu un diritto naturale non avulso dalla storia e dalla vita, un diritto che trovava nei rappresentanti della *Historische Juristenschule*, nelle tesi dell'Ardigò, come nella più risalente tradizione filosofica italiana del Vico e del Romagnosi, i suoi precedenti ed ispiratori. "*Un diritto eterno che corre in tempo*" (secondo la maestosa espressione vichiana[51]), "tanto esteso, tanto pieghevole, tanto mul-

[47] Biagio BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., p. 95.

[48] *Ivi*, p. 97.

[49] Karl BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, I Band: *Das Naturrecht der Gegenwart*, Leipzig, Duncker u. Humblot, 1892, I Abhandl., II Abschnitt, § 11, b (*Das Naturrecht bei den Italienern*), p. 323, nota 26.

[50] Biagio BRUGI, *Introduzione enciclopedica alle scienze giuridiche e sociali*, cit., pp. 268-270 (Appendice alla terza edizione).

[51] Giambattista VICO, *Principj di una scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni*, secondo l'edizione del MDCCXXV, pubblicati con note da Giuseppe Ferrari, Milano, Società tipografica de' classici italiani, 1836. Libro II, Capo IV, p. 48.

tiforme, quanto estese, pieghevoli e multiformi sono le circostanze necessarie che effettivamente dispongono del destino degli uomini"[52].

All'Università di Padova, Brugi ebbe come allievo Alessandro Levi[53]; dallo studioso romanista, il giovane Levi fu iniziato a quel metodo ed introdotto a quei temi che la cultura filosofica positivistica aveva eletto a suoi criteri e precipui oggetti di indagine.

Un positivismo, quello del Levi, "largo e sereno"[54], lontano dagli eccessi encomiastici che contraddistinsero tanti suoi contemporanei ed anche da quelle deviazioni che portarono alla 'deificazione' delle esperienze particolaristiche di un empirismo non mediato dal soggetto sintetizzante (e comprendente)[55].

Il tema delle idealità sociali, come le chiamava l'Ardigò[56], o del diritto latente o in formazione, come lo chiamava il Brugi[57], fu il punto di

[52] Gian Domenico ROMAGNOSI, *Assunto primo della scienza del diritto naturale*, quinta edizione con nuovi documenti illustrativi somministrati dall'Autore, Prato, Tipografia Guasti, 1838, p. 129.

[53] Con il Brugi, Levi discusse, nel 1902, la sua tesi di laurea, pubblicata l'anno dopo, con il titolo *Delitto e pena nel pensiero dei Greci. Studi su le concezioni antiche e confronti con le teorie odierne*; prefazione di Biagio Brugi (Torino, Bocca), e al Brugi dedicherà, con affettuose e riconoscenti parole, il suo successivo libro, *Per un programma di filosofia del diritto*, Torino, Bocca, 1905 ("A Lei, caro Maestro, che mi ha dato il primo impulso alle indagini scientifiche, e mi ha confortato, in qualche ora di dubbio, a proseguire nella vita degli studi, e s'è compiaciuto di presentare al pubblico con l'autorità del Suo nome il mio primo volume, dedico, con animo filialmente grato, questo nuovo lavoro").

[54] Così Levi definì il proprio atteggiamento riguardo al positivismo, nella prolusione del 1905 più volte citata (*Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*, p. 139).

[55] Nei *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* (Genova, A. F. Formiggini, 1914), il suo scritto teoretico principale, Levi, pur ribadendo che il compito della filosofia rimane quello di una critica integrale dell'esperienza, ne evidenzia il carattere di studio *a parte subiecti*, diversamente da quanto avviene nelle scienze, studio *a parte obiecti*.

[56] Alla filosofia giuridica dell'Ardigò, Levi dedicò diversi scritti: *Il diritto naturale nella filosofia di Roberto Ardigò*, in AA.VV., *In memoria di Oddone Ravenna*, Padova, Tip. Gallina, 1904, pp. 151-173 (e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., pp. 39-53); *Ardigò e il diritto penale*, "Rivista di diritto e procedura penale", fasc. 9-10, parte prima, 1920, pp. 289-290; *Ardigò*, "Revue de l'Institut de Sociologie Solvay", t. I, n. 2, 1921-22, pp. 233-240; *Diritto e società nel pensiero di Roberto Ardigò*, "Rivista di filosofia", n. 2, 1928, pp. 153-184 (e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., pp. 417-445); *Bibliografia ardighiana. Scritti su Roberto Ardigò*, "Rivista di filosofia", n. 4, 1928, pp. 400-429; n. 2, 1929, pp. 178-196; n. 4, pp. 395-490 [in collaborazione con Ludovico Limentani]; *Ardigò*. Voce, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. II, New York, Macmillan Company, 1930, pp. 181-182.

[57] Sul diritto latente e in formazione del Brugi, Levi scrisse il saggio citato, *Il diritto latente, il diritto in formazione e la filosofia giuridica.*

partenza per l'elaborazione di quella teoria della socialità del diritto che costituisce l'assunto più interessante e più innovativo del pensiero di Levi e che troverà nel concetto di "rapporto giuridico" (posto a fondamento della sua ultima opera, *Teoria generale del diritto*[58]) la sua compiuta, definitiva sistemazione.

Negli scritti giovanili destinati ad illustrare il pensiero dei suoi due maestri, come anche nella ricordata prolusione del 1905[59], Levi insiste, sia pure cautamente, su quel motivo dell'essenza sociale del diritto, che sarà in seguito svolto nella pienezza delle sue implicazioni. Il tema delle idealità giuridiche gli appare infatti, come è, "strettamente connesso a quello della origine prima e rinnovantesi del diritto"[60]. Il diritto in formazione ha, tuttavia, in questi primi lavori, il suo naturale sbocco e la sua concretizzazione nell'accoglimento da parte del potere: scopo dell'idealità gli sembra essere, infatti, quello "di riformare o abolire nel sistema giuridico istituti e principii ormai vieti" ovvero di mostrare "l'urgenza di estendere la tutela giuridica a rapporti ch'essa lascia ancora indifesi". In tal modo, "la idealità giuridica […] nata dal bisogno, tende a diventar diritto". Talora, essa riceve una prima forma di pratica attuazione nella consuetudine, "forma intermedia fra l'idealità giuridica e la legge", "crepuscolo che precede l'alba del diritto positivo", o anche "vera e propria fonte del diritto", quando la legge ne riconosca espressamente il valore[61].

In ogni caso, l'idealità è – secondo la lezione dell'Ardigò – una potenzialità indistinta atta a determinarsi nel diritto distinto, che è quello legale ed anche giurisprudenziale. "*Creatore* e *giudice* del diritto positivo (cioè della legge del potere)", il "diritto naturale (cioè l'idealità sociale che si forma nella mente umana)" è, per ciò stesso, "*vindice* verso il potere delle ragioni del subordinato". Un diritto certamente non immutabile, ma che reca in sé "il colore del tempo in cui appare" e che, qualora il diritto scritto non voglia piegarsi alle esigenze della vita, "irrompe e travolge le dighe di questo diritto vetusto, il quale, se è venerabile vestigio dei tempi che furono, non ha però alcuna forza di resistenza contro la impetuosa corrente della vita che si rinnova"[62].

In queste parole, si avverte già – come in soffusa tensione – un senso dell'idealità quale strumento, essa stessa, dell'agire, e non soltanto mera anticipazione di una progettualità reclamata. Senso che si fa progressiva-

[58] Padova, Cedam, 1950.
[59] *Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*, cit.
[60] *Ivi*, p. 135.
[61] Id., *Il diritto latente, il diritto in formazione e la filosofia giuridica*, cit., pp. 91-92.
[62] Id., *Il diritto naturale nella filosofia di Roberto Ardigò*, cit., pp. 46 e 48.

mente più chiaro negli scritti successivi[63], e che troverà, qualche anno più tardi, conferma autorevole nella pubblicazione di un libro che sconvolse il panorama della cultura giuridica, scardinando consolidate sicurezze ed inducendo a ripensamenti profondi: *L'ordinamento giuridico* di Santi Romano[64]. Levi rivendica con fondata persuasione e con orgoglio legittimo l'originalità della sua intuizione, ricordando peraltro la strada aperta dall'Ardigò e riconoscendo pari autonomia alle teorizzazioni del Romano.

Scrive: "Chi, già da parecchi anni – seguendo una luminosa traccia dell'Ardigò, secondo il quale 'la Giustizia è la forza specifica della società' – ha inteso dimostrare (come io, modestamente, ho cercato di fare) la giuridicità intrinseca, cioè logica, del sistema di organizzazione di qualsiasi società, la reciprocità fra i concetti di ordinamento giuridico e di società, l'inesistenza della pretesa identità fra giuridicità e statualità, non può non compiacersi che a conclusioni sostanzialmente analoghe sia pervenuto (superfluo fin l'avvertirlo, per vie del tutto indipendenti!) un illustre cultore del diritto pubblico come il Romano"[65].

I fondamenti di quel "principio" che Levi per primo denomina "della socialità del diritto" (si noti: principio, cioè tesi dimostrabile, non postulato) risiedono, innanzitutto, nella consapevolezza che il diritto è "fenomeno sociale"[66], ordine regolativo della vita associata, senza il quale la società non può sussistere (*ubi societas, ibi ius*). Al contempo, in corrispondenza reciproca e speculare, il diritto ha bisogno, per essere, della sfera sociale, in quanto l'essenza stessa del giuridico è "relazione, cioè disciplina complementare di contegni, tutela e misura di interessi, imposizione e misura di obblighi"[67], intersoggettività (*ubi ius, ibi societas*).

Dalla vicendevole condizionalità dei due concetti, *societas* e *ius*, deriva la logica conseguenza della giuridicità di ogni ente sociale ("Ogni società è, o quanto meno racchiude, un ordinamento giuridico"[68]), e la negazione dell'esclusiva statualità del diritto, "preconcetto" alla costituzione del quale hanno cooperato due ordini di motivi: uno "ideologico" di matrice hegeliana, l'altro storico e politico ("la sempre più vasta e de-

[63] Si vedano i *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* (1914), cit., e, ancor prima, *La société et l'ordre juridique*, Paris, Doin, 1911.

[64] Pisa, Enrico Spoetri editore, 1918. La seconda edizione, con aggiunte ed annotazioni dell'Autore, fu pubblicata nel 1946 (Firenze, Sansoni).

[65] Alessandro LEVI, *Ubi societas ibi ius*, *"Rivista di filosofia"*, n. 2, 1925, pp. 137-167; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., pp. 353-377.

[66] *Ivi*, p. 355.

[67] *Ivi*, p. 363.

[68] *Ivi*, p. 368.

cisa prevalenza dello Stato, e delle sue norme e forze, di fronte ad ogni altra forma e specie di organizzazione"). È "antistorico ed illogico – osserva Levi, al riguardo – voler allargare questa *species* ch'è il diritto statuale fino a comprendere l'intero *genus*, il diritto, o peggio ancora, fino ad abbracciare addirittura, ed aggiungerei a soffocare nell'abbraccio, l'universale giuridico, o per dire più esattamente, il diritto come momento dell'universale, cioè dello spirito umano". Più avanti, precisa: "universale, dunque, il diritto, non lo Stato, perché quello, non questo, è guisa dello spirito, in quanto rappresenta l'esigenza di valutazione intersoggettiva delle attività umane; esigenza di socialità, ma non sempre, né per ogni valutazione, di statualità"[69]. Con qualche concessione alla terminologia dell'idealismo, divenuto moda filosofica imperante, ma non anche alla sua sostanza concettuale ("lo spirito" di cui parla è l'unità della vita psichica, non un'ipostasi metafisica; così come "l'universale" è determinazione essenziale della natura umana e sociale, non un'entità trascendentale né, tanto meno, trascendente), Levi rimase saldo nel suo immanentismo positivistico: un positivismo, il suo, certo "non gretto [né] superficiale", perché aperto alla "riflessione interiore"[70], nel quale le idealità sociali – baluardo contro l'empirismo giuridico e il formalismo legalistico – occuparono sempre un posto rilevante, sia sul piano della riflessione che su quello del suo personale impegno pratico.

Anche quando l'affermazione della tesi della socialità del diritto lo condusse, con coerente responsabilità teoretica, ad ammettere il corollario della amoralità del diritto[71] (poiché anche associazioni qualificate dallo Stato illecite o addirittura delittuose partecipano, in quanto enti sociali, della giuridicità), egli continuò a difendere l'idealità progettuale e la sua forza di transizione verso ciò che non è ancora. Colse, peraltro, la difficoltà di una mediazione tra la logica deduzione della amoralità del diritto dal principio di socialità e la difesa, mai rinnegata, delle idealità etico-giuridiche: "Per parte mia – mosso come sono da quell'amore alla logica, che è il primo dovere di uno studioso, in ispecie, di filosofia – accetto tale corollario dell'amoralità. E non credo di essere in contraddizione con me stesso, se continuo a ritenere che, sotto l'aspetto psicogenetico, *diritto e morale abbiano una comune radice: l'abbiano, precisamente, in quelle che Roberto Ardigò chiamava idealità sociali*"[72]. Alla fine, ammette che si tratta di "un

[69] *Ivi*, pp. 368-369 e 372.

[70] Id., *Diritto e società nel pensiero di Roberto Ardigò*, cit., p. 439.

[71] Id., *Intorno ad un corollario del principio di socialità del diritto*, "Rivista di filosofia", n. 3, 1929, pp. 212-227; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, cit., pp. 1-15.

[72] *Ivi*, p. 11; corsivo nostro.

caso tipico di quella distinzione, che un sano criticismo insegna a stabilire fra psicogenesi e logica, cioè fra le conclusioni delle indagini fenomenologiche della prima e delle considerazioni analitiche della seconda"[73].

A supporto della psicogenesi del diritto (che è, nel contempo, sociogenesi – per la ineludibile coesistenzialità relazionale su cui si fonda l'essenza stessa del giuridico), Levi aveva invocato, in uno scritto del 1910, anche l'autorità del Vico (il quale "sentenziava che i principii del vivere civile, e quindi anche del diritto, vanno cercati nella mente umana, dicendo essere 'lume eterno, che non tramonta, di questa Verità, la quale non si può a patto alcuno chiamar in *dubbio, che questo Mondo Civile egli certamente è stato fatto dagli uomini*: onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare *i principii dentro le modificazioni della nostra medesima mente umana*'"[74]); più volte farà ricorso, inoltre, alla riflessione di uno tra gli autori da lui più studiati, Carlo Cattaneo, ed alla sua "psicologia delle menti associate", teoria nella quale il pensatore risorgimentale stabiliva uno stretto collegamento tra dimensione psicologica e dimensione sociale, convinto che la *comune natura umana* venga profondamente trasformata dalle *istituzioni sociali* entro le quali si svolge la vita degli uomini[75].

Levi ritornerà sul tema del rapporto tra diritto e morale (ovvero tra diritto ed idealità) dopo diversi anni, in un lavoro, *Riflessioni sul problema della giustizia*[76], dedicato alla memoria del filosofo Ludovico Limen-

[73] *Ivi*, p. 12. La tesi, ereditata dall'Ardigò, dell'origine psico-sociale del diritto non configura, di per sé, un'antinomia tra diritto e morale, anzi ne fonda la reciproca coerenza: si pensi alla riflessione di Émile Durkheim, relativa al diritto che esprime i costumi e ne costituisce il "simbolo visibile" (*De la division du travail social*, 1893, Libro I, cap. I, § 3). Levi parla di "*consensus*" che, in un determinato momento storico "non può non esservi fra diritto e morale"; in forza di ciò, "è agevole comprendere come, accanto ad un ordinamento giuridico che ammetta la schiavitù, si possa parlare di un ordine morale, che, quanto meno, non la escluda" (*Intorno ad un corollario del principio di socialità del diritto*, cit., p. 12). Il problema sorge quando dalla mera affermazione della comune scaturigine sociale del diritto e della morale, si passa alla più complessa teoria della "socialità del diritto", intesa - come si è visto – in senso istituzionalistico.

[74] Alessandro LEVI, *Il diritto naturale nella filosofia di Giambattista Vico*, in AA.VV., *Studi in onore di Biagio Brugi nel XXX anno del suo insegnamento*, Palermo, Gaipa, 1910, pp. 75-91; e in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. I, cit., pp. 219-233. La citazione riportata è alle pp. 232-233.

[75] All'analisi del pensiero filosofico e politico del Cattaneo, Levi dedicò vari scritti: *Vico e Cattaneo*, "Rivista internazionale di filosofia del diritto", fasc. III, 1925, pp. 401-411; *Il positivismo politico di Carlo Cattaneo. Saggio di bibliografia cattaneana*, Bari, Laterza, 1928; *Cattaneo*. Voce, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. III, New York, Macmillan Company, 1930, pp. 275-276; *Carlo Cattaneo e gli Ebrei*, "La Rassegna mensile di Israel", n. 7-8, 1932, pp. 326-343; *Il pensiero federalistico di Carlo Cattaneo*, "Il Ponte", n. 2, 1946, pp. 110-119.

[76] I primi due saggi di quest'opera ("Giustizia e dolore"; "Giustizia e carità") furono pubblicati, con lo pseudonimo di Aldo Sale Sverni (Levi, dimesso dalla cattedra, in segui-

tani, suo diletto amico.

Il primo dei saggi in cui si articola questo lavoro è significativamente intitolato "Giustizia e dolore"[77]; in esso Levi afferma essere il *dolore*, la radice del sentimento da cui si sviluppano il concetto e l'*idealità* di giustizia: "la giustizia – scrive – prima d'essere […] la virtù, o la volontà, che si esplica nell'attribuire a ciascuno il suo, a me pare designi, come idea, se non ancora come compiuto concetto, *una rivolta contro il dolore*, o quanto meno l'aspirazione ad un superamento di questo […]. Senza la sensibilità, dunque, […] cioè senza la possibilità di soffrire, non sorgerebbe il sentimento, o l'idea, di giustizia. Ma, se la sensibilità è condizione necessaria per il nascere di tale sentimento, non ne è, per fermo, condizione sufficiente […]. Oltre la sensibilità, perché l'uomo si elevi all'idea di giustizia, occorre tutto un lavorìo psichico, una raffigurazione, a cui giunge elaborando e trasponendo alcuni dati forniti dalle rappresentazioni della realtà in cui egli vive, di un '*mondo possibile*' […]". Che altro è, si chiede, "un giudizio, come quello che pretendiamo di pronunciare intorno all'ingiustiza […] se non la pensata esperienza d'una realtà diversa, ma possibile, in cui il male, o quello che noi giudichiamo come un male perché è, o ci sembra, una fonte di dolore, non ci fosse?"[78].

La psicogenesi dell'idea (o dell'idealità) di giustizia è ribadita; come pure è confermato l'apporto dell'elemento sociale (in particolare, economico[79]) nella elaborazione di tale idea. Nelle parole di Levi riecheggiano quelle scritte dall'Ardigò più di cinquant'anni prima, a proposito della psiche umana (la psiche è "*un mondo possibile, che si presenta come il piano dell'opera a chi ha da produrne uno reale*"[80]); il contenuto è però sensibilmente mutato: l'ambiente non è più la semplice risultante di un'evoluzione naturale, né l'uomo è mero prodotto dell'ambiente sociale, essendone, a sua volta,

to ai provvedimenti antiebraici del 1938, era allora esule in Svizzera, dove insegnò, per qualche tempo, nei corsi organizzati per i rifugiati italiani, presso l'Università di Ginevra), sulla *"Rivista di filosofia"* (rispettivamente: n. 1, 1942, pp. 43-62 e nn. 2-3, pp. 96-118); a questi scritti, Levi aggiunse poi altri due saggi inediti ("Giustizia e diritto"; "Giustizia e dovere"), pubblicandoli tutti nel volumetto *Riflessioni sul problema della giustizia*, Lodi, Tip. Biancardi, 1943; edizione fuori commercio [In appendice: Ludovico Limentani, *La Giustizia*. Appunti per una conferenza (1940)]. Ora in: *Scritti minori di filosofia del diritto*, vol. II, cit., pp. 303-379.

[77] In questo scritto, Levi riprende e sviluppa un'antica idea, di cui si trova traccia già nella prolusione di Padova del 1905 (*Le idealità giuridiche nella filosofia positiva del diritto*, cit.), nell'opera *Per un programma di filosofia del diritto*, cit., e nel volume *La société et l'ordre juridique*, cit.

[78] Id., *Riflessioni sul problema della giustizia*, cit., pp. 311-312; corsivo nostro.

[79] Si veda, al riguardo, Alessandro LEVI, *Determinismo economico e psicologia sociale*, cit.

[80] Roberto ARDIGÒ, *La morale dei positivisti*, cit., p. 77.

artefice (il riferimento inespresso, che non pare tuttavia ardito e neppure eccentrico, è al concetto di "*praxis rovesciata*" del materialismo storico).

Ancora: la neurofisiologia 'sperimentabile' della percezione e della volizione sfuma nelle più complesse dinamiche di una insondabile soggettività avvertita come non deterministicamente necessitata[81], attraversata invece da esperienze profonde che rendono il pensare ed il volere sentieri contorti, snodantisi nei meandri di un inconscio oscuramente frugato. Il realismo a tratti ingenuo della cultura positivistica cede, insomma, nella riflessione di Levi, il posto ad una meditazione più soffermata, di cui nei suoi scritti non vi è esplicita teorizzazione, ma sicura traccia[82].

La sua positiva 'filosofia del fatto' non fu mai inerte acquiescenza al fatto e la rilevanza del tema delle idealità giuridiche lo testimonia: la fonte delle idealità risiede, infatti, in quel sentimento del dolore che trae l'uomo dall'inerzia e lo spinge ad agire.

In quali relazioni sta "la *giustizia*, come *idealità immanente nello spirito umano* […] con qualsivoglia ordinamento giuridico, cioè col diritto nei molteplici, ma positivi suoi aspetti?"[83]. È l'antica, e mai spenta, questione dei rapporti tra giustizia e diritto o, se si preferisce, tra morale e diritto, o, ancora, tra diritto naturale e diritto positivo.

L'idea di giustizia e la realtà del diritto – osserva Levi – hanno alcuni elementi di prossimità: la genesi psicologica (sorgono "dalla stessa sensibilità al dolore"[84] e rispondono "a bisogni sostanzialmente ana-

[81] Indirettamente, attraverso l'adesione alle parole di un filosofo del diritto idealista, Angelo Ermanno Cammarata, discepolo del Gentile, Levi ammette la dimensione in fondo volontaristica del giudizio: "la funzione storica di tale idea [del diritto naturale] - ciò che fu bene avvertito recentemente dal Cammarata - [si manifesta] in quella 'critica delle leggi', che, quale corollario 'della libertà spirituale che sola può dare effettivo valore all'adesione o alla ribellione' alle leggi stesse, 'è veramente un atteggiamento eterno dello spirito umano' " (Alessandro LEVI, *Riflessioni sul problema della giustizia*, cit., p. 346; l'opera del Cammarata, alla quale si fa riferimento, è *Giusnaturalismo e "critica delle leggi" in rapporto alla distinzione fra giustizia ed equità*, "Bollettino dell'Istituto di Filosofia del diritto della R. Università di Roma", n. 1, 1941, pp. 1-17).

[82] È appena il caso di ricordare che nel Novecento, e Levi è uomo del Novecento, vengono elaborate filosofie che pongono in discussione la certezza del 'dato' e problematizzano la stessa soggettività. Pur rimanendo fedele - lo si ripete – alla visione positivistica, egli non potè non sentire, e in certa misura accogliere, sollecitazioni diverse, contemporanee al proprio tempo.

[83] Alessandro LEVI, *Riflessioni sul problema della giustizia*, cit., p. 321; corsivo nostro.

[84] Invocare la giustizia contro il diritto positivo, "ch'è appunto il lièvito dell'idea del diritto naturale", può nascere persino dal dolore prodotto dalle norme vigenti (*ivi*, p. 346). Levi non si sofferma sul punto, ma è probabile che in queste parole vi sia anche l'eco del dramma delle leggi razziali del 1938, dramma da lui personalmente vissuto (si veda, sopra, la nota n. 76).

loghi"); la "comune natura logica degli apprezzamenti", anche se i criteri sui quali poggiano le valutazioni non possono non essere diversi (è ovvio; altrimenti, si avrebbe l'inammissibile convertibilità tra *quod est iustum* e *quod est iussum*); la finalità, orientata a realizzare "un ordine, in cui si compongono le attività e le relazioni complementari dei soggetti"[85].

Tale modello di rapporto tra soggetto e soggetto (rapporto centrale nella teoria leviana della relazionalità del diritto) è proprio anche dell'idea di giustizia, che, però, lo traspone "sopra un piano ideale, nel quale non v'è più un soggetto contrapposto ad un altro soggetto, l'uno coi suoi obblighi l'altro con le sue pretese complementari, ma non v'è che il soggetto di fronte alla legge morale, cioè ad un ordine di perfezione, che gl'impone incondizionati doveri"[86].

Il fondamentale carattere differenziale tra giustizia e diritto (a tacer d'altri) risiede, tuttavia, nella distinzione tra le categorie della *doverosità* e della *liceità*. La prima, che Levi identifica con il momento morale o di conformità alla giustizia, regola "la scelta fra i comportamenti che il soggetto di volta in volta può tenere, e rappresenta il giudizio di ultima istanza, al quale ogni manifestazione dell'operare è sottoposta"[87]; la seconda "apprezza i comportamenti nella loro intersoggettiva complementarità": "chiave di volta della valutazione giuridica", è propria ed esclusiva "del mondo del diritto"[88].

Così distinti, diritto e morale possono incontrarsi nuovamente sul terreno dell'idealità quando la giustizia serva al diritto da modello e guida. Levi parla di "perenne influenza della morale, cioè dell'idealità di giustizia, sui progressi del diritto" e, tra i "doveri dapprima morali" che si sono trasformati "in doveri giuridici", cita la regolazione normativa dei rapporti "fra imprenditori e lavoratori"; in particolare, le "prestazioni assicurative ed assistenziali"[89].

Levi è affatto persuaso che la giustizia sia "immanente nella storia"[90], "adiàfora rispetto al suo proprio contenuto"[91] e che, per di più, abbia la

[85] *Ivi*, p. 341.
[86] *Ivi*, p. 344.
[87] *Ibidem*.
[88] *Ivi*, pp. 344 e 346.
[89] *Ivi*, p. 347.
[90] *Ivi*, p. 377. L'immanentismo etico (di natura umanistica e, perciò, storico-sociale) fu sempre rigorosamente ribadito da Levi: "la giustizia […] è un'idealità. E, come ogni altra idealità umana, sorge e fiorisce nell'*humus* sociale" (*ivi*, p. 366).
[91] *Ivi*, p. 368.

natura di un "sentimento […] individuale"[92]. Precisa, utilizzando un'argomentazione ed un linguaggio vagamente paretiani: "Non è, infatti, secondo me, la ragione che dà un contenuto alle note del concetto di giustizia; ma sono i sentimenti. Noi alimentiamo quest'idea direttiva della nostra coscienza col sangue stesso del nostro cuore (quell'idea, s'è detto, ha la sua radice nel dolore). […] nella pratica del nostro agire, anche morale, non possiamo [fare] a meno di trarre l'impulso dalla nostra passione per l'una o per l'altra causa umana, – perché senza passione non c'è possibilità di azione, nemmeno morale"[93].

La "causa umana" che Levi scelse, per "passione", ma anche per molte ragioni (conformi, l'una e le altre, al suo personale sentire ed allo 'spirito del tempo'), fu quella della giustizia sociale. Socialista militante, aderì ad un socialismo democratico (di stampo marxiano, ma che voleva mediato dal pensiero politico delle correnti radicali del Risorgimento), un socialismo aperto ad istanze riformistiche e tenacemente avverso alla violenza. Anche sul piano ideologico-politico, come su quello filosofico, Levi rimase sempre fedele al suo credo, con chiarezza e coerenza[94]. Sulle scelte pratiche e scientifiche, quel senso del dovere, che egli aveva elevato a regola incondizionata della condotta, quella responsabilità morale, "sicuro fondamento pel dovere di agir bene, ch'è quello che conta, poi, nella vita"[95].

[92] *Ivi*, p. 355 ("se l'ideale della giustizia, che splende davanti alla coscienza come ideale morale od assoluto, ha in sé le caratteristiche d'essere incondizionato ed universale, il sentimento di giustizia è individuale").

[93] *Ivi*, p. 374.

[94] Già nel 1905 scriveva: "Buona parte del diritto in formazione è diritto del proletariato, è diritto socialista. La giurisprudenza, e la filosofia che la corona, non devono fare il viso dell'armi a queste nuove tendenze della società, ma anzi considerarle come un avviamento verso un nuovo, progressivo, migliore stato di diritto" (Id., *Il diritto latente, il diritto in formazione e la filosofia giuridica*, cit., p. 104). A distanza di più di quarant'anni, ribadisce la sua posizione e la sua appartenenza, in un articolo apparso sulla "Critica sociale", nell'occasione del centenario della pubblicazione del *Manifesto del partito comunista*: "Se è vero, come fermamente credo, essere la giustizia nient'altro che la maggiore delle idealità sociali (per usare una espressione del mio maestro Roberto Ardigò), le quali infiammano il volere degli uomini, è pur vero che il contenuto di esse idealità è determinato dai sempre nuovi bisogni e dalle conseguenti aspirazioni umane. Chi può negare che, come nei tempi precedenti la rivoluzione francese nella giustizia si incarnavano le nobili aspirazioni di tutto quanto il Terzo Stato, la più vasta idealità sociale dominante già all'epoca del Manifesto dei comunisti e purtroppo inappagata in gran parte ancora oggi dopo un secolo dalla sua apparizione, fosse e sia l'aspirazione a fare degli 'uomini del lavoro' come li chiamava Giuseppe Mazzini, la classe politica della società? In questo concetto - ma sì storicistico ed immanentistico – della giustizia, pare a me che consista il significato politico e rivoluzionario del Manifesto dei comunisti" (Id., *La giustizia nel Manifesto dei comunisti*, "Critica sociale", 1948, p. 63).

[95] Id., *Riflessioni sul problema della giustizia*, cit., p. 377.

Il diritto naturale riproposto attraverso la dottrina delle idealità giuridiche – lo si è detto – non è un diritto ontologicamente fuori della storia, ma un diritto 'storico-sociale', prodotto dalla coscienza collettiva. Un diritto che, nella sua varietà e indeterminatezza, è umano (a volte, anche 'troppo umano'), non metafisico; certamente non al di là della 'fisica sociale'. In questo senso, si può affermare – come, lo si è visto, fu fatto dai pensatori positivisti dei quali si è parlato – che ha realtà *concreta*, ancorché 'immateriale', come "l'ombra" rispetto al "corpo" del diritto positivo.

Ma vi fu anche chi, nella cultura positivistica, intese quest' "*ombra*" (termine capace di assumere svariati valori semantici) nel significato di mera apparenza, immagine senza consistenza, o addirittura nell'accezione (rovesciata rispetto all'interpretazione del Levi, riportata all'inizio) di 'macchia'. Nel suo *studio*, premesso all'edizione italiana de *La giustizia* di Herbert Spencer[96], Icilio Vanni, esponente del "positivismo critico", scriveva: "Ammettere un fondamento intrinseco della norma giuridica, significa riconoscere un'esigenza che la norma stessa nella sua formulazione, non fatale ma cosciente e volontaria, deve sodisfare, e ciò è legittimo e scientifico; laddove affermare l'esistenza di un diritto, che non sia quello positivo e prodottosi storicamente, equivale ad affermare una non entità, ad assumere come reale ciò che non è dato dall'esperienza, vale a dire a ricadere nel dommatismo empirico"[97].

In effetti, nell'ottica di una intransigente ortodossia positivistica, affiora tra giustizia e giuridicità formale una eterogeneità che non si può dissimulare. In termini radicali essa si presenta come riflesso dell'opposizione categoriale tra valore (deontologia) e fatto (ontologia o anche, in questo caso, fenomenologia). Su altro piano, però, la discordanza assume un diverso aspetto: il diritto naturale, nella sua elasticità e con le sue metamorfosi – pur presentando quell'alone di indeterminatezza che lo fa apparire, talvolta, come un mito verbale, o come un *Rechtsgefühl* – opera, attraverso norme inespresse o intraviste, per costruire un diritto (positivo) meno 'astratto' e più 'storico', sensibile alla fonte di produzione fondamentale del diritto stesso: la società, con le sue esigenze ed i suoi contrasti[98].

[96] Herbert SPENCER, *La giustizia* (parte quarta dei *Principles of Ethics*, 5 voll., 1879-1892). Con uno studio su *Il sistema etico-giuridico di H. Spencer* di Icilio VANNI, Città di Castello, Lapi, 1893.

[97] Icilio VANNI, *Il sistema etico-giuridico di H. Spencer*, cit., p. XXXI.

[98] Si veda quanto scrive, incisivamente, Paolo GROSSI, in un saggio sulle leggi razziali italiane del 1938: evento paradigmatico ed infamante, che deve valere "da mònito per chi continua ad osannare a una legalità ad ogni costo, pur che sia, rigida ed *astratta*, prescinden-

Non è, dunque, soltanto il vigore suggestivo dell'idea di giustizia che ne spiega la sua persistente rinascita (anche in movimenti, quale il positivismo, aggrappati al culto della *datità*); è principalmente, e 'paradossalmente', la sua *concreta storicità*. Ed è proprio questa immanenza nella storia che ha come esito il relativismo, inevitabile, del contenuto dell'idealità di giustizia. Relativismo che non sfocia, peraltro, in una conclusione scettica; "un'attenta riflessione – annota Levi – dimostra che una, necessaria ed universale, è, e rimane, formalmente, quell'idealità [di giustizia] a malgrado dei differenti, mutevoli, transeunti contenuti, dei quali la riempiono le passioni degli uomini".

Se, dunque, dall'idealità assoluta, in quanto formale, della giustizia discende, come conseguenza ineluttabile, la relatività del suo contenuto, la stessa immanenza della giustizia nella storia (che è opera umana) impegna "tutta la nostra responsabilità: la responsabilità […] di tutto quello che facciamo e che omettiamo di fare, dell'intero nostro comportamento, dei nostri consensi e dei nostri dissensi, delle nostre apatíe e delle nostre rivolte. […] su ognuno di noi incombe la sua parte di responsabilità della vita come si svolge, cioè della storia nel suo divenire. La storia come pensiero – per prendere a prestito una celebre frase – racchiude mòniti severi, non prepara assoluzioni indulgenti, per la storia come azione"[99].

L'universalità dell'esigenza morale è garanzia della validità dell'etica, quali che siano le diversità e le incertezze intorno al contenuto dei valori. Un pensiero, questo, mirabilmente svolto da Pietro Piovani, filosofo del diritto e della morale, convinto assertore del pluralismo assiologico e – al contempo, senza contraddizione – difensore della dimensione valoriale: "La mancanza di valore – scriveva – è nella indifferenza non nella differenziazione"[100]. E concludeva: "L'esistenza, se vale, vale per le possibilità di valorazione di ognuno, che permettono a ognuno di inserire dentro la trama dolorosa della vita quelle figurazioni che sono le sue trasfigurazioni: compiti accettati, iniziative perseverate, fedeltà mantenute, affetti allargati, ideali perseguiti: realtà che – quali che siano – reggono, nella loro estrema delicatezza, nella loro duttile corposità, l'immane peso del vivere"[101].

do dalla necessaria verifica nella trama materna della società e della esperienza comune" (*Pagina introduttiva* al XXVII numero dei "Quaderni Fiorentini", 1998: *A sessanta anni dalle leggi razziali italiane del 1938*; ora in: Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 324; corsivo nostro). Alla critica dell' "assolutismo giuridico", inteso come monopolizzazione della produzione normativa da parte del potere politico, ed alla difesa della socialità del diritto, Paolo Grossi ha dedicato molti importanti studi.

[99] Alessandro LEVI, *Riflessioni sul problema della giustizia*, cit., pp. 374 e 378.

[100] Pietro PIOVANI, *Princìpi di una filosofia della morale*, Napoli, Morano, 1972, p. 261.

[101] *Ivi*, p. 278.

GIUSEPPE REALE

# La pirateria del XXI secolo*

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La pirateria oggi. - 3. Recenti episodi di pirateria. - 4. La normativa internazionale: la pirateria quale *delictum juris gentium*. - 5. Le disposizioni della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982. - 6. Gli atti di pirateria. - 7. I poteri degli Stati nel contrasto al fenomeno della pirateria. - 8. La pirateria nelle acque territoriali. - 9. L'applicazione delle sanzioni nei confronti dei pirati. - 10. La normativa interna: la pirateria nel codice della navigazione. - 11. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

Il fenomeno della pirateria[1] affonda le sue radici in epoche assai lon-

(*) Il presente scritto riprende, con alcune integrazioni, il testo della relazione presentata in occasione del Convegno sul tema "*Le misure di contrasto ai traffici illeciti via mare*", organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi del Molise e dal Comando Regione Molise della Guardia di Finanza, svoltosi a Termoli (CB) il 12 giugno 2009.

[1] Uno studio condotto sui pirati anglo-americani operanti nella prima metà del '700 nell'Atlantico occidentale e nei Caraibi indica che quasi sempre i pirati erano *ex* marinai di mercantili o della *Royal Navy* o di imbarcazioni corsare. Si trattava di persone dedite per professione all'attività di navigazione, dotate di particolare abilità nel compiere le traversate più insidiose trovando la rotta fra scogliere e fondali di ogni genere. Storicamente vi sono stati varie tipologie di pirati. A esempio i bucanieri - dalla parola *boucan*, che stava ad indicare una graticola sulla quale veniva fatta essiccare la carne - detti anche «fratelli della costa», che hanno rappresentano la prima fase di sviluppo del fenomeno della pirateria. Essi erano per lo più cacciatori e taglialegna che nella prima metà del XVII secolo integravano i proventi della caccia e del commercio del legame con rapine ai danni delle navi europee. Per lo più essi provenivano da Inghilterra, Olanda e Francia. La loro sede era costituita dall'isola di Espanola nei Caraibi (Antille). A seguito di un'operazione militare organizzata dalla Spagna, loro bersaglio preferito, furono costretti a rifugiarsi sull'isola di Tortuga. Successivamente, i bucanieri abbandonarono la caccia ed il commercio del legno per dedicarsi esclusivamente alla pirateria. Famosi bucanieri furono personaggi come l'Olonese, il Portoghese, Braccio di Ferro, ecc. Vi erano poi i filibustieri, dal termine francese *filibustirs*, ossia saccheggiatori. Altra categoria era costituita dai corsari, che erano pirati pagati per catturare navi di Stati nemici. Famosi corsari furono personaggi come *Francis Drake* ed *Henry Morgan* che, sul finire del XVII secolo, assaltavano i porti spagnoli nelle americhe ed attaccavano i galeoni carichi di oro e di argento diretti verso la Spagna. Nel mar Mediterraneo operavano invece i temibili pirati saraceni. In generale, mentre il pirata era colui che saccheggiava e depredava navi in mare, il corsaro era colui che veniva autorizzato dal proprio Governo attraverso lettere di «corsa» a catturare navi di nazioni ostili. In molti casi, tuttavia, i corsari, terminata la propria opera per conto del Governo, proseguivano autonomamente le proprie razzie, divenendo in tal modo pirati a tutti gli effetti. La «corsa» fu abolita definitivamente con la Dichiarazione adottata nella Conferenza di Parigi del 16 aprile 1856.

tane[2] e, nonostante gli sforzi compiuti dalla maggior parte degli Stati al fine di contrastarlo efficacemente per rendere sicura la navigazione ed i traffici marittimi, in realtà non è mai stato completamente debellato ma anzi, al contrario, negli ultimi anni è tornato a svilupparsi in maniera assai preoccupante[3], soprattutto in determinate aree geografiche marine[4], come hanno dimostrato numerosi e recenti episodi di cronaca relativi ad attacchi a danno di navi da crociera o di navi mercantili.

L'attualità del problema, anche in ragione delle moderne e sofisticate attrezzature di cui i pirati del XXI secolo si avvalgono[5], ha determinato un rinnovato interesse da parte della dottrina, che ha dedicato al tema scritti di grande interesse[6], proponendo soluzioni volte a fronteggiare efficacemente il fenomeno criminale in esame attraverso un riassetto della normativa internazionale, in gran parte cristallizzata su un concetto di pirateria che, invece, oggigiorno appare sensibilmente mutato[7].

[2] Sul tema, Cfr. C. M. Moschetti, *Pirateria (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 873 ss.

[3] Il *Bureau Marittime International* (B.M.I.) ha reso noto che nel primo trimestre del 2009 gli attacchi da parte di pirati nel mondo sono pressoché raddoppiati rispetto allo stesso periodo del 2008. Inoltre, nelle sole acque antistanti la Somalia gli attacchi sono decuplicati, passando dai 6 del primo trimestre del 2008 ai 61 del primo trimestre 2009. In realtà, gli interessi che si nascondono dietro questi attacchi appaiono andare ben oltre i gruppi di uomini armati che materialmente sferrano l'attacco. In base ad una inchiesta del quotidiano britannico *The Indipendent* sembrerebbe che dietro i singoli gruppi di pirati che sferrano gli attacchi si celino grosse organizzazioni criminali con basi in Kenya, in Somalia e negli Emirati Arabi Uniti. Il giro di affari dei pirati nell'anno 2008, sempre secondo il giornale britannico, è stato pari a circa 80/100 milioni di dollari in riscatti pagati per il rilascio di navi o per la liberazione dei loro equipaggi e dei passeggeri. Gli ingenti capitali così raccolti finirebbero in piccola parte nelle mani dei pirati e in gran parte nelle banche di alcuni Paesi compiacenti in cui verrebbero ad essere ripuliti per poi poter essere reimpiegati in altre attività.

[4] Per esempio nelle acque del Golfo di Aden, attraversate ogni anno da circa 25.000 navi. Le zone maggiormente a rischio risultano le acque della Somalia, il Canale di Suez, il Canale di Panama, lo Stretto di Malacca.

[5] I moderni pirati non portano la benda sull'occhio, non impugnano la sciabola o il pugnale, non si servono di velieri e non inseguono le loro prede seguendo la rotta su vecchie carte ingiallite. Al contrario, essi dispongono di visori o cannocchiali a raggi infrarossi per vedere distintamente anche di notte, impugnano micidiali kalashnikov e lanciamissili leggeri, sfrecciano sui veloci imbarcazioni (spesso con navi di appoggio a breve distanza), utilizzano il computer ed operano il rilevamento satellitare delle rotte.

[6] Cfr. R. Sandiford, *Pirateria*, in *Novissimo Digesto Italiano* , XIII, Torino, 1966, p. 109 ss.; N. Ronzitti, *Pirateria (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 911 ss.; M. Rosella, *Pirateria*, in *Digesto*, IX, Torino, 2002, p. 576 ss. Nel periodo più recente, cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, in *The aviation & marittime journal*, gennaio/marzo 2009, 1, p. 1 ss.; N. Carnimeo, *I pirati del mar della Cina*, in *Limes*, 4/2008, p. 217 ss. N. Carnimeo - M. Guglielmo, *Chi sono i pirati della Somalia*, in *Limes*, 1/2009, p. 167 ss.

[7] Cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, cit., pp. 16-17.

## 2. *La pirateria oggi*

La pirateria è stata praticata fin dalla più remota antichità e si è sviluppata di pari passo con l'incremento dei traffici marittimi e degli scambi commerciali via mare[8].

Nell'epoca moderna la collaborazione fra gli Stati ha determinato, per un certo periodo, il tramonto del fenomeno in quasi tutto il globo terraqueo, con alcune eccezioni soprattutto nelle acque dei mari asiatici.

La pirateria, per evidenti ed intuibili ragioni, rappresenta da sempre un serio pericolo per i traffici marittimi, per cui gli Stati si sono adoperati per produrre una normativa diretta al suo efficace contrasto a livello internazionale. Sebbene considerata un fenomeno quasi completamente scomparso, almeno nell'ambito del bacino del Mediterraneo, la pirateria ha suscitato l'interesse dei giuristi soprattutto in ragione dei riflessi che essa ha determinato nell'ambito dei traffici marittimi nel corso dei secoli, giocando un ruolo importante anche nel settore dei rapporti politici fra gli Stati[9].

Al riguardo, con riferimento al periodo più recente, la rilevanza giuridica del fenomeno aveva indotto la Comunità internazionale ad elaborare una normativa sul diritto del mare che aveva trovato il suo punto di arrivo nella Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 29 aprile 1958[10], che prevedeva la possibilità per ogni Stato di procedere alla cattura in alto mare di navi responsabili di atti di pirateria indipendentemente dalla loro nazionalità[11].

La Convenzione di Ginevra è stata poi sostituita dalla Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982[12] che, allo stato attuale, rappresenta il principale testo normativo vigente di diritto internazionale del mare[13].

[8] Per fare soltanto qualche esempio, le flottiglie di pirati che infestavano il Mediterraneo furono combattute dagli antichi Egizi e dai Greci. Nel Medioevo i pirati saraceni infestavano le coste del Mediterraneo giungendo addirittura ad assalire Roma nell'846. A partire dal XV secolo, dopo la scoperta dell'America, la pirateria si estese notevolmente anche al Nuovo Mondo in ragione del conseguente incremento dei traffici commerciali tra l'Europa e l'America. Per un esame approfondito della storia della pirateria, v. C. M. Moschetti, *Pirateria (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, p. 873 ss.

[9] Cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 576 ss.

[10] Ratificata dall'Italia con la legge 8 dicembre 1961, n. 1658.

[11] Cfr. art. 14 ss. della Convenzione di Ginevra sull'alto mare.

[12] Ratificata dall'Italia con la legge 2 dicembre 1994, n. 689.

[13] La Convenzione di Montego Bay ha dedicato specifiche disposizioni dirette al contrasto della pirateria agli artt. da 100 a 107.

Negli anni a noi più vicini, a causa del preoccupante rifiorire del fenomeno in determinate aree geografiche, le Nazioni Unite[14], in più occasioni, hanno invitato la Comunità internazionale a reagire agli attacchi sferrati alle navi da parte di pirati, operati soprattutto nelle acque situate in prossimità della Somalia, con una apposita *task force*[15] di navi da guerra[16] al fine di porre un freno al preoccupante fenomeno, dimostratosi in grado di mettere in serie difficoltà il traffico marittimo mondiale[17], ripristinando la libertà ed il regime di sicurezza dei traffici marittimi.

C'è da dire che, nonostante gli sforzi messi a punto dalla Comunità internazionale, non appare affatto semplice debellare il fenomeno in esame sebbene esso appaia in gran parte circoscritto ad alcune aree geografiche marine e, in particolare, a quelle antistanti la Somalia[18].

[14] V. le risoluzioni del Consiglio di Sicurezza dell'O.N.U. n. 1816 del 2 giugno 2008 e n. 1838 del 7 ottobre 20008.

[15] Oltre la flotta americana (*Task Force 150*) e quella europea (*Operazione Atalanta*) sono presenti nell'area unità navali cinesi, russe, indiane, iraniane ed altre ancora.

[16] Sul concetto di nave da guerra, nel diritto interno ed internazionale, cfr. G. Righetti, *Trattato di diritto marittimo*, I, 2, Milano, 1987, 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.; G. Reale, *Il concetto di nave da guerra e la sua applicabilità alle unità navali della Guardia di Finanza*, in *Annali dell'Università degli Studi del Molise*, 9/2007, Campobasso, 2008, p. 347 ss., nonché in *Riv. giur. del Molise e del Sannio*, 2008, 2, p. 155 ss.

[17] Le principali compagnie di assicurazioni operanti nel settore dei traffici marittimi internazionali qualificano il Golfo di Aden come «area di guerra», aumentando i premi in maniera esponenziale. In linea di massima è stato valutato che una polizza assicurativa in grado di coprire tutti i rischi, incluso il sequestro da parte di pirati, può assumere un costo variabile fra i 2000 ed i 50.000 dollari al giorno. La rotta alternativa rispetto al Golfo di Aden potrebbe essere costituita dalla circumnavigazione del continente africano. Qualche compagnia di navigazione ha già paventato un possibile mutamento delle rotta delle proprie navi al fine di evitare le aree marine situate al largo delle coste somale passando per il Capo di Buona Speranza. Tale rotta, tuttavia, allo stato attuale sicuramente meno pericolosa dal punto di vista dei pericoli costituiti dalla pirateria, risulta di certo molto più lunga e, naturalmente, molto più costosa. Il cambio delle rotte, ove messo in pratica, avrebbe come effetto immediato quello di determinare un notevole incremento dei costi legati al trasporto (carburante, equipaggio, manutenzione delle navi, tempi di consegna, ecc.) per le compagnie di navigazione e, di conseguenza, un aumento dei prezzi di mercato a carico dei consumatori.

[18] Il Golfo di Aden è un'area marina di importanza strategica internazionale situata al largo delle coste della Somalia ed ha un'estensione di circa 2,5 milioni di chilometri

Ciò per varie ragioni.

In primo luogo, va considerato il contesto politico in cui versa lo Stato somalo.

Si tratta di un paese spaccato in più parti: da una parte il potere centrale, costituito da un governo transitorio, che dispone dell'appoggio della Comunità internazionale ma che, in buona sostanza, non è in grado di controllare il territorio e detiene soltanto il controllo della capitale Mogadiscio, mentre, dall'altra, le varie milizie che controllano il resto del territorio[19].

È naturale, pertanto, come in questo contesto trovi terreno fertile il continuo fiorire di gruppi[20], più o meno organizzati, che mirano a procurarsi ingenti capitali attraverso il compimento di azioni criminose a danno delle navi che attraversano quelle acque senza peraltro subire un'azione di contrasto dall'interno del territorio somalo da parte dello Stato centrale.

In secondo luogo, come già detto, nonostante il fenomeno risulti in massima parte circoscritto nell'ambito di una precisa area geografica, riesce difficile per gli Stati interessati porre in essere efficaci misure di contrasto in grado di coprire interamente un'area marina assai vasta, che si estende sostanzialmente da Gibuti sino alle coste del Kenya[21].

Infine, sussistono alcune specifiche problematiche inerenti l'applicazione delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay del 1982 al fenomeno della pirateria moderna e, soprattutto, al peculiare caso della pirateria in Somalia, che inducono a dubitare dell'efficacia degli strumenti attualmente offerti dal diritto internazionale per contrastare la pi-

quadrati. Esso rappresenta una zona di importanza strategica fondamentale per i traffici marittimi, soprattutto per quelli che si svolgono fra l'Europa e l'Asia, ed è attraversato ogni anno da oltre 25.000 navi.

[19] Il centro-sud del paese è dominato dall'Unione delle Corti islamiche mentre al nord si trovano alcune «aggregazioni» (Somaliland, Puntland) che si proclamano Stati autonomi pur non essendo mai stati riconosciuti come tali a livello internazionale.

[20] I pirati somali sono per lo più *ex* pescatori che, a causa dello sfruttamento ittico delle acque somale da parte di altri Stati e in ragione del progressivo inquinamento delle stesse, dovuto anche al continuo flusso di navi che attraversano quelle acque, hanno abbandonato l'attività di pesca, considerata oramai non più redditizia, per dedicarsi alla pirateria. Non mancano, tuttavia, elementi per ritenere che alcuni gruppi dediti alla pirateria in realtà facciano capo ad organizzazioni di livello superiore che in tal modo finanziano altre loro attività criminali.

[21] Oltre a navi della flotta statunitense e di Paesi vari europei sono presenti nell'area navi cinesi, russe, indiane e quelle di altri Stati sono in arrivo. Si tratta di uno sforzo militare assai costoso sia per il valore intrinseco dei mezzi navali impiegati che per i costi di mantenimento per non brevi periodi in quelle acque.

rateria nei suoi più recenti ed attuali sviluppi[22].

In effetti, se all'epoca in cui furono concepite le disposizioni offerte in un primo momento dalla Convenzione di Ginevra del 1958 e, successivamente, dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, la pirateria poteva essere considerata quale fenomeno criminale a se stante, da affrontare con una chiave di lettura nettamente separata rispetto ad altre fattispecie delittuose, oggigiorno l'assetto di (e le finalità perseguite da) tali azioni criminali è sostanzialmente mutato. Inoltre i contorni di tale fenomeno non appaiono quasi mai così ben delineati e precisi da essere senza difficoltà ricondotti alla richiamata normativa internazionale, bensì, al contrario, gli episodi criminali etichettati come «pirateria» tendono a confondersi ed a sovrapporsi con altri di pari stampo, il che può ingenerare - in presenza di disposizioni di diritto internazionale cristallizzate nell'individuazione di fattispecie astratte che non si attagliano perfettamente ai casi concreti che hanno assunto un diverso e rinnovato assetto - notevoli difficoltà interpretative e/o applicative allorquando si tratti poi di intervenire.

## 3. *Recenti episodi di pirateria*

Per rendersi conto della gravità (e dell'attualità) del fenomeno appare sufficiente considerare, a titolo puramente esemplificativo, fra i numerosi episodi di pirateria verificatisi negli ultimi anni, alcuni di quelli accaduti proprio nel periodo più recente.

Il 30 settembre 2008 veniva sequestrata dai pirati la nave mercantile ucraina «Faina», con a bordo un carico di decine di carri armati T-72 ed altre armi pesanti e munizioni, cui faceva seguito la richiesta di pagamento di venti milioni di dollari di riscatto.

La nave veniva poi rilasciata il 5 febbraio 2009 a seguito del versamento di circa tre milioni di dollari.

Il 15 novembre 2008 veniva sequestrata la superpetroliera saudi-

[22] Cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, cit., pp. 16-17. Il concetto di pirateria offerto dalla Convenzione di Montego Bay richiede che le azioni criminali in esame siano rivolte esclusivamente a finalità di violenza o di depredazione privata, senza alcun collegamento con scopi dimostrativi, politici o terroristici. Alla luce di quanto accade in Somalia può sorgere il ragionevole dubbio che i pirati possano avere l'interesse al mantenimento di una situazione di incertezza politica nel Paese e, quindi, possano destinare una parte dei loro proventi illeciti per attività volte a sovvenzionare i ribelli o al contrasto via mare di aiuti umanitari destinati alle popolazioni locali.

ta «Sirius Star», presa d'assalto a circa 450 miglia a sud-est di Mombasa (Kenya)[23], cui aveva fatto seguito una prima richiesta di riscatto di circa trenta milioni di dollari e persino la minaccia, in caso di mancato accoglimento della richiesta, di cagionare danni ambientali dalle conseguenze disastrose. La petroliera saudita è stata poi rilasciata dopo cinquantacinque giorni di trattative e dietro il pagamento di un riscatto di alcuni milioni di dollari[24].

L'11 aprile 2009, a circa 60 miglia da Aden, nel tratto di mare tra la Somalia e lo Yemen, veniva sequestrato il rimorchiatore «Buccaneer», battente bandiera italiana. A bordo della nave al momento del sequestro vi era un equipaggio composto da sedici persone, di cui dieci di nazionalità italiana[25].

Il 25 aprile 2009 un gruppo di pirati somali a bordo di una piccola imbarcazione apriva il fuoco con fucili kalashnikov nei confronti della nave da crociera «Melody» al largo delle Seychelles, a circa 180 miglia a nord di Port Victoria ed a circa 600 miglia dalle coste della Somalia[26].

Tra il 29 ed il 30 aprile 2009 la nave mercantile italiana «Jolly Smeraldo» sfuggiva a tre attacchi da parte di pirati mentre navigava a circa 300 miglia a sud-est di Mogadiscio[27].

Nelle prime ore del mattino del 2 maggio 2009 la nave «Ariana», bat-

[23] La petroliera saudita, del valore di circa centottantacinque milioni di dollari, trasportava un carico di greggio pari a circa due milioni di barili, per un valore stimato di oltre centodieci milioni di dollari.

[24] Si è trattato di uno dei sequestri più eclatanti ed audaci della storia della pirateria mondiale. A cominciare dall'azione con cui la petroliera era stata sequestrata: quattro motoscafi avevano circondato l'ammiraglia della flotta saudita della lunghezza di circa 330 metri. L'annuncio della soluzione della vicenda era poi stato dato dagli stessi pirati, arroccati nella baia di Eyl, sulla penisola del Puntland, la regione estrema del Corno d'Africa, là dove l'Oceano Indiano piega a ovest ed apre il Golfo di Aden, che avevano comunicato il rilascio della petroliera e dell'equipaggio che aveva ripreso il largo dalle coste somale, all'incirca all'altezza del piccolo villaggio di Harardhere, dove era rimasta all'ancora per quasi due mesi.

[25] Allo stato il sequestro della nave «Buccaneer» non è stato ancora risolto e sono in corso trattative per il rilascio della nave e dell'equipaggio.

[26] L'attacco sferrato dai pirati in questo caso falliva grazie alle efficaci manovre diversive anti-abbordaggio, condotte in parte anche a luci spente, ordinate dal comandante della nave ed all'intervento del personale della *security* presente a bordo che rispondeva al fuoco ed utilizzava il getto d'acqua proveniente dagli idranti anti-incendio. In questo episodio appare evidente che i pirati, avendo sferrato l'attacco in pieno oceano a bordo di un gommone di modeste dimensioni, dovevano necessariamente avvalersi dell'appoggio di una nave in zona.

[27] Anche in questo caso i pirati si trovavano a bordo di una piccola imbarcazione ed aprivano il fuoco contro il mercantile che riusciva ad evitare l'abbordaggio mettendo in pratica manovre diversive ed azionando gli idranti.

tente bandiera maltese, veniva sequestrata da pirati somali a nord delle coste del Madagascar lungo la rotta per il Medio Oriente.

Alle prime luci dell'alba del 5 maggio 2009 la nave battente bandiera italiana «Neverland», diretta in India, veniva attaccata dai pirati e sfuggiva al sequestro grazie all'intervento di un elicottero levatosi in volo dalla Fregata della Marina militare italiana «Maestrale» prontamente intervenuta dopo aver ricevuto la richiesta di soccorso inoltrata via radio dal comandante alle navi da guerra presenti nell'area del Golfo di Aden.

Il 22 maggio 2009, ancora una volta durante le prime ore del mattino, una piccola imbarcazione con alcuni pirati somali a bordo sferrava un attacco alla nave mercantile «Maria K» battente bandiera di San Vincent e Grenadine (Isole dei Caraibi) nelle acque del Golfo di Aden.

Anche in questo caso il sequestro veniva evitato grazie all'intervento dei militari italiani del reggimento San Marco operanti a bordo della Fregata «Maestrale», di stanza in quelle acque nell'ambito della missione europea «Atalanta» contro la pirateria, che ha risposto alla richiesta di soccorso trasmessa dal mercantile ed ha inviato in pochi minuti un elicottero AB-212 e, subito dopo, delle imbarcazioni di supporto con personale militare a bordo.

Quest'ultimo episodio appare particolarmente significativo in quanto, per la prima volta, i militari italiani impegnati nell'operazione «Atalanta», volta al contrasto alla pirateria nel Corno d'Africa, hanno proceduto, su autorizzazione della Procura della Repubblica di Roma[28], all'arresto dei somali rinvenuti a bordo dell'imbarcazione pirata[29].

Naturalmente quelli sopra indicati rappresentano soltanto alcuni dei più recenti episodi di pirateria, in quanto l'elenco potrebbe ancora continuare.

[28] I militari italiani, sventato l'attacco, hanno ottenuto l'autorizzazione dal comando missione U.E. «Atalanta» di visitare ed ispezionare l'imbarcazione. Ciò ha consentito di reperire a bordo materiale utile a dimostrare lo svolgimento di atti di pirateria. I militari della Fregata «Maestrale», coordinati dalla Procura della Repubblica di Roma (ufficio giudiziario competente ad avviare l'azione penale relativamente a casi di pirateria), sono stati poi autorizzato all'arresto dei somali, che sono stati condotti a bordo della nave da guerra italiana per essere sentiti in videoconferenza dall'autorità giudiziaria italiana e potrebbero essere processati in Italia.

[29] Secondo l'art. 5, comma 4, del d.l. 30 dicembre 2008, n. 209, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 febbraio 2009, n. 12, concernente la proroga della partecipazione italiana alle missioni internazionali, i reati previsti dagli artt. 1135 (pirateria) e 1136 (nave sospetta di pirateria) c. nav. e per quelli ad essi connessi ai sensi dell'art. 12 c.p.p., inclusi i reati a danno dello Stato o dei cittadini italiani che partecipano alla missione di cui all'art. 3, comma 14 (ossia l'operazione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla dissuasione, alla prevenzione ed alla repressione degli atti di pirateria e delle rapine a mano armata al largo della Somalia, denominata «Atalanta», di cui all'azione comune 2008/851/PESC del Consiglio dell'Unione europea del 10 novem-

## 4. *La normativa internazionale: la pirateria quale* delictum juris gentium

La Comunità internazionale, al fine di conseguire l'obiettivo della coesistenza pacifica fra i popoli basata su valori condivisi, ha individuato l'esistenza di interessi protetti a livello internazionale, meritevoli di tutela in quanto patrimonio comune di tutto il genere umano.

Tali intessi, tuttavia, necessitano di sforzi comuni e di cooperazione internazionale per la loro salvaguardia.

Fra gli interessi in rassegna è stata annoverata la libertà di navigazione e di commercio sui mari che può essere posta in serio pericolo da condotte illecite commesse da soggetti più o meno organizzati per il perseguimento di finalità che si pongono in aperto contrasto con tale assetto di interessi comuni alla (e condivisi dalla) collettività mondiale, costituendo violazione di norme di diritto penale internazionale.

La pirateria rientra fra i crimini internazionali contro l'umanità (*delicta juris gentium*)[30] in quanto è un fenomeno criminale che è in grado di arrecare gravi pregiudizi all'intera Comunità internazionale sotto il profilo della libertà dell'alto mare e della sicurezza della navigazione[31], per il pericolo che essa determina per la vita umana, per la libertà di navigazione e per gli interessi economici coinvolti nei traffici marittimi commerciali.

bre 2008), commessi in alto mare o in acque territoriali altrui ed accertati durante la medesima missione, sono puniti ai sensi dell'art. 7 c.p. (reati commessi all'estero da cittadini italiano o da stranieri) e la competenza è attribuita al Tribunale di Roma. In caso di arresto o di fermo, l'art. 5, comma 5, stabilisce che gli arrestati o i fermati possono essere ristretti in appositi locali del vettore militare.

[30] La dottrina internazionalistica afferma l'esistenza di un principio generale di diritto internazionale riconosciuto da tutti gli Stati civili volto alla repressione della pirateria. Sull'argomento, v. G. Sperduti, *Crimini internazionali*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1962, p. 345.

[31] Oggigiorno il settore dei trasporti marittimi appare senza dubbio uno dei settori strategici dell'economia mondiale che meglio si presta ad illecite interferenze esterne. Come è noto, fino a non molti anni addietro l'attenzione degli operatori del settore era focalizzata sulla sicurezza della navigazione intesa in senso tecnico, ossia quale prevenzione di incidenti e riduzione delle relative conseguenze (cd. *safety*). Da alcuni anni a questa parte, invece, si è guadagnata la consapevolezza che, a seguito dei rischi legati alle tensioni internazionali ed al rifiorire del fenomeno della pirateria, anche una nave può rappresentare una potenziale pericolo per la collettività qualora venga ad essere presa di mira da parte di gruppi terroristici o, per quanto maggiormente rileva in questa sede, di pirati. Per tali ragioni, accanto alla sicurezza in senso tecnico si è reso necessario introdurre misure dirette a proteggere il veicolo ed il suo carico, costituito da persone e cose, da attacchi di carattere esterno (cd. *security*). Mentre nel nostro vocabolario il termine «sicurezza» assume un contenuto onnicomprensivo, nella terminologia anglosassone è ben nota la distinzione fra *safety* (sicurezza di carattere tecnico e prevenzione di incidenti) e *security* (sicurezza contro atti ostili ed illecite interferenze).

Si tratta di un crimine che lede il fondamentale principio della liberta dell'alto mare e l'interesse alla sicurezza della navigazione comportando, in tal modo, l'universale punibilità del pirata, ossia la sua sottoposizione, quale *communis hostis omnium* o *hostis umani generis*, alla potestà punitiva di qualunque Stato[32].

Il contrasto alla pirateria è sorto dapprima a livello internazionale consuetudinario e, successivamente, di essa si sono occupate sia la Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 che la Convenzione di Montego Bay del 1982.

Nella qualificazione della pirateria come crimine internazionale operata da entrambe le richiamate convenzioni trova espressione l'esigenza di salvaguardare la libertà dell'alto mare e la sicurezza della navigazione in acque internazionali contro le attività di soggetti che, operando per scopi di carattere privato, si rendono responsabili di tali condotte.

Per tali ragioni, come già faceva la precedente Convenzione di Ginevra, la Convenzione di Montego Bay contempera i tradizionali principi della libertà di navigazione in alto mare (artt. 87 e 90) e della giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera nei confronti delle navi nazionali (art. 92) con alcune disposizioni volte a reprimere condotte illecite rilevanti sul piano internazionale[33], consentendo a qualunque Stato di intervenire in alto mare per reprimere tali condotte criminali (tra le quali rientra, appunto, la pirateria) riferibili a qualsiasi nave, indipendentemente dalla sua nazionalità e da quella dei soggetti presenti a bordo individuati come responsabili (o presunti tali).

Inoltre, dall'esame delle disposizioni in materia, appare evidente come la Convenzione di Montego Bay del 1982 sia intervenuta sul fenomeno in esame con un approccio più fermo e deciso rispetto alla precedente Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958, che pure dedicava all'argomento il medesimo numero di articoli[34], sebbene anch'essa pare oggigiorno rivelarsi non del tutto sufficiente a fronteggiare il fenomeno della pirateria nel suo moderno atteggiarsi ed in relazione alle sue attuali caratteristiche.

[32] Cfr. G. Sperduti, *Crimini internazionali*, cit., p. 345.

[33] Per esempio, il divieto di trasporto degli schiavi (art. 99), la pirateria (art. 100 ss.), il traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope (art. 108), le trasmissioni non autorizzate dall'alto mare (art. 109).

[34] Cfr. artt. da 14 a 21 della Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958.

## 5. *Le disposizioni della Convenzione di Montego Bay del 10 dicembre 1982*

Alla pirateria, come già accennato, la Convenzione di Montego Bay del 1982, al pari di quella di Ginevra del 1958[35], dedica otto disposizioni normative (artt. da 100 a 107).

Nell'esaminare tali disposizioni può essere utile porle a confronto con quelle della precedente Convenzione del 1958.

Secondo l'art. 100 tutti gli Stati sono obbligati a collaborare alla repressione della pirateria[36].

Tale norma delinea il carattere internazionale dell'illecito in esame e la sua perseguibilità da parte di ogni Stato, quale che sia l'area geografica in cui esso risulti commesso.

Quanto alla definizione di pirateria ed all'individuazione degli atti costituenti tale condotta delittuosa, la Convenzione di Montego Bay vi provvede all'art. 101, secondo il quale «*Piracy consists of any of the following acts: (a) any illegal acts of violence or detention, or any act of depredation, committed for private ends by the crew or the passengers of a private ship or a private aircraft, and directed: (i) on the high seas, against another ship or aircraft, or against persons or property on board such ship or aircraft; (ii) against a ship, aircraft, persons or property in a place outside the jurisdiction of any State; (b) any act of voluntary participation in the operation of a ship or of an aircraft with knowledge of facts making it a pirate ship or aircraft; (c) any act of inciting or of intentionally facilitating an act described in subparagraph (a) or (b)*»[37].

[35] Per una analisi degli artt. 14 ss. della Convenzione di Ginevra sull'alto mare, cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 580 ss.

[36] Cfr. art. 100 della Convenzione Montego Bay del 1982, secondo il quale «Tutti gli Stati esercitano la massima collaborazione per reprimere la pirateria nell'alto mare o in qualunque altra area che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato». La disposizione in esame assume senza dubbio un taglio più deciso rispetto alla disposizione programmatica recata dall'art. 14 della Convenzione di Ginevra del 1958, secondo il quale «Ogni Stato deve cooperare, nei limiti del possibile, alla repressione della pirateria sia in alto mare sia in altri posti privi di giurisdizione».

[37] Secondo l'art. 101 della Convenzione Montego Bay del 1982 «Si intende per pirateria uno qualsiasi degli atti seguenti: a) ogni atto illecito di violenza o di sequestro, o ogni atto di rapina, commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati, e rivolti: i) nell'alto mare, contro un'altra nave o aeromobile o contro persone o beni da essi trasportati; ii) contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato; b) ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile, commesso nella consapevolezza di fatti tali da rendere i suddetti mezzi nave o aeromobile pirata; c) ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale a commettere gli atti descritti alle lettere a) o b)». 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, è pubblicata in Gazzetta Ufficiale, supplemento ordinario, del 19 dicembre 1994, n. 295.

L'articolo in esame riproduce con alcune variazioni il testo dell'art. 15 della Convenzione di Ginevra del 1958.

L'elemento materiale del delitto in questione è costituito dal compimento di qualsiasi atto illecito di violenza, di sequestro o di rapina commesso a fini privati dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile privati contro un'altra nave o aeromobile o contro le persone oppure i beni da essi trasportati, nonché ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave o di un aeromobile commesso nella consapevolezza che si tratti di fatti tali da rendere i suddetti veicoli quali nave o aeromobile pirata, nonché ogni azione che sia di incitamento o di facilitazione intenzionale alla realizzazione delle predette condotte.

L'art. 102 della Convenzione di Montego Bay prende poi in considerazione gli atti di pirateria commessi da una nave da guerra o da una nave o da un aeromobile di Stato i cui equipaggi si siano ammutinati ed abbiano assunto il controllo del veicolo, equiparandoli agli atti commessi da veicoli privati[38].

L'articolo in esame riproduce con alcune variazioni il testo dell'art. 16 della Convenzione di Ginevra del 1958.

Dalla lettura della disposizione si evince che non possono commettere atti di pirateria le navi (o gli aeromobili) da guerra o di Stato. Ove ciò avvenga in ragione dell'ammutinamento dell'equipaggio che assuma il controllo del veicolo quest'ultimo viene assimilato a quelli privati. Ciò al fine di scindere la responsabilità dello Stato di bandiera della nave o dell'aeromobile da quella personale dei soggetti che si sono ammutinati.

L'art. 103 fornisce, poi, la definizione di nave o di aeromobile pirata[39] riproducendo il testo dell'art. 17 della Convenzione di Ginevra del 1958. Tale disposizione identifica il soggetto attivo del delitto in esame e considera navi o aeromobili pirata sia quelle in cui l'equipaggio che ne abbia il controllo intenda servirsene allo scopo di commettere gli atti indicati all'art. 101 (anche se in concreto tali azioni non siano state ancora portate a compimento) che quelli il cui equipaggio abbia concretamente posto in essere gli atti di pirateria.

[38] Cfr. art. 102 della Convenzione di Montego Bay del 1982: «Gli atti di pirateria di cui all'articolo 101, commessi da una nave da guerra, oppure da una nave o da un aeromobile di Stato, il cui equipaggio si sia ammutinato e abbia preso il controllo della nave o dell'aeromobile, sono assimilati agli atti commessi da navi o aeromobili privati».

[39] Cfr. art. 103 della Convenzione Montego Bay del 1982: «Una nave o un aeromobile sono considerati nave o aeromobile pirata se le persone che ne hanno il controllo intendono servirsene per commettere uno degli atti descritti all'articolo 101. Lo stesso vale se la nave o l'aeromobile sono stati impiegati per commettere uno di tali atti, fintanto che restano sotto il controllo delle persone che di essi si sono rese colpevoli».

L'art 104 disciplina la conservazione o la perdita della nazionalità da parte di navi o aeromobili pirata[40], riproponendo il testo dell'art. 18 della Convenzione di Ginevra del 1958.

La nave o l'aeromobile, quindi, non perdono la propria nazionalità nonostante abbiano commesso atti di pirateria ed assumano la qualifica di veicoli pirata[41].

L'art. 105 fa riferimento al sequestro di navi o di aeromobili pirata[42].

L'articolo in esame riproduce il testo dell'art. 19 della Convenzione di Ginevra del 1958.

Ogni Stato in alto mare può sequestrare un veicolo pirata ed arrestare le persone che si trovano a bordo, che restano assoggettate alle sanzioni comminate dai competenti organi giurisdizionali dello Stato che ha disposto il sequestro.

L'art. 106 disciplina la responsabilità per sequestri infondati[43] e riproduce il testo dell'art. 20 della Convenzione di Ginevra del 1958.

Infine, l'art. 107 chiarisce quali siano le navi e gli aeromobili autorizzati ad effettuare sequestri per atti di pirateria[44].

L'articolo in esame ripropone con alcune variazioni, dovute alla equiparazione fra navi da guerra e navi di Stato operata dalla Conven-

[40] Cfr. art. 104 della Convenzione di Montego Bay del 1982: «Le navi e gli aeromobili possono conservare la propria nazionalità anche nel caso che abbiano commesso atti di pirateria. La conservazione o la perdita della nazionalità vengono sancite dalla legge dello Stato che ha concesso la nazionalità».

[41] Ne consegue che la nave o l'aeromobile sono considerati veicoli pirata fino a quando essi rimangano nella disponibilità e sotto il controllo di coloro che abbiano commesso gli atti di pirateria mentre, invece, perdono tale qualifica nel momento in cui tornino sotto il pieno controllo delle autorità dello Stato di bandiera. In tale ultima evenienza, il veicolo perde la qualifica di pirata e, dunque, non può più essere sottoposto ad interventi oppure a cattura da parte di navi di Stato o di navi da guerra appartenenti ad altre nazioni.

[42] Cfr. art. 105 della Convenzione di Montego Bay del 1982: «Nell'alto mare o in qualunque altro luogo fuori della giurisdizione di qualunque Stato, ogni Stato può sequestrare una nave o aeromobile pirata o una nave o aeromobile catturati con atti di pirateria e tenuti sotto il controllo dei pirati; può arrestare le persone a bordo e requisirne i beni. Gli organi giurisdizionali dello Stato che ha disposto il sequestro hanno il potere di decidere la pena da infliggere nonché le misure da adottare nei confronti delle navi, aeromobili o beni, nel rispetto dei diritti dei terzi in buona fede».

[43] Cfr. art. 106 della Convenzione di Montego Bay del 1982: «Quando il sequestro di una nave o aeromobile sospettati di pirateria è stato effettuato sulla base di prove insufficienti, lo Stato che ha disposto il sequestro è responsabile, di fronte allo Stato di cui la nave o aeromobile hanno la nazionalità, di qualunque perdita o danno causato da tale sequestro».

[44] Cfr. art. 107 della Convenzione di Montego Bay del 1982: «Un sequestro per atti di pirateria può essere effettuato solo da parte di navi da guerra o aeromobili militari, oppure da altri tipi di navi o aeromobili che siano chiaramente contrassegnati e riconoscibili quali mezzi in servizio di Stato, e siano autorizzati a tali operazioni».

zione di Montego Bay, il testo dell'art. 21 della Convenzione di Ginevra del 1958.

Soltanto le navi e gli aeromobili di Stato e, in primo luogo, le navi da guerra[45] e gli aeromobili militari, possono condurre operazioni ed interventi volti al contrasto della pirateria e possono operare un sequestro per atti di pirateria.

## 6. *Gli atti di pirateria*

Quale che sia la definizione formale che si voglia dare al fenomeno della pirateria essa assume, dal punto di vista sostanziale, un contenuto univoco, consistente in atti di violenza, sequestro o rapina effettuati in alto mare o in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato nei confronti di una nave appartenente a qualsiasi Stato[46].

La pirateria costituisce un crimine alla cui caratterizzazione concorrono varie circostanze: di consistere in attività di soggetti non operanti al servizio di uno Stato, di essere un crimine compreso nel più ampio concetto di offesa alla liberta dell'alto mare ed alla sicurezza della navigazione, di comportare l'universale punibilità del pirata, ossia la sottoposizione del pirata, quale *hostis omnium*, alla potestà punitiva di qualunque Stato[47].

Secondo la definizione fornita dalla Convenzione di Montego Bay e già esaminata la pirateria consiste in qualsiasi atto illecito di violenza, di sequestro o di rapina, commesso a fini privati in alto mare dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave privata (o di una nave pubblica il cui equipaggio si sia ammutinato e compia tali atti diretti contro un'altra nave o contro le persone o i beni sulla stessa trasportati).

Rientra inoltre nel concetto di pirateria ogni atto di partecipazione volontaria alle attività di una nave pirata ed ogni azione che sia di inci-

[45] Sul concetto di nave da guerra, mi permetto di rinviare a G. Reale, *Il concetto di nave da guerra e la sua applicabilità alle unità navali della Guardia di Finanza*, cit., p. 347 ss.

[46] Connotazione essenziale per la configurazione del delitto di pirateria quale offesa *iuris gentium* è la determinazione di un danno a tutti gli Stati indistintamente. Da quanto precede ne consegue che non possono essere considerati crimini con caratteristiche di universalità gli atti di pirateria commessi esclusivamente nei riguardi delle navi di un solo Stato, difettando in tal caso tale specifico requisito, ossia l'universalità del danno contro cui la collettività internazionale deve essere protetta. In tal senso, Carlston, *Word Order and International Law*, 1967, citato da M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 581.

[47] Cfr. G. Sperduti, *Crimini internazionali*, cit., p. 345.

tamento o di facilitazione intenzionale al compimento delle attività illecite sopra individuate.

Dal contenuto letterale dell'art. 101 della Convenzione risultano gli elementi costitutivi della fattispecie:

a) la condotta posta in essere deve consistere in uno o più atti di violenza, di sequestro o di rapina[48];
b) i pirati devono agire per finalità private[49];
c) i soggetti attivi della condotta contemplata dalla norma sono l'equipaggio o i passeggeri di una nave o di un aeromobile privati[50];
d) la fattispecie richiede la presenza di almeno due navi[51], ossia la nave

[48] Le diverse condotte indicate dalla disposizione in esame consentono di ritenere concretizzata l'ipotesi delittuosa non soltanto nel caso in cui tali condotte siano finalizzate a depredare altre navi o le persone ivi trasportate per appropriarsi di beni oppure a richiedere il pagamento di una somma a titolo di riscatto ma la fattispecie si concretizza anche nel caso in cui la condotta contemplata dalla norma sia compiuta per un fine diverso, quale potrebbe essere quello dettato dall'odio o dallo spirito di vendetta.

[49] Gli atti di pirateria devono essere realizzati per finalità private. Pertanto, non rientra fra gli atti di pirateria l'impossessamento o la depredazione di una nave commessi per scopi propagandistici, dimostrativi, politici o per finalità terroristiche. Sul punto, cfr. G. Sperduti, *Crimini internazionali*, cit., p. 345, secondo il quale si tratta di un crimine alla cui caratterizzazione concorrono varie circostanze, fra cui quella di consistere in attività di equipaggi o di persone di mare che non agiscono al servizio di uno Stato. Non possono quindi rientrare nella pirateria le azioni violente condotte in tempo di guerra da navi private contro navi da guerra o navi private degli Stati nemici. In questo caso gli equipaggi aggressori che fossero catturati dovrebbero essere considerati criminali di guerra. Sul punto, cfr. N. Ronzitti, *Pirateria (diritto vigente)*, cit., p. 914.

[50] A tali soggetti viene equiparato l'equipaggio di una nave da guerra (o di un aeromobile di Stato) che si sia ammutinato e ponga in essere le condotte contemplate dalla norma. Sia l'art. 102 della Convenzione di Montego Bay del 1982 che l'art. 16 della precedente Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 escludono che atti di pirateria possano essere commessi da una nave da guerra che sia sotto il controllo dello Stato. Secondo entrambe le convenzioni l'equipaggio che si sia ammutinato e si sia impadronito di una nave da guerra o militare è considerato a tutti gli effetti come equipaggio di una nave privata. Appare evidente la *ratio* delle disposizioni in esame, che mirano a dissociare la responsabilità dello Stato di cui la nave pubblica batte la bandiera dalle azioni di depredazione e violenza che siano state poste in essere dall'equipaggio ammutinatosi.

[51] Pertanto, non rientra nel concetto di pirateria l'ipotesi di ammutinamento dell'equipaggio o di impossessamento con la forza di una nave da parte di persone che già si trovano a bordo della stessa. Nell'azione piratesca esistono sempre due soggetti: l'aggressore e l'aggredito. Dal requisito della duplicità delle navi o degli aeromobili si prescinde nel caso previsto dall'art. 101, lett. a), della Convenzione di Montego Bay che riguarda l'ipotesi di pirateria commessa «contro una nave o un aeromobile, oppure contro persone e beni, in un luogo che si trovi fuori della giurisdizione di qualunque Stato». Si tratta di atti di violenza, di sequestro o di rapina commessi sempre dall'equipaggio o dai passeggeri di una nave o di un aeromobile contro persone e beni che si trovino in un territorio non appartenente a nessuno Stato.

pirata e la nave oggetto dell'attacco[52];

e) la pirateria deve essere compiuta in alto mare[53] o in un'area non soggetta alla giurisdizione di alcun Stato[54].

Da quanto precede appare evidente come la nozione di pirateria offerta dalla Convenzione di Montego Bay risulti piuttosto ristretta e, sotto alcuni profili, non completamente idonea a fronteggiare efficacemente il fenomeno della pirateria nel suo moderno atteggiarsi.

Alla luce delle disposizioni normative esaminate risulta evidente che gli atti di pirateria possono essere commessi anche fra aeromobili.

In tal caso, per la configurazione della fattispecie criminosa, è sem-

[52] La nave aggredita dai pirati può essere sia una nave privata che una nave pubblica o da guerra.

[53] Quanto alla localizzazione degli atti di pirateria la Convenzione di Montego Bay, al pari della Convenzione di Ginevra, stabilisce che essi possono essere commessi in alto mare o in un'area non soggetta alla giurisdizione di alcuno Stato. Per consolidata giurisprudenza la pirateria è un crimine che può essere commesso in alto mare. Pertanto, si rende necessario identificare il concetto di alto e quali siano esattamente le aree marine ad esso riconducibili. Sulla giurisprudenza in materia, v. N. Ronzitti, *Pirateria (diritto vigente)*, cit., p. 915 ss. Per l'identificazione dell'alto mare, v. artt. 86 ss. della Convenzione di Montego Bay.

[54] La seconda delle due ipotesi contemplate assume certamente poco rilievo. In realtà, oggigiorno sussistono serie difficoltà nella individuazione di zone che non rientrino nella giurisdizione di alcuno Stato. La problematica potrebbe sorgere con riferimento ad alcune aree glaciali che, a seconda dei casi, potrebbero essere considerate zone di alto mare oppure aree non soggette ad alcuna giurisdizione statuale. A seconda dei casi e della qualifica che a dette zone si intenda riconoscere ne deriva un diverso contenuto del delitto piratico, che nella prima ipotesi esige il requisito della duplicità delle navi (l'aggredito e l'aggressore) che, invece, non appare necessario nella seconda ipotesi alla luce di quanto disposto dall'art. 101, lett. a), della Convenzione di Montego Bay. Quanto ai territori dell'Antartico essi sono considerati un territorio non sottoposto alla giurisdizione di alcuno Stato, per cui gli atti compiuti contro persone o beni che ivi si trovino da parte di navi o aeromobili deve essere considerato atto di pirateria. Infine, non possono essere confuse con la pirateria quale delitto *iuris gentium* quelle condotte violino norme ed obblighi derivanti dall'ordinamento interno dello Stato. In particolare, non possono essere considerate come pirateria quelle condotte che, in violazione della normativa internazionale che assicura la protezione degli stranieri, attentino alla sicurezza della navigazione all'interno del mare territoriale o concretino contro gli stranieri un qualsiasi atto violento di spoliazione portato sulle coste o nelle acque interne dello Stato. I fatti delittuosi potranno anche essere qualificati come pirateria da parte dello Stato costiero nelle cui acque essi siano stati commessi, ma in tal caso non è ravvisabile la pirateria *iuris gentium* bensì una ipotesi di pirateria «per analogia», dovendosi intendere come tale quelle condotte che vengono considerati, per accordo internazionale o dalla normativa interna di uno Stato, come pirateria pur non possedendone le peculiari caratteristiche. Tali comportamenti, che non vengono qualificati come pirateria dalla normativa internazionale consuetudinaria, in linea di massima vengono sanzionati dalla legislazione interna dei singoli Stati. Sul Punto, cfr. R. Sandiford, *Pirateria*, cit., p. 109; M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 579.

pre essenziale la realizzazione della condotta contemplata dalla normativa e la necessaria compresenza di un soggetto aggressore e di un soggetto aggredito.

Vi sono, poi, dei fatti che molto spesso nel linguaggio comune risultano impropriamente ricondotti alla pirateria, mentre in realtà essi concretizzano altre fattispecie delittuose.

Non rientrano, ad esempio, nel concetto di pirateria in senso proprio i casi di dirottamento di aeromobili[55].

Non pare che possa rientrare nel novero della pirateria neppure l'ipotesi di navi o aeromobili i cui equipaggi si ribellino all'autorità dello Stato di bandiera e muovano con tali mezzi contro lo Stato stesso[56].

Infine, non rientrano nell'ambito della pirateria né l'ipotesi dell'ammutinamento dell'equipaggio avvenuto a bordo di una nave[57] e neppure la cd. tratta degli schiavi[58].

Nel primo caso, infatti, anche se l'equipaggio si impossessi del controllo della nave non si è (necessariamente) in presenza di un atto di pirateria[59], poiché gli atti di ribellione o di disobbedienza collettiva dell'equipaggio sono posti in essere a bordo della stessa nave cui è imbarcato l'equipaggio che si è insubordinato, mentre l'atto di pirateria implica una azio-

[55] Alla luce della normativa sulla pirateria in precedenza esaminata, non rientrano nel concetto di pirateria in senso proprio i casi di dirottamento di aeromobili, imputati nel comune linguaggio ai cd. pirati dell'aria. Impropriamente, infatti, essi vengono spesso qualificati come pirateria aerea quando in realtà essi costituiscono veri e propri attentati alla sicurezza della navigazione aerea e sono disciplinati da apposite convenzioni internazionali (Convenzione di Tokio del 14 settembre 1963 sui reati commessi a bordo di aeromobili, Convenzione dell'Aia del 16 dicembre 1970 relativa alla repressione della cattura illecita di aeromobili, Convenzione di Montreal del 23 settembre 1971 su la repressione degli atti illeciti rivolti contro la sicurezza dell'aviazione civile).

[56] La prassi internazionale sembra non propensa a riconoscere la qualifica di pirati agli insorti che abbiano armato navi o aeromobili contro lo Stato. Sul tema, cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 582.

[57] Come è noto, costituisce ammutinamento qualsiasi atto di ribellione o di rifiuto di obbedienza da parte dell'equipaggio di una nave privata agli ordini provenienti dal comandante della stessa. Ipotesi diversa di ammutinamento è quella contemplata dall'art. 175 c.p.m.p., che esige che il fatto sia commesso in ambiente militare, da parte di militari nei confronti dei loro superiori, con le modalità indicate dalla richiamata norma incriminatrice.

[58] Cfr. art. 99 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

[59] In tal senso, cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., pp. 579-580. La rivolta dell'equipaggio di nave mercantile è considerata atto di pirateria da R. Sandiford, *Pirateria*, cit., p. 110, ma l'opinione appare in contrasto con il carattere di internazionalità del crimine di pirateria, così come contemplato dapprima dalla Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 e, successivamente, dalla Convenzione di Montego bay del 1982, come fatto aggressivo e lesivo di diritti universalmente protetti.

ne violenta di depredazione o di impossessamento da parte dei soggetti imbarcati su una nave nei confronti di un'altra nave[60].

All'ammutinamento può eventualmente seguire il compimento di atti di pirateria da parte degli ammutinati, ma le due fattispecie vanno tenute nettamente distinte fra loro.

Nell'ipotesi di tratta degli schiavi, infine, la nave che ne sia responsabile pone in essere una condotta che esula del tutto da quella presa in considerazione dalle norme volte a reprimere la pirateria, essendo del tutto assente qualsiasi azione di aggressione, di depredazione tramite violenza e, in generale, qualsiasi attività che costituisca attentato alla libertà di navigazione e alla sicurezza dei traffici marittimi.

## 7. *I poteri degli Stati nel contrasto al fenomeno della pirateria*

Prima di esaminare i poteri attribuiti agli Stati per contrastare la pirateria appare necessario soffermarsi brevemente sulla posizione giuridica rivestita dalle navi in alto mare.

Al riguardo, in linea generale, in acque internazionali le navi, siano esse pubbliche o private, sono sottoposte alla giurisdizione esclusiva dello Stato di bandiera (art. 92 ss. Conv. Montego Bay).

Le navi pubbliche, tuttavia, a differenza di quelle private, godono di un peculiare *status* e di determinati poteri.

La Convenzione di Montego Bay, operando una equiparazione fra nave da guerra e nave in servizio di Stato, ha ampliato la cerchia delle navi legittimate ad avvalersi di alcune particolari prerogative[61], nonché ad esercitare alcuni poteri[62] nei confronti di navi private straniere in acque internazionali. 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[63].

[60] Pertanto, in caso di ammutinamento, gli ammutinati rimangono soggetti alla giurisdizione dello Stato di bandiera della nave, mentre, in presenza di atti di pirateria, qualunque Stato è legittimato ad intervenire.

[61] P. es. immunità assoluta in alto mare (artt. 95 e 96).

[62] P. es. il diritto di visita (art. 110) ed il diritto di inseguimento (art. 111).

[63] L'unica eccezione, come già accennato, è costituita proprio dal compimento di atti di pirateria da parte dell'equipaggio di una nave pubblica, che per il diritto internazionale determina la sua assimilazione ad una nave privata al fine di consentire la repressione di tale attività illecita da parte di tutti gli Stati. La soluzione trova la sua evidente giustificazione in considerazione del venir meno di ogni effettivo controllo sulla nave pubblica in questione da parte dello Stato di bandiera.

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 dunque 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, proprio in ipotesi di delitti particolarmente gravi, comunemente indicati quali *crimina juris gentium*[64], 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 private, indipendentemente dallo Stato di bandiera alla cui giurisdizione esse sono, di regola, sottoposte[65].

In definitiva, in presenza di tali azioni delittuose, tra cui come già detto rientra a pieno titolo la pirateria, i soggetti che le praticano perdono la protezione dello Stato di appartenenza in quanto il delitto che viene perpetrato è considerato un illecito di carattere internazionale perseguibile da parte di qualunque Stato.

Si tratta, dunque, di una eccezione rispetto alla regola generale della competenza esclusiva dello Stato della bandiera a giudicare qualsiasi fatto illecito si sia verificato su una propria nave in alto mare.

Le navi da guerra esercitano tali poteri in vario modo.

Innanzitutto, attraverso l'inchiesta di bandiera ed il diritto di visita[66].

[64] Come già visto rientrano in tale categoria la pirateria, la tratta di schiavi, il traffico di sostanze stupefacenti, le trasmissioni non autorizzate dall'alto mare.

[65] Per una disamina dei poteri di polizia delle navi 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.; M. M. Angeloni - A. Senese, *Profili applicativi dei principali istituti del nuovo diritto del mare*, Bari, 2001, p. 7 ss.

[66] 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.

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[67] e dalla presenza costruttiva, che rappresentano forme di intervento dello Stato costiero nei confronti di navi straniere in alto mare[68].

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[69].

[67] 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.

[68] 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.

[69] 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. 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 allorquando 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, salvo l'esistenza di specifici accordi con lo Stato costiero che consentano di procedere nelle

Nel caso specifico della pirateria, ricorrendo i necessari presupposti normativi, tutti gli Stati dispongono di poteri di intervento in alto mare che, in sintesi, consistono:

a) nella possibilità di inseguire la nave pirata, che può essere esercitata soltanto dalle unità navali e dagli aeromobili indicati nell'art. 107;
b) nel fermo della nave pirata, nel controllo dei documenti e nella visita di bordo (art. 110) [70];
c) nel sequestro della nave (o dell'aeromobile) pirata o della nave (o dell'aeromobile) catturati con atti di pirateria e tenuti sotto il controllo dei pirati (art. 105);
d) nell'arresto dei soggetti ritenuti responsabili degli atti di pirateria (art. 105);
e) nella requisizione degli oggetti presenti a bordo della nave pirata (art. 105).

La Convenzione di Montego Bay, come già visto, in presenza di atti di pirateria, autorizza l'intervento in alto mare soltanto di determinate unità navali od aeree (art. 107), il che lascia aperto il dubbio se possa o meno essere considerata legittima la scelta operata da alcune compagnie di navigazione che con le proprie navi devono attraversare le aree marine ad elevato rischio di pirateria di rivolgersi a soggetti privati che esercitano attività nel campo dei servizi di sicurezza affinché questi inviino a bordo della nave proprio personale o, in alcuni casi, facciano da vera e propria scorta alla nave con appositi mezzi nautici, pronti ad intervenire in caso di attacco da parte di pirati.

Al riguardo, si ritiene che, in ossequio al principio generale di legittima difesa[71], una nave privata che subisca un attacco da parte di pirati possa certamente difendersi e, secondo alcuni, persino procedere alla cattura degli stessi, dovendo tuttavia prontamente procedere alla loro consegna ai soggetti autorizzati a tali attività (navi da guerra o aeromobili militari, navi ed aeromobili in servizio di Stato).

acque territoriali altrui. 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.

[70] Ove i sospetti di pirateria si rivelassero poi infondati lo Stato che è intervenuto dovrà risarcire gli eventuali danni arrecati ala nave fermata (art. 110, terzo comma).

[71] Cfr. G. Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, Milano, 1967, p. 353. Il principio di legittima difesa trova riconoscimento all'art. 51 della Carta delle Nazioni Unite, secondo cui un membro dell'O.N.U. che subisca un attacco armato è autorizzato ad usare la forza per respingerlo.

Pertanto, in mancanza dei presupposti della legittima difesa, non pare proprio che navi private possano procedere in alto mare ad azioni di contrasto al fenomeno della pirateria. Ne consegue che, ove fossero svolte attività in questo senso e dovesse poi essere ravvisata l'assenza dei requisiti della legittima difesa, l'attività posta in essere da parte di privati sarebbe da considerarsi illegittima.

## 8. *La pirateria nelle acque territoriali*

Come più volte evidenziato, la Convenzione di Montego Bay disciplina il fenomeno della pirateria in alto mare o nei luoghi che non rientrano nella giurisdizione di alcuno Stato.

Tuttavia, tale fenomeno potrebbe anche svolgersi nelle acque territoriali di un determinato Stato, ossia in un'area marina che, come è noto, rimane sottoposta alla piena sovranità dello Stato costiero[72] ma nella quale quest'ultimo deve comunque garantire alle navi di nazionalità straniera il cd. diritto passaggio inoffensivo[73]. In ipotesi del genere, avendo una nave di bandiera straniera compiuto atti costituenti reato le cui conseguenze si estendono allo Stato costiero, quest'ultimo potrà adoperare gli strumenti previsti dalla propria legislazione nazionale per reprimere tali fatti illeciti di rilevanza penale[74].

Altro discorso, invece, va fatto con riferimento al caso di atti di pirateria compiuti nelle acque territoriali di uno Stato che non disponga dei mezzi per contrastare tale fenomeno o non abbia la volontà di farlo. In tale evenienza, si tratta di stabilire se ed a quali condizioni possa essere eventualmente consentito a navi battenti bandiera di Stati terzi l'ingerenza nelle acque territoriali dello Stato costiero inerte[75].

Pertanto, la possibilità di iniziative volte a contrastare la pirateria nelle acque territoriali di uno Stato terzo si atteggia come una questione particolarmente delicata[76].

Il problema sorge in quanto, come già detto, l'intervento di unità

[72] Cfr. art. 2 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

[73] Cfr. art. 17 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

[74] Cfr. art. 27 della Convenzione di Montego Bay del 1982.

[75] Su queste tematiche, cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, cit., p. 15 ss.

[76] Sul tema, cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, cit., pp. 16-17; A. Caligiuri, *Le misure di contrasto della pirateria nel mare territoriale somalo: osservazioni a margine della Risoluzione* 1816 (2008) del Consiglio di Sicurezza, in *Dir. mar.*, 2008, p. 1506 ss.

navali pubbliche autorizzate ad intervenire in presenza di atti di pirateria non può spingersi oltre il limite costituito dal mare territoriale di pertinenza dei singoli Stati, fatta eccezione per l'ipotesi in cui vi siano specifici accordi in tal senso o, comunque, risulti il consenso di detto Stato o, in ipotesi, sia quest'ultimo a richiedere l'intervento di navi di un altro Stato nelle proprie acque territoriali.

La questione assume rilevo particolare proprio in relazione al caso della pirateria in Somalia in quanto, per cercare di affrontare efficacemente il fenomeno criminale in esame, è apparso quasi subito evidente in seno alle Nazioni Unite la necessità di porre in essere degli interventi da parte della Comunità internazionale non soltanto in alto mare ma anche all'interno delle acque territoriali dello Stato somalo.

Infatti, in mancanza, i pirati potrebbero molto spesso restare impuniti ove riuscissero a rifugiarsi nelle acque territoriali, stante l'incapacità della Somalia, in virtù della già evidenziata sua precaria situazione politica, di reprimere dall'interno il fenomeno criminale in esame.

Per risolvere il problema le Nazioni Unite, dopo aver preso atto dell'incapacità del Governo transitorio somalo di contrastare il fenomeno della pirateria e di garantire la sicurezza della navigazione, pur ribadendo il pieno rispetto per la sovranità della Somalia, hanno giustificato l'intervento delle navi di altri Stati appartenenti all'O.N.U., sia nelle acque territoriali[77] e persino sul territorio somalo[78], sulla base del consenso del Governo transitorio (GFT) manifestato tramite il Rappresentante permanente della Repubblica somala presso le Nazioni Unite al Consiglio di sicurezza dell'O.N.U.[79].

Questo specifico aspetto, non privo di importanti implicazioni sul piano internazionale, lascia emergere delicate problematiche nell'ambito delle quali occorre procedere al contemperamento del tradizionale e fondamentale principio della sovranità dello Stato sul proprio territorio e sulle acque territoriali adiacenti alle coste con l'interesse generale alla sicurezza della navigazione e dei traffici marittimi.

[77] Cfr. Risoluzione O.N.U. 2 giugno 2008, n. 1816.

[78] Cfr. Risoluzione O.N.U. 16 dicembre 2008, n. 1851.

[79] Al fine di evitare che l'intervento di forze appartenenti a Stati facenti capo all'O.N.U. nel mare territoriale e sul territorio stesso della Somalia potesse costituire un pericoloso precedente, in grado di scalfire il fondamentale principio di diritto internazionale della sovranità dello Stato sul proprio territorio e sulle proprie acque territoriali, le Nazioni Unite hanno stabilito un durata temporale limitata dell'intervento (fissata in un anno a partire dal 2 dicembre 2008) ed hanno precisato, al contempo, che tale possibilità di intervento presenta carattere del tutto eccezionale e, come tale, non può affatto essere considerato una nuova prassi internazionale

## 9. *L'applicazione delle sanzioni nei confronti dei pirati*

Una questione particolarmente dibattuta è quella concernente l'applicazione di sanzioni penali a carico dei pirati.

Tale aspetto presuppone necessariamente l'individuazione dello Stato o degli Stati competenti a processare penalmente gli autori di tali crimini. In effetti, il contrasto al fenomeno della pirateria, per rivelarsi efficace, richiede non soltanto adeguati e tempestivi strumenti di intervento volti a prevenire gli attacchi oppure a impedirne il buon fine, come più volte già si è verificato, ma è necessario che i responsabili di tali condotte vengano catturati e perseguiti nelle forme di legge.

A livello internazionale la Convenzione di Ginevra del 1958, all'art. 14, stabiliva che gli Stati dovevano cooperare in ogni maniera nella repressione della pirateria.

La dottrina internazionalista aveva escluso la portata obbligatoria della disposizione normativa in questione alla quale aveva riconosciuto esclusivamente un valore programmatico di impegno comune fra gli Stati al fine di contrastare efficacemente il fenomeno in esame.

Pertanto, si manifestava il problema di non poco rilievo relativo all'individuazione dell'autorità giurisdizionale cui i pirati dovevano essere assoggettati.

L'art. 19 della Convenzione del 1958 attribuiva ai tribunali degli Stati che avessero proceduto alla cattura di pirati il potere di stabilire le pene da irrogare e circa la sorte dei beni ad essi sequestrati con il limite del rispetto dei diritti dei terzi in buona fede.

Pertanto, lo Stato che avesse proceduto alla cattura aveva giurisdizione sui delitti perpetrati dai pirati salvo l'obbligo di garantire agli autori dei crimini un processo rispettoso dei principi di legalità e dei diritti fondamentali dell'uomo.

Attualmente la Convenzione di Montego Bay, dopo aver ribadito all'art. 100 l'obbligo di cooperazione fra gli Stati per reprimere la pirateria, si limita ad affermare che gli appositi organi giurisdizionali degli Stati che hanno disposto il sequestro di navi (o aeromobili) pirata ed arrestato le persone a bordo hanno il potere di decidere le pena da infliggere a costoro nonché le misure da adottare nei confronti di navi, aeromobili e beni requisiti (art. 105).

Dall'esame delle disposizioni della Convenzione di Montego Bay appare evidente che lo Stato che ha catturato i pirati abbia il potere (ma non sempre il dovere) di processarli.

Difatti, in varie occasioni, i pirati catturati sono stati interrogati dalle autorità degli Stati intervenuti ma poi sono stati rilasciati.

Al fine di evitare che gli autori di atti di pirateria restino il più delle volte, di fatto, impuniti le Nazioni Unite hanno invitato gli Stati ad applicare la Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 sulla repressione degli atti illeciti contro la sicurezza della navigazione[80].

Tale Convenzione contiene un vasto elenco di reati, tra cui l'impossessamento ed il controllo di una nave con violenza, minaccia ed intimidazione o la violenza contro persone a bordo di una nave che causano pericolo per la sicurezza della navigazione (art. 3.1, lett. a e lett. b)[81].

La Convenzione di Roma del 1988 indica i casi in cui uno Stato possiede giurisdizione punitiva nei confronti dei reati sopra indicati (art. 6) e stabilisce che se uno Stato contraente cattura in alto mare o nel proprio mare territoriale (art. 4) i responsabili dei suddetti reati è obbligato, a meno che non provveda ad estradarli in un altro stato avente giurisdizione, a consegnarli senza ritardo alle proprie autorità competenti allo scopo di sottoporli a processo secondo le proprie regole (art. 10).

Al fine di evitare che i pirati restino impuniti per le proprie azioni - come potrebbe accadere nel caso in cui lo Stato che ha proceduto alla cattura non intenda processarli o non sia uno Stato che abbia ratificato la Convenzione di Roma del 1988 - l'Unione europea ha adottato la Decisione del Consiglio n. 918 dell'8 dicembre 2008, relativa all'avvio dell'operazione comunitaria per reprimere la pirateria nelle acque situate al largo della Somalia. Con tale atto è stato stabilito che, previa accettazione da parte della Somalia, i soggetti che abbiano commesso o siano sospettati di aver commesso atti di pirateria catturati da navi comunitarie in alto mare o nel mare territoriale della Somalia debbono essere trasferiti alle autorità competenti dello Stato membro che ha partecipato alla cattura. Ove tale Stato non possa o non intenda esercitare la propria

[80] Ratificata dall'Italia con la legge 28 dicembre 1989, n. 422. La Convenzione di Roma del 1988 venne emanata anche a seguito della nota vicenda relativa al sequestro della nave «Achille Lauro» e si riferisce principalmente a fatti di terrorismo.

[81] A favore dell'applicabilità della Convenzione di Roma del 1988 ai casi di pirateria, cfr. M. Brignardello, *I poteri degli Stati nella repressione della pirateria: il fallimento delle "Stato" somalo*, cit., p. 17. Secondo M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 577, nota 2, dalla pirateria devono essere concettualmente distinti i reati contro la sicurezza della navigazione che sono stati normativamente configurati oltre che nello specifico capo IV del codice della navigazione anche dalla legge 28 dicembre 1979, n. 422, con la quale è stata ratificata la Convenzione di Roma del 10 marzo 1988 per la repressione dei reati contro la sicurezza della navigazione marittima. Ciò che distingue e caratterizza la pirateria dalle figure di reato delineate con la predetta normativa è essenzialmente lo scopo di «depredazione» che è invece estraneo nelle altre condotte illecite, pur sostanzialmente simili, che pongono in pericolo l'aspetto tecnico della navigazione rispetto a quello della proprietà della nave.

giurisdizione, essi possono essere trasferiti a qualsiasi Stato membro oppure a qualsiasi Stato terzo che, nel rispetto dei diritti umani, intenda processarli.

## 10. *La normativa interna: la pirateria nel codice della navigazione*

Nell'ordinamento interno la pirateria trova la sua disciplina punitiva nell'ambito del codice della navigazione del 1942, che contempla il reato di pirateria all'art. 1135[82].

Il delitto di pirateria è un reato esclusivo del settore della navigazione ed inserito nell'ambito della parte III del codice della navigazione, relativa alle disposizioni penali e disciplinari, all'interno del libro I, titolo II, capo VI, relativo ai delitti contro la proprietà della nave, dell'aeromobile o del carico.

Secondo una parte della dottrina le disposizioni relative alla pirateria, unitamente ad alcune altre norme contenute nel medesimo capo VI[83], avrebbero potuto trovare migliore collocazione in altra parte del codice, ossia in quella che disciplina i delitti contro la sicurezza della navigazione[84].

Secondo quanto disposto dall'art. 1135 c. nav. «il comandante o l'ufficiale di nave nazionale e straniera, che commette atti di depredazione in danno di una nave nazionale o straniera o del carico ovvero a scopo di depredazione commetta violenza in danno di persona imbarcata su una nave nazionale o straniera, è punito con la reclusione da dieci a venti anni. Per gli altri componenti dell'equipaggio la pena è diminuita in misura non eccedente un terzo; per gli estranei la pena è ridotta fino alla metà».

Va subito rilevato che l'individuazione della fattispecie criminosa della pirateria di cui all'art. 1135 c. nav. non corrisponde perfettamente a quelle offerte in un primo momento dalla Convenzione di Ginevra sull'alto mare del 1958 e, successivamente, dalla Convenzione di Montego Bay del 1982, entrambe ratificate dall'Italia, rispettivamente, con la legge 8 dicembre 1961, n. 1658, e con la legge 2 dicembre 1994, n. 689, di cui non appare possibile non tenere conto.

Pertanto, il delitto di pirateria previsto dal codice della navigazio-

[82] Nell'art. 1135 c. nav. sono state fuse le ipotesi di pirateria già in precedenza contemplate dal previgente codice della marina mercantile di cui agli artt. 320, 321 e 330 (v. Relazione al Re, par. 739).

[83] Ossia gli artt. 1137 (Rapina ed estorsione sul litorale della Repubblica da parte dell'equipaggio), 1138 (Impossessamento della nave o dell'aeromobile) e 1139 (Accordo per impossessarsi della nave o dell'aeromobile) c. nav.

[84] In tal senso, cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., pp. 576-577.

ne del 1942 deve essere letto nella duplice articolazione fornitane dalla normativa interna, emanata prima dell'entrata in vigore delle richiamate convenzioni, e di quella internazionale, il cui testo è stato introdotto nell'ordinamento interno a seguito dell'esecuzione e ratifica delle stesse da parte del nostro Paese[85].

Secondo il testo dell'art. 1135 c. nav. l'elemento costitutivo del delitto è la depredazione ovvero la violenza in danno di persone imbarcate o della nave e dell'aeromobile sempre a scopo di depredazione.

La norma in esame non individua il luogo in cui gli atti di pirateria debbano essere commessi per essere ritenuti tali, per cui si ritiene che i comportamenti descritti dalla norma costituiscano pirateria sia se commessi in alto mare sia se posti in essere nel mare territoriale.

In tal modo, la disposizione interna contiene qualcosa in più e qualcosa in meno rispetto alle disposizioni internazionali, poiché non limita gli atti di pirateria al solo alto mare (ed alle aree non sottoposte alla giurisdizione di alcuno Stato) ma, al contempo, ritenendo elemento costitutivo del reato l'*animus furandi*, non tiene conto del fatto che la pirateria può consistere anche in semplici atti di violenza commessi per scopi privati, né considera atti di pirateria le condotte criminose commesse dall'equipaggio di aeromobili e, infine, non fa rientrare nel delitto gli atti commessi da parte di equipaggi o di passeggeri di una nave o di un aeromobile in territori sottratti alla giurisdizione di ogni Stato[86].

Alla luce di queste considerazioni è possibile ritenere che la ratifica da parte dell'Italia delle convenzioni internazionali sopra richiamate abbia ampliato la sfera di operatività della disposizione contenuta nel codice della navigazione, che può essere letta e ricostruita, quanto all'individuazione delle condotte illecite, alla luce della reciproca integrazione fra l'art. 1135 c. nav. e l'art. 101 della Convenzione di Montego Bay (in precedenza l'art. 15 della Convenzione di Ginevra).

Pertanto, risulta ampliata la sfera degli interessi tutelati dalla norma, per cui, come è stato evidenziato, all'inquadramento del delitto di pirateria nel capo VI del codice, relativo ai delitti contro la proprietà, sarebbe preferibile una diversa collocazione sistematica, atteso che lo scopo della norma non è più (soltanto) quello di tutelare la proprietà ma (soprattutto) quello di garantire la sicurezza della navigazione e dei traffici.

[85] In tal senso, cfr. M. Rosella, *Pirateria*, cit., p. 584.

[86] V. le puntuali osservazioni al riguardo espresse da N. Ronzitti, *Pirateria (diritto vigente)*, cit., p. 929 ss., e da M. Rosella, *Pirateria*, cit., pp. 584-585.

Ulteriore problema meritevole di approfondimento si pone, invece, per quelle fattispecie delittuose previste nella normativa internazionale che non hanno ottenuto una costruzione normativa in sede di ratifica.

La questione sorge in quanto nella disciplina internazionale vengono contemplate alcune condotte costituenti pirateria che non rientrano nella previsione del codice della navigazione e che risultano sprovviste di apparato sanzionatorio.

Il codice della navigazione, infine, all'art. 1136 prende in considerazione anche l'ipotesi delittuosa costituita dalla cd. pirateria presunta.

La disposizione specifica gli elementi idonei a manifestare il sospetto di pirateria e le situazioni dalle quali tale sospetto può nascere, ossia nave nazionale o straniera, fornita abusivamente di armamento, che navighi senza essere munita delle carte di bordo.

## 11. *Conclusioni*

Scriveva un giurista francese sul finire degli anni '30 che «uno dei vanti più gloriosi della civiltà contemporanea è la scomparsa quasi generale del delitto piratico. In tempi remoti invece, a causa della mancanza di forti potenze navali, incoraggiata dall'immensa grandezza del mare, la pirateria infieriva»[87].

In realtà, quello della pirateria, come quasi ogni altro fenomeno umano, appare in grado di rigenerarsi e di riproporsi nel tempo, anche dopo lunghi periodi di oblio, sebbene con delle caratteristiche e, spesso, delle finalità diverse rispetto a quelle che avevano contrassegnato il fenomeno nelle sue fasi iniziali ed intermedie di sviluppo.

D'altronde, molteplici appaiono i fenomeni criminali che si sono adeguati e plasmati alle esigenze del mondo moderno, sfruttando per i loro obiettivi i ritrovati e le maggiori potenzialità che la tecnologia moderna oggigiorno mette loro a disposizione.

Tuttavia, mentre tali fenomeni criminali - svincolati da regole o dal rispetto di lungaggini procedurali quali quelle notoriamente riscontrabili nell'ambito dei processi di evoluzione normativa - appaiono caratterizzati da una considerevole rapidità nel cogliere gli spunti di novità che la modernità offre e sono sempre pronti ad adattarsi alle nuove esigenze ed a presentarsi sotto ridisegnate forme, non sempre le norme giuridiche che tali sodalizi dovrebbero contrastare, sia a livello internazionale che a li-

[87] Così, E. Capitant, *Pirateria*, in *Nuovo Digesto Italiano*, IX, Utet, Torino, 1939, p. 1146.

vello interno, appaiono in grado di aggiornarsi con pari rapidità ed efficacia, per fronteggiare dei fenomeni che, nel loro aspetto più moderno ed attuale, spesso sfuggono, in tutto o in parte, alle rigide fattispecie cristallizzate nelle norme (vieppiù quando esse delineano ipotesi delittuose e le relative conseguenze) aggirando le disposizioni normative che restano ancorate ad una realtà del fenomeno che, in parte, oggigiorno è cambiata.

In definitiva, alla luce della disamina delle norme dirette a fronteggiare la pirateria, appare possibile concludere che, allo stato attuale, il quadro normativo internazionale di riferimento, emanato in un periodo in cui essa non aveva assunto l'odierna connotazione e complessità, non appare completamente idoneo a contrastare efficacemente il fenomeno, non essendo in grado di fornire, per le ragioni esaminate, degli strumenti realmente efficaci, che consentano di prevenire e reprimere in maniera decisa sia i numerosi episodi di pirateria che sempre più spesso si verificano e, soprattutto, di smantellare le organizzazioni che muovono le fila della pirateria moderna.

La scarsa efficacia del sistema si palesa in particolar modo sotto il profilo dell'irrogazione delle sanzioni.

Quanto illustrato in linea generale vale a maggior ragione per il peculiare caso della pirateria somala, in quanto la Somalia non appare, almeno fino ad ora, in grado di svolgere una efficace azione di controllo e di contrasto della pirateria dall'interno del proprio territorio, avendo in realtà serie difficoltà ad esercitare in modo effettivo la sovranità sia su gran parte del territorio che sul mare territoriale.

ANDREINA SCOGNAMIGLIO

# Organizzazioni pubbliche e test di mercato

***(Osservazioni a margine della legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e dello schema del decreto di attuazione)* ***

SOMMARIO: 1. L'approccio industriale ai problemi dell'organizzazione pubblica e del controllo. - 2. I fattori di debolezza delle organizzazioni pubbliche ed i possibili rimedi per orientare all'efficienza la produzione di beni e servizi pubblici. - 3. La riduzione dell'organizzazione pubblica a vantaggio dell'organizzazione privata: a) l'impresa pubblica. - 3.1. (*segue*) b) la concorrenza tra organizzazioni pubbliche e organizzazioni private. - 3.2. (*segue*) c) la esternalizzazione della produzione di beni e servizi pubblici a organizzazioni private. - 4. La introduzione di caratteri propri delle organizzazioni private nell'organizzazione pubblica, in funzione dell'obiettivo dell'efficienza. Le premesse poste dal d.lgs. 165/2001. - 4.1. Il completamento del disegno nella legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e nello schema di decreto di attuazione: la necessaria selettività degli incentivi economici legati alla valutazione dei risultati. - 5. I punti critici del sistema degli incentivi collegati alla valutazione delle prestazioni: il problema dell'imparzialità nella valutazione delle prestazioni. - 5.2 (*segue*): il problema della misurazione delle prestazioni pubbliche. - 6. Il controllo dei soggetti del mercato sull'efficienza delle organizzazioni pubbliche.

## 1. *L'approccio industriale ai problemi della organizzazione pubblica e del controllo*

"Nei moderni paesi industrializzati la pubblica amministrazione rappresenta in genere l'industria più grande per numero di addetti e valore aggiunto". Così in Italia, dove occupa più di 3 milioni e seicentomila addetti e tra ministeri, regioni, enti locali, asl ed enti pubblici vanta 9.976 strutture organizzative.

Questa la valutazione di partenza ed i dati forniti da uno studio recente, che significativamente si intitola "La riforma della pubblica amministrazione, secondo un approccio *Inadustrial Organisation*" [1] e che si

* Relazione tenuta al Convegno "Organizzazione dell'attività ispettiva per la valutazione dei tempi e dei costi della giustizia", organizzato dall'Università degli studi del Molise e dal Ministero di Giustizia, Isernia 23-25 giugno 2009, già pubblicata sulla Rivista *www.apertacontrada.it*, 19.08.09.

[1] Cfr. A. PETRETTO, *La riforma della pubblica amministrazione in Italia secondo un approccio* Industrial Organisation, in *Mercato, concorrenza, regole,* 1/2008, 88, il quale, muovendo dall'interpretazione in termini industriali dell'organizzazione pubblica ed applicando a questa criteri di misurazione di efficienza comunemente impiegati nei settori industria-

propone di interpretare in termini industriali l'intera struttura organizzativa pubblica.

L'amministrazione pubblica è poi comparabile ad una industria non solo per la mole della sua organizzazione, ma anche per l'oggetto della sua attività, la quale, in definitiva, consiste nella produzione di beni e servizi attraverso l'impiego di fattori produttivi (lavoro ed infrastrutture) secondo le tecnologie disponibili.

È opportuno anche precisare che la concezione dell'attività amministrativa come attività industriale di produzione di beni e servizi non è esclusiva dell'attività c.d. tecnica dell'amministrazione (istruzione, sanità). Si tratta invece di un modello interpretativo, che è applicabile anche all'attività propriamente giuridica: alla giustizia, in primo luogo, ma anche, ad esempio, alla gestione del territorio o alla programmazione edilizia.

Da questo approccio metodologico, oramai diffuso nell'esame dei problemi dell'amministrazione pubblica, deriva una conseguenza ben precisa, che investe in pieno il tema della funzione di controllo ed il dato fondamentale del parametro per il suo esercizio.

L'obiettivo da conseguire per un'amministrazione, concepita come organizzazione volta alla produzione di beni e servizi, è quello della sua efficienza (rapporto ottimale tra costi, rendimenti e risultati) piuttosto che quello della legittimità della sua azione.

E difatti, a partire dalle riforme del 99 -2000, la scelta del legislatore è stata quella di ridurre l'area dei controlli di legittimità (aboliti del tutto nei confronti degli enti dotati di autonomia) e di sostituire al tranquillante binomio legittimo-illegittimo (oggi ristretto alla verifica dei soli atti del governo, ex articolo 100 comma 2 Cost.) la verifica dei costi, dei rendimenti e dei risultati, ovvero un controllo che adotta il parametro della efficienza.

Il controllo di efficienza è più complesso rispetto al controllo di mera legittimità.

A differenza della legittimità, che richiede la mera conformità al parametro dato delle disposizioni di legge, quello dell'efficienza non è un criterio statico, bensì dinamico. Un'attività è efficiente quando la relazione tra le risorse impiegate e i risultati conseguiti raggiunge l'equilibrio ottimale. L'efficienza è dunque difficile da realizzare e anche da misurare.

In questa circostanza risiede la ragione della preferenza accordata dalla burocrazia al parametro della legittimità e dunque le resistenze op-

li, individua le diverse tipologie di inefficienza nei processi produttivi dei servizi pubblici e le possibili soluzioni di razionalizzazione e di riorganizzazione della p.a..

poste dalla burocrazia alla utilizzazione di un diverso parametro di controllo. In un contesto di controlli finalizzati alla verifica della legittimità, la sola preoccupazione del dipendente pubblico deve essere quella di attenersi alle leggi e ai regolamenti, mentre egli può sostanzialmente disinteressarsi dei risultati prodotti dalla sua azione.

## *2. I fattori di debolezza delle organizzazioni pubbliche ed i possibili rimedi per orientare all'efficienza la produzione di beni e servizi pubblici*

L'approccio di tipo industriale, o aziendale, al problema dell'organizzazione pubblica sollecita di per sé un raffronto con l'organizzazione privata.

Tale raffronto evidenzia immediatamente gli elementi di debolezza intrinseca della prima. Questi sono da ravvisarsi nell'assenza di quei fattori "che decretano la forza e l'efficienza dell'industria: vale a dire la concorrenza (rivalità e contendibilità) e gli incentivi"[2].

La ragione per la quale il problema dell'efficienza si presenta in termini particolarmente pressanti nell'organizzazione pubblica è allora che questa non si orienta verso l'obiettivo dell'efficienza per il mero libero impulso di fattori che agiscono al suo interno.

L'efficienza, non raggiunta spontaneamente, può essere conseguita aumentando i controlli di tipo burocratico. Questa soluzione implica costi notevoli, sia in termini di vera e propria spesa che in termini di allungamento dei tempi dell'azione amministrativa, e dunque produce ulteriore inefficienza[3].

Un diverso possibile approccio è invece quello che muove proprio dalla considerazione degli intrinseci fattori di debolezza dell'organizzazione pubblica, come sopra evidenziati (assenza del profitto e dei parametri offerti dalla concorrenza) e si propone di ovviare alla mancanza di questi. Se l'inefficienza dell'amministrazione pubblica ha origine nell'assenza dei correttivi offerti dal mercato, l'efficienza può essere conseguita in due modi, che riassumerei in due slogan: meno amministrazione e più mercato ovvero più mercato nell'amministrazione.

In termini più chiari, gli strumenti che possono essere utilizzati per

[2] Così ancora A. PETRETTO, op. loc. cit.

[3] G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico,* Bologna, 2009, 91 individuano nell'assenza del segnale del profitto e dei parametri offerti dalla concorrenza, ovvero nell'assenza di quelli che possiamo definire i correttivi del mercato, la causa della complessità e della onerosità dei controlli sulla amministrazione pubblica.

accrescere il grado di efficienza nella erogazione di prestazioni pubbliche, sono riconducibili a cinque tipi fondamentali. I primi tre possono essere racchiusi nel primo degli slogan (meno amministrazione e più mercato) e sono quelli della istituzione di imprese pubbliche; dell'apertura alla concorrenza nella produzione di beni e servizi pubblici, della esternalizzazione di funzioni e servizi pubblici a soggetti privati. Gli altri due possono invece essere inquadrati nel secondo (più mercato nell'amministrazione) e consistono nell'inserimento di meccanismi di incentivazione e di valutazione di tipo aziendale all'interno degli apparati burocratici e nella sottoposizione dell'amministrazione a forme di controllo incisive da parte dei cittadini – utenti.

### 3. *La riduzione dell'organizzazione pubblica a vantaggio dell'organizzazione privata: a) l'impresa pubblica*

Dedicherò solo pochi cenni ai primi tre strumenti, che fuoriescono dal tema specifico dei controlli amministrativi, per concentrami sugli ultimi due, i quali costituiscono poi anche l'oggetto degli interventi normativi più recenti in materia di controlli sull'amministrazione pubblica.

Un primo modo per incrementare l'efficienza nel settore della produzione di beni e servizi pubblici può essere quello di strutturare l'amministrazione pubblica secondo i moduli organizzativi propri delle imprese private. L'assioma che sta al fondo di tale opzione è se le imprese private orientano naturalmente la loro attività secondo un criterio di efficienza, sarà sufficiente organizzare l'amministrazione in forma imprenditoriale perché l'efficienza sia raggiunta.

I limiti al possibile impiego del modello "impresa" sono due.

Si tratta di uno strumento che può essere utilizzato solo per la erogazione di prestazioni che consistono in beni e servizi vendibili per un dato prezzo sul mercato. Si può istituire una impresa che abbia ad oggetto la produzione del servizio di trasporto da vendere sul mercato. Più difficile, anche se non impossibile, è ipotizzare una impresa che abbia ad oggetto la produzione del servizio giustizia. Anche a tacere della complessa trasformazione in "servizio" di un'attività tradizionalmente considerata come "funzione", i vincoli costituzionali non consentirebbero che una siffatta impresa possa sostituire del tutto la organizzazione pubblica.

Inoltre le amministrazioni pubbliche presentano comunque un elemento di rigidità. La loro esistenza, istituzione – soppressione, è disposta dalla legge. Perciò le amministrazioni pubbliche, organizzate in forma imprenditoriale, sono sottratte al fallimento (art. 2221 c.c.).

Manca nei confronti delle amministrazioni pubbliche imprese la sanzione ultima del mercato che è data dalla espulsione delle organizzazioni inefficienti[4]. Anche le organizzazioni inefficienti tendono a sopravvivere. L'efficienza non è condizione per la sopravvivenza stessa della organizzazione ed è perciò un obiettivo che può essere declinato, un parametro che può essere disatteso.

### 3.1 (segue) *b) la concorrenza tra organizzazioni pubbliche e organizzazioni private*

Il secondo strumento per ridurre l'area occupata dall'organizzazione pubblica, a vantaggio del mercato, in funzione di promuovere l'efficienza, è quello di stimolare la concorrenza tra organizzazioni pubbliche e private nella produzione di un determinato servizio.

È quanto avviene ad esempio nel campo sanitario o della istruzione. La concorrenza tra le strutture pubbliche e private, consentendo ai cittadini di scegliere liberamente tra l'ospedale o la clinica, dovrebbe stimolare di per sé l'efficienza nell'uno e nell'altro settore.

Il limite è individuato nella capacità degli utenti di verificare, ad esempio, la qualità delle cure fornite dalle strutture sanitarie e nella difficoltà per gli stessi di mutare rapidamente il fornitore come reazione alla cattiva qualità dei servizi ricevuti.

Queste considerazioni giustificano la preferenza di molti ordinamenti verso forme di intervento pubblico diretto e l'inserimento delle strutture sanitarie private all'interno di un regime convenzionale almeno in via di principio funzionale all'osservanza di standard di qualità minimi.

### 3.2 (segue) *c) la esternalizzazione della produzione di beni e servizi pubblici a organizzazioni private*

L'ultimo strumento rivolto ad inserire l'amministrazione, intesa come produzione di beni e servizi, nel mercato è quello delle esternalizzazioni. Queste consistono nell'affidamento ad organizzazioni imprenditoriali private della produzione di beni e servizi pubblici.

Anche questo strumento non ha, a ben vedere, un campo di appli-

[4] D'altro canto, se la sanzione fosse data e l'impresa pubblica agisse solo per conseguire un profitto, i servizi non economici non sarebbero svolti. La necessità di garantire che la produzione dei servizi pubblici avvenga in modo uniforme sul territorio e a condizioni uniformi per tutti gli utenti rappresenta perciò il limite al possibile utilizzo dello strumento dell'impresa e la ragione della insopprimibilità delle organizzazioni pubbliche, secondo A. PETRETTO, *op. cit.*, 89.

cazione generale, ma soffre di limiti intrinseci di utilizzabilità.

Se la storia ci consegna l'esempio di società per azioni, quali la Compagnia olandese delle Indie orientali, cui era affidato anche il potere di stipulare trattati o di condurre la guerra, negli ordinamenti contemporanei si ritengono, in genere, riservate alla gestione diretta dell'amministrazione attività connotate da un alto grado di autoritatività o correlate a diritti fondamentali dei cittadini.

Secondo un approccio di tipo economico, si ritengono piuttosto riservati alla amministrazione pubblica quei servizi la cui qualità non può essere per sua natura puntualmente specificata nel contratto.

Il rischio della esternalizzazione è cioè quello che il gestore privato, naturalmente incentivato a ridurre i costi per aumentare i profitti, riduca i livelli delle prestazioni non specificate e non specificabili nel contratto.

In definitiva la scelta di indurre efficienza nella produzione di beni e servizi pubblici restringendo il ruolo delle organizzazioni pubbliche, a vantaggio di quelle private, presenta non pochi inconvenienti e non pochi limiti alla sua concreta utilizzabilità. Un ruolo, sia pure residuale, delle organizzazioni pubbliche è insopprimibile e il problema della loro efficienza non può essere eluso.

## 4. *La introduzione di caratteri propri delle organizzazioni private nell'organizzazione pubblica, in funzione dell'obiettivo dell'efficienza. Le premesse poste dal d.lgs. 165/2001*

La seconda strada che può essere utilizzata per orientare l'attività delle organizzazioni pubbliche all'obiettivo dell'efficienza, e che è suggerita sempre dal raffronto con le organizzazioni private, è quella di inserire all'interno della amministrazione pubblica stessa alcuni elementi propri delle organizzazioni private che operano nel mercato.

L'efficienza è stimolata dall'applicazione agli uffici amministrativi di alcuni criteri manageriali di funzionamento e di controllo.

Si tratta di un orientamento che fa proprie le premesse poste dal c.d. *New public Management*, il filone di pensiero per il quale la razionalizzazione del settore pubblico, in funzione dell'obiettivo dell'efficienza, non può essere conseguita se non si interviene sugli aspetti organizzativi e gestionali, che a loro volta dovrebbero essere impostati quanto più possibile a canoni di tipo manageriale[5].

[5] Cfr. A. GRAY – B. JENKINS, *From public administration to public management: reassessing a revolution?*, in *Public administration*, 1995, 7599.

È questa la strada seguita dalla legge delega n. 15, del 4 marzo 2009 e dal decreto di attuazione, approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 maggio scorso ed ora all'esame delle Commissioni parlamentari e della Conferenza stato-regioni. Nelle more della pubblicazione di questo scritto, il decreto legislativo di attuazione è stato definitivamemente approvato dal Consiglio dei Ministri, il 9 ottobre 2009

Il solco, sul quale i più recenti interventi normativi in materia si incanalano, è quello già tracciato dal decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

In particolare il decreto del 2001 ha posto una premessa che è ritenuta dalla letteratura economica necessaria per introdurre criteri manageriali nella erogazione delle prestazioni pubbliche. La premessa è quella della distinzione tra attività di gestione e definizione delle politiche pubbliche.

Si tratta di un obiettivo che può essere perseguito in vari modi[6].

La strada, seguita dal legislatore del 2001, è stata quella di introdurre meccanismi di distinzione tra politica e amministrazione all'interno dell'organizzazione burocratica tradizionale.

Il compito di definire gli obiettivi politici è attribuito ai vertici politici ed i compiti di gestione finanziaria, tecnica ed amministrativa ai dirigenti.

Sui dirigenti grava la responsabilità della gestione dell'attività e del raggiungimento dei risultati prefissati, fino a prevedere la possibilità della revoca dell'incarico.

Fondamentale in tale sistema è il funzionamento dei controlli interni di gestione, sanciti dalla legge 286 del 1999, volti a verificare l'efficacia, l'efficienza e l'economicità dell'attività svolta e a valutare le prestazioni del personale con qualifica dirigenziale.

Alla previsione della responsabilità per il mancato perseguimento degli obiettivi, si accompagna un sistema di incentivi.

Una parte della remunerazione del personale è collegata all'esito positivo del controllo. L'idea di fondo, ampiamente utilizzata nei *performance related pay* del lavoro privato, è quella di allineare gli interessi del dipendente a quelli dell'organizzazione, legando una parte variabile della retribuzione al conseguimento di risultati positivi.

[6] Cfr. G. NAPOLITANO – M. ABRESCIA, *op. cit.*, 101, avvertono come la separazione tra definizione delle politiche pubbliche ed erogazione delle prestazioni possa essere perseguita anche in altri modi. Ad esempio può essere perseguita istituendo strutture distinte per lo svolgimento delle due distinte funzioni. La definizione degli obiettivi politici può essere affidata all'amministrazione centrale governativa, l'attività di erogazione delle prestazioni ad agenzie amministrative separate. È la strada che è stata seguita nel Regno Unito, con il programma del *Next Steps Agencies*, e anche, in parte, in Italia con la creazione di agenzie, separate dall'organizzazione ministeriale.

### 4.1 *Il completamento del disegno nella legge delega 4 marzo 2009, n. 15 e nello schema di decreto di attuazione: la necessaria selettività degli incentivi economici legati alla valutazione dei risultati*

La critica unanimemente mossa al sistema inaugurato dal decreto 165/2001 è stata quella di non prevedere espressamente criteri selettivi nella attribuzione degli incentivi economici ai dipendenti pubblici, dirigenti e non.

Gli incentivi solo formalmente sono collegati alla produttività, ma non essendo previsto espressamente un criterio selettivo, di fatto sono andati a costituire voci di salario generalizzate distribuite a tutto il personale senza una vera valutazione delle prestazioni.

A questi limiti ha inteso ovviare la legge delega del 2009.

Tra gli obiettivi assegnati al legislatore delegato vi è quello indicato dall'articolo 5 delle legge delega. La delega è finalizzata ad introdurre nell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni strumenti di valorizzazione del merito e metodi di incentivazione della produttività e della qualità delle prestazioni lavorative, anche mediante l'affermazione del principio di selettività e di concorsualità nelle progressioni di carriera e nel riconoscimento degli incentivi.

Come recita la relazione illustrativa dello schema del decreto legislativo di attuazione della delega contenuta nella legge 15/2009, "l'asse della riforma è la forte accentuazione della selettività nella attribuzione degli incentivi economici e di carriera in modo da premiare i capaci e i meritevoli, incoraggiare l'impegno sul lavoro e scoraggiare comportamenti di segno opposto".

In buona sostanza, l'idea è quella di collegare la parte variabile della retribuzione alla valutazione dei risultati conseguiti.

Il superamento del sistema introdotto dall'art. 45, comma 3 del d.lgs. 165/2001 che consentiva l'applicazione uniforme di premi retributivi, pure collegati formalmente alla produttività, è netto.

Secondo quello che in dettaglio prevede lo schema del decreto di attuazione, il trattamento accessorio, legato ai risultati e alla produttività, dovrà essere distribuito seguendo una articolazione in tre fasce[7]. La prima fascia non potrà riguardare più del 25 per cento del personale, che riceverà il trattamento accessorio in forma piena. La seconda fascia abbraccerà il 50 per cento del personale, al quale il trattamento accessorio

[7] Per una analisi degli effetti delle disposizioni introdotte dal decreto di attuazione sulla busta paga dei dipendenti pubblici, *Super premi ai migliori*, in *Il Sole 34 ore,* 18 maggio 2009.

non potrà essere riconosciuto in misura più ampia della metà. La terza fascia assorbirà l'ultimo 25 per cento del personale, che avendo ottenuto valutazioni più basse, non riceverà affatto il trattamento accessorio.

Inoltre vengono previsti premi aggiuntivi per le *performance* di eccellenza e per i progetti innovativi. I primi potranno essere destinati ad una quota non superiore al 5 per cento dei dipendenti. Il premio annuale per l'innovazione sarà attribuito al progetto più efficace per migliorare le *performance*[8].

Infine sono previsti criteri meritocratici per le progressioni economiche e l'accesso dei dipendenti migliori a percorsi di alta formazione.

Si tratta di disposizioni alle quali è espressamente riconosciuto carattere imperativo e la non derogabilità da parte della contrattazione collettiva.

## 5. *I punti critici del sistema degli incentivi collegati alla valutazione delle prestazioni: il problema dell'imparzialità nella valutazione delle prestazioni*

I punti critici del sistema degli incentivi economici legati alla verifica del rendimento sono evidenti. Per il successo di tale sistema è necessario che la valutazione delle prestazioni pubbliche, rese a livello individuale e di amministrazione-ente nel suo complesso, funzioni bene.

Il buon funzionamento del sistema di controllo e di valutazioni delle prestazioni richiede che siano soddisfatte due condizioni.

La prima è quella dell'imparzialità nell'esercizio della funzione di controllo. In mancanza, l'erogazione degli incentivi economici rischia di diventare lo strumento di favoritismi se non addirittura di pressioni politiche.

La preoccupazione dell'esercizio imparziale del controllo è stata ben avvertita dal legislatore ed emerge dalla scelta di articolare la funzione di controllo interno su diversi livelli.

Per l'articolo 6, la valutazione delle prestazioni dei dipendenti delle qualifiche inferiori, valutazione cui è collegata l'attribuzione degli incentivi, rientra nei poteri dei dirigenti ed è rimessa alla piena autonomia

[8] Incide poi negativamente sulla retribuzione dei dirigenti, ed in particolare sulla retribuzione di risultato, il dato relativo al rispetto dei termini per la conclusione dei procedimenti, secondo la previsione contenuta nell'art. 7, della l. 18 giugno 2009, n. 69. La norma attribuisce anche al Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro per la semplificazione normativa, il compito di adottare le linee di indirizzo per i casi di grave e ripetuta inosservanza dell'obbligo di provvedere entro i termini fissati per ciascun procedimento.

di questi. Il corretto adempimento dell'obbligo è sanzionato da una specifica responsabilità. Alla omessa vigilanza del dirigente sull'effettiva produttività delle risorse umane a lui assegnate e sull'efficienza della relativa struttura è difatti collegata la decurtazione fino all'80 per cento della retribuzione di risultato.

L'articolo 4 prevede poi il riordino degli organismi interni di valutazione, di cui ogni amministrazione è tenuta a dotarsi e che vanno a sostituire i servizi di controllo interno, comunque denominati, di cui al decreto legislativo n. 286 del 1999.

A fianco degli organismi interni è istituita una amministrazione centrale indipendente denominata "Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche". La Commissione ha il compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio della funzione di controllo da parte degli organismi di valutazione interni indipendenti.

La Commissione è composta di 5 membri, scelti tra esperti di elevata professionalità e nominati con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, sulla base di un complesso procedimento. Questo vede la proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione e del Ministro per l'attuazione del programma di governo ed il parere favorevole delle Commissioni parlamentari competenti espresso a maggioranza di due terzi.

La Commissione opera "in posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia". Il compito della Commissione è quello di indirizzare coordinare e sovraintendere all'esercizio indipendente della funzione di valutazione, di garantire la trasparenza dei sistemi di valutazione, di assicurare la compatibilità e la visibilità degli indici di andamento gestionale, informando annualmente il Ministro per l'attuazione del programma di governo sull'attività svolta".

Tra i compiti della Commissione, vi è anche quello di promuovere la confrontabilità tra le prestazioni omogenee delle pubbliche amministrazioni al fine di consentire la comparazione delle attività e dell'andamento gestionale nelle diverse sedi ove si esercita la pubblica funzione.

Ancora l'imparzialità del controllo dovrebbe essere garantita dalla trasparenza

L'articolo 11 impone alle amministrazioni pubbliche un obbligo di massima trasparenza in ogni fase del ciclo di valutazione delle *performance*.

La trasparenza, intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione della funzione di controllo e dei risultati dell'attività di valutazione e misurazione svolta dagli organismi competenti, è espressamente sancita allo scopo di favorire for-

me diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità

La prova dei fatti ci dirà se i correttivi individuati dal legislatore per garantire l'esercizio imparziale del controllo sulle *performance* pubbliche siano adeguati.

Quel che si può forse fin da ora osservare è che desta qualche perplessità l'indipendenza della Commissione centrale per il controllo. A questa si riconosce "piena autonomia di giudizio e di valutazione", secondo la formula comunemente usata dal legislatore quando si tratta di definire la posizione delle autorità indipendenti.

Si tratta comunque di una autorità un po' particolare, e forse meno indipendente di altre, non solo perché l'esecutivo interviene prepotentemente nel procedimento di nomina, come abbiamo visto, ma anche perché – se è sancita l'indipendenza di giudizio – è prevista anche una stretta collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, dipartimento della funzione pubblica, e con il Ministero dell'economia e delle finanze.

Inoltre alla Commissione sono riservati compiti di regolazione, piuttosto che un ruolo attivo nell'esercizio concreto della funzione di valutazione delle prestazioni pubbliche, funzione riservata agli organismi interni di valutazione delle *performance*.

La trasparenza delle informazioni concernenti ogni aspetto della valutazione è sancita espressamente per consentire una sorta di controllo diffuso sull'esercizio della funzione.

Non è chiaro però quale debba essere l'esito concreto di tale controllo. Forse tale previsione si lega con la parte non ancora attuata del disegno governativo, sulla quale torneremo più avanti, quella relativa alla *class action* nei confronti dell'amministrazione pubblica per i casi di *maladministration*.

Al fine di garantire l'imparzialità nell'esercizio del controllo meriterebbe forse maggior spazio l'idea di inserire nel circuito della valutazione il cittadino. Non tanto nel ruolo di controllore del buon esercizio della funzione di valutazione, quanto come soggetto il quale, in quanto fruitore dei servizi resi dall'amministrazione, è in grado di fornire un giudizio attendibile, o forse il giudizio più attendibile, sulla qualità delle prestazioni.

### 5.1 (segue)*: il problema della misurazione delle prestazioni pubbliche*

La seconda condizione che dovrà realizzarsi perché il sistema degli incentivi collegati alla valutazione delle prestazioni possa funzionare bene è quella di individuare criteri affidabili ed adeguati di rilevazio-

ne e di misurazione delle prestazioni pubbliche. Compito, questo, che resta attribuito alla Commissione centrale per il controllo e alla attività regolatoria di questa.

Il compito affidato alla Commissione è delicato.

L'analisi economica ha evidenziato come la valutazione delle prestazioni pubbliche, per essere adeguata, non possa considerare come rilevanti solo dati di *input* (ore lavorate, spesa impegnata), ma è essenziale che consideri l'*output* (qualità del servizio)[9].

Criteri meramente quantitativi sono utilizzabili per la valutazione di attività materiali e tecniche di contenuto semplice. Per queste la produttività può essere collegata a, e dedotta da, dati meramente numerici: la quantità dei pesi trasportati, dei chilometri percorsi, l'estensione delle superfici protette, la quantità di beni prodotti.

Criteri meramente quantitativi non sono invece utilizzabili quando si tratta di valutare l'efficienza nello svolgimento di attività complesse. Così l'impegno di un magistrato non può essere misurato semplicemente sulla base del numero di sentenze stese o dal numero delle ore trascorse nei locali del tribunale.

Occorre, in questi casi, incrociare le stime quantitative con stime qualitative.

Ad esempio, nel campo della amministrazione della giustizia, il numero dei processi e delle sentenze dovrà essere incrociato con il dato qualitativo della loro conferma o riforma in grado di appello.

## 6. *Il controllo dei soggetti del mercato sull'efficienza delle organizzazioni pubbliche*

L'ultimo tassello del disegno delle legge delega è rappresentato dalla c.d. *class action* amministrativa.

Come è noto la materia è stato poi stralciata dal testo del decreto delegato approvato dal Consiglio dei Ministri. Il Governo ha chiesto un parere al Consiglio di Stato e all'Avvocatura dello Stato sui riflessi che l'azione potrà avere sul processo amministrativo e sulla difesa erariale e la materia dovrà essere trattata in un secondo decreto, da approvarsi entro il termine di scadenza della delega.

La tutela giurisdizionale disegnata dall'articolo 4 lett. l. completa il disegno di un controllo diffuso degli utenti sulla efficienza della erogazione

[9] Sulla difficoltà di misurazione delle prestazioni pubbliche, cfr. M. LIPSKY, *Street Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services,* New York- Russel Sage, 1980.

di prestazioni pubbliche, già tratteggiato dalle norme prima richiamate che sanciscono il principio di trasparenza della funzione di controllo.

L'art, 4 attribuisce ad ogni interessato la legittimazione al ricorso e al giudice amministrativo una giurisdizione esclusiva e di merito. Nell'ambito di questa, e dunque nell'esercizio di poteri sostitutivi, il giudice potrà adottare tutte le misure idonee a porre rimedio alle violazione di standard qualitativi ed economici o degli obblighi contenuti nella carta dei servizi, all'omesso esercizio dei poteri di vigilanza, di controllo o sanzionatori, anche tramite la nomina di un commissario *ad acta*.

Si tratta di una forma di tutela per così dire in forma specifica, accordata ai soggetti lesi dalle disfunzioni delle amministrazioni pubbliche, che si affianca alla tutela collettiva risarcitoria di cui all'art. 140 bis del codice del consumo, proponibile anche nei confronti della p.a. secondo le modifiche in corso di approvazione.

Il disegno complessivo sembra voler attribuire il ruolo di anello di chiusura dei controlli sul buon andamento dell'amministrazione al giudice e quindi, in definitiva, ai cittadini-utenti. Questi sono legittimati a proporre l'azione per la tutela in forma specifica o per equivalente monetario, in ogni caso in cui abbiano subito una lesione per effetto di una disfunzione amministrativa.

Si tratta di un disegno coerente con l'idea di un controllo dei soggetti del mercato sull'attività di erogazione di beni e servizi dell'amministrazione pubblica.

Ma, al di là della evidente suggestione del modello, che prospetta una sorta di controllo diffuso sull'amministrazione, non mancano i dubbi circa la effettiva utilità, e la concreta praticabilità, della tutela collettiva in forma specifica e per equivalente monetario come strumento per promuovere l'efficienza delle organizzazioni pubbliche.

Sul versante della tutela in forma specifica, che costituisce una indubbia novità della legge delega, vi è l'incognita circa effettiva volontà, e forse anche la competenza tecnica, del giudice amministrativo, chiamato ad esercitare un sindacato pregnante, di merito e sostitutivo, in materia di organizzazione pubblica.

Luci ed ombre si concentrano anche sul versante della tutela risarcitoria collettiva e sull'utilizzabilità di questa come strumento per promuovere l'efficienza dell'amministrazione pubblica.

L'idea può incontrare senz'altro il favore di coloro che vedono nella sottoposizione dei soggetti pubblici alla sanzione della responsabilità per i danni arrecati ai cittadini non solo, e non tanto, uno strumento di giustizia distributiva, quanto, piuttosto, una condizione imprescindi-

bile di buona amministrazione[10].

È una linea di pensiero che trova un riscontro anche nella letteratura economica. Dal punto di vista economico, una delle ragioni che giustificano l'istituto della responsabilità civile é rinvenuta proprio nell'effetto di indurre il soggetto autore della condotta, e che sarebbe chiamato a subire i costi del risarcimento, a ricercare misure di prevenzione e dunque a promuovere livelli di efficienza tali da porlo ragionevolmente a riparo dal rischio[11].

L'efficacia deterrente del rimedio giurisdizionale è invece contestata da quanti osservano che il costo del risarcimento imposto alla p.a. verrebbe a ricadere, in ultima analisi, sui cittadini, sotto forma di maggiori tasse o di minori erogazioni. Sicché la finalità compensativa per i danneggiati resterebbe in parte frustrata, posto che sarebbero proprio costoro a sopportare *pro rata* il costo pubblico del risarcimento. Si osserva inoltre che, a fronte di un risarcimento spesso irrisorio riconosciuto ai singoli, il costo, dal punto di vista del soggetto obbligato al risarcimento nei confronti di un numero cospicuo di consumatori-utenti, è in genere elevato.

Il secondo argomento che è utilizzato per contestare l'efficacia deterrente del rimedio risarcitorio collettivo ed il contributo che questo può dare al miglioramento dell'efficienza del settore pubblico è quasi di tipo psicologico e prende a riferimento la posizione del funzionario. Si osserva che una forte accentuazione della responsabilità civile dell'amministrazione, con conseguente possibile rivalsa nei confronti del dipendente pubblico, se da un lato può costituire uno stimolo verso un più efficiente svolgimento delle funzioni pubbliche, dall'altro può addirittura scoraggiare condotte virtuose. Il timore di incorrere in una responsabilità può indurre il funzionario ad un atteggiamento eccessivamente prudente, a limitarsi all'osservanza scrupolosa e pedissequa delle norme (il tranquillante approdo della legittimità, di cui parlavo all'inizio)[12].

[10] Dovuto il richiamo a Silvio Spaventa e a quel passo del *Discorso di Bergamo* che individua i possibili rimedi "contro la corruzione dei nostri ordini politici…..in buone e concrete leggi amministrative, in una bene ordinata giurisdizione del nostro diritto pubblico ", ma anche "nella stretta responsabilità degli amministratori". Cfr. S. SPAVENTA, *La politica della destra,* in *Raccolta di scritti,* a cura di P. ALATRI, Torino, 1949, 103.

[11] Cfr. P. CIOCCA- I. MUSU, *Economia per il diritto,* Torino, 2006, 159.

[12] Queste le critiche alla utilizzazione dell'azione collettiva in funzione dell'efficienza dell'azione amministrativa sviluppate da C. GIORGIANTONIO, *L'azione risarcitoria (individuale e collettiva) nei confronti della p.a.: uno strumento anche per l'efficienza dell'azione amministrativa?,* in *www.apertacontrada.it,* 22.12.2008 Dubbi circa l'efficacia deterrente del rimedio risarcitorio sono espressi pure da G. CARRIERO, *L'azione collettiva risarcitoria: spunti di riflessione,* sulla medesima *Rivista,* 19.12.2008.

Indicazioni definitive, o quanto meno univoche, circa l'effettiva efficacia deterrente del rimedio risarcitorio e l'attitudine di questo ad orientare l'attività dell'amministrazione all'obiettivo dell'efficienza non sono neppure desumibili da esperienze concrete e già compiute, come ad esempio quella della legge Pinto (24 marzo 2001, n. 89).

I dati quantitativi sembrerebbero avvalorare la tesi negativa. Alla crescita esponenziale dei procedimenti instaurati per ottenere la riparazione prevista dalla legge per i casi di violazione del termine ragionevole di durata del processo, arrivati al numero di 20.390, alla fine del 2006 con un incremento del 70% rispetto all'anno precedente, e rispetto ad un costo degli indennizzi, che si aggira intorno ai 41,5 milioni di euro (una delle più significative voci di spesa ed una delle principali cause di indebitamento del Ministero della giustizia) fa riscontro il dato che ci mostra come, dopo l'entrata in vigore della legge Pinto, la durata dei giudizi non ha subito riduzioni.

Percorrendo l'argomento di tipo economico sopra ricordato, si potrebbe però osservare che proprio l'elevato numero dei procedimenti in corso, ed i relativi costi, contribuiscono a porre il problema della durata del processo al centro dell'attenzione del legislatore per indurlo a promuovere livelli di efficienza tali da porre l'amministrazione al riparo dall'obbligo di risarcimento.

GIOVANNI VARANESE

# Categorie giuridiche e globalizzazione

SOMMARIO: 1. Globalizzazione e diritto civile. - 2. Globalizzazione e autonomia privata. - 3. Globalizzazione e contratto.

*«la storia non è ancora alla fine; ma noi che ne siamo gli interpreti, siamo noi stessi dentro di essa, come momenti condizionati e limitati di uno svolgimento che continua»*

(Hans-Georg GADAMER, *Verità e metodo*, ed. italiana con testo tedesco a fronte a cura di Gianni Vattimo, Bompiani, Milano, 2000, p. 417)

## 1. *Globalizzazione e diritto civile*

Nel terzo millennio tra il diritto e il fenomeno della globalizzazione, o mondializzazione, sono in corso rapporti complessi di reciproca influenza[1]. Ciò, da un lato, pone interrogativi rispetto al modo di intendere le categorie giuridiche fondamentali del diritto privato, in particolare quella del contratto[2]. Dall'altro, evoca che a fronte dell'esigenza «di ricostruire per intuizione gli atteggiamenti spirituali che generarono le produzioni da interpretare» vi è quella «che questa interiore intuizione ricostruttiva venga assunta, articolata ed elaborata nelle categorie storiche o tecniche più idonee a configurarne il contenuto siccome oggettivazione di pensiero prodottasi in quelle peculiari circostanze di tempo e di civiltà e da esse caratterizzate»[3].

Nel XIX secolo Friedrich Carl von Savigny, fondatore della Scuola storica e tra i massimi giuristi europei di tutti i tempi, distinguendo tra

[1] Per un quadro di sintesi degli aspetti più rilevanti v. Giovanni IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contratto e impresa*, 2008, p. 867 ss., con i riferimenti basilari sul tema.

[2] Francesco GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contratto e impresa*, 2000, p. 919 ss., parlava di «pan-contrattualismo», non limitando le sue considerazioni al diritto privato.

[3] Emilio BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, vol. 1°, 2ª ed. corretta e ampliata a cura di Giuliano Crifò, Giuffrè, Milano, 1990, p. 346 s.

diritto pubblico e privato affermava che «il primo ha ad oggetto lo stato, vale a dire la manifestazione organica del popolo: il secondo l'insieme dei rapporti giuridici che circonda il singolo individuo, entro i quali egli conduce la sua vita e le dà una certa conformazione»[4]. Alla base di questa definizione c'è la concezione che il dato giuridico non è legato univocamente ai testi legislativi: anche se la legge disciplina le relazioni umane, in quest'ultime trova ispirazione e serve a soddisfarne i bisogni. In quest'ottica la concezione di Savigny anche se può apparire sorda alle aspirazioni politiche della borghesia liberale, tuttavia non era lontana dalla realtà ma rispondeva alle necessità del tempo, soprattutto a quelle economiche[5]. «I bisogni economico-sociali del tempo erano rappresentati dal modello del liberalismo economico […]. Il liberalismo economico concepisce l'ordine sociale come risultato naturale del libero incontro delle forze economico-individuali sul mercato e assegna al diritto la sola funzione di garantire a ciascun produttore una uguale misura di uno sviluppo organico di strutture semplici e relativamente stabili, a partire dalle quali si irradiava uniformemente secondo direttive tracciate dagli stessi produttori sulla scorta di principi giuridici – proprietà, libertà di contratto, libertà di lavoro – compenetrati da valori reputati immutabili»[6].

Sotto questo aspetto Savigny, anche se si oppone fieramente alla creazione di un codice civile tedesco, è figlio del suo tempo e, *mutatis mutandis*, condivide lo stesso *esprit* conservatore alla base del codice civile per eccellenza: il *Code Napoléon*. In quest'ottica «création volontaire de l'homme, le Droit reflète ses droits inaltérables, dont assure la protection, et qui sont exaltés dans la fameuse tria de «liberté-égalité-proprieté». Au niveau de la normativité, l'homme est donc considéré comme créateur volontaire des règles auxquelles il est prêt à se soumettre, absolument libre et égal aux autres. La question de savoir si l'État préexiste ou non à l'individu pleinement libre, parfaitement égal, absolument propriétaire, partagea la pensée juridique «moderne». Mais, à la veille de la Révolution française, le Droit était individualistes au niveau de la réalisation des normes, cela signifiait que les personnes juridiques étaient égales, que le droit de la propriété était absolu, que la liberté de contracter était totale […] le Droit était fait pur l'homme, c'est-à-dire, on l'a vu, pour le protéger. Or s'il est vrai qu'un système économico-social ne peut subsister que

[4] *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 1°, Veit und Comp, Berlin, 1840, p. 22 [trad. mia; ma naturalmente vedi anche la classica traduzione di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 1°, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1886,p. 49].

[5] Martin Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1976, p. 80.

[6] Luigi Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, p. 6.

grâce à une série d'institutions connectives (morale, Droit, constitution politique) destinées à en soutenir la cohérence, la régime capitaliste – en formation à cette époque». Nel codice civile francese si esprime una eguaglianza puramente formale che certifica l'egemonia della borghesia rispetto agli altri gruppi sociali. «Cette prééminence du Droit fut essentiellement celle du Droit privé – qui règle les relations inter-individuelles – et notamment celle du Droit civil. Le commercial n'est, dans un régime capitaliste, qu'une excroissance naturelle de certaines relations civiles lorsque, généralisées et multipliées entre professionnels du commerce, elles appellent des mesures précises, plus spécialisées. [...] En effet, au moment de l'élaboration du Code civil, en 1804, on parle de « civil » d'abord par opposition à «politique». Les relations civiles, ce sont celles des hommes entre eux»[7].

In questo significato il diritto civile assumeva il ruolo di «diritto privato generale» quale disciplina delle relazioni private tra tutti gli individui tra di loro, mentre il diritto commerciale assumeva quello di «diritto privato speciale», quale disciplina dipendente da caratteristiche oggettive (atto di commercio) o soggettive (commercianti). Specializzazione non significa contrapposizione. Ciò vale non solo per i paesi europei nei quali il diritto commerciale è oggetto un'apposita codificazione (ad es., Francia e Germania), ma a maggior ragione là dove il codice civile contiene anche la disciplina fondamentale del diritto commerciale (ad es., Svizzera e, con il codice civile del 1942, Italia). Storicamente in Francia il *Code civil* era espressione di un sistema economico preindustriale, basato sulla proprietà fondiaria, inadatto alle esigenze produttive e distributive del capitalismo moderno. Era il codice della borghesia fondiaria, mentre il *Code de commerce* era il codice della borghesia commerciale e della nascente borghesia industriale[8]. Il *Code de commerce* del 1807 a differenza del codice di commercio tedesco del 1861 e di quello italiano del 1882, non conteneva la disciplina organica del diritto commerciale ma si limitava a riprodurre le ordinanze regie in materia, risalenti al XVII secolo[9]. In seguito la generalizzazione al diritto civile di principi e regole già recepiti dal diritto commerciale, tradizionalmente più sensibile ai mutamenti economico-sociali, ha fatto parlare di «commercializzazione del diritto civile»[10].

[7] André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 10 s. (*free on line* www.reds.msh-paris.fr/) [ed. it. *Le origini dottrinali nel codice civile francese*, trad. di Maria Bonavita e Federica De Rensis, E.S.I., Napoli, 2005].

[8] Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 96.

[9] André-Jean, Arnaud, *Les juristes face à la société*, P.U.F., Paris, 1975, p. 39.

[10] Georges Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. 2ª ed., L.G.D.J., Paris, 1951, p. 336.

In generale, il pensiero giuridico europeo, non solo tedesco, segue percorsi ben rodati: «ogni ordine sociale ed economico deve chiarirsi le idee sul fatto che in una qualche misura vuole dare forma e regolare i rapporti della vita dei suoi cittadini mediante il diritto privato o il diritto pubblico. A tal riguardo si tratta essenzialmente della questione se e in che misura i privati sono protetti nella loro sfera di libertà e possono regolare i loro affari sotto la propria responsabilità o se e in che misura un detentore della sovranità entra in azione al loro posto in base ad un interesse generale e riceve un potere che gli è attribuito per regolare e intervenire nei rapporti della loro vita»[11]. Nel diritto privato sono compresi rapporti di vita che assumono forme straordinariamente diverse e possono essere disciplinati o con leggi speciali per i diversi ambiti o con un codice generale di diritto privato che, in linea di principio vale per tutti i campi della vita. Nei paesi di *civil law* il codice civile è la legge-base del diritto privato a fianco della quale si collocano leggi speciali con un ambito applicativo limitato (diritto commerciale/diritto dei consumatori).

Con l'affermazione dello stato sociale di diritto può valere l'efficace metafora della «*fuga dal codice civile*». Essa esprime il passaggio da una fase nella quale il mono-sistema del codice civile costituisce la raggiera dell'ordinamento, ad una nella quale emergono i «*micro-sistemi*: insiemi di norme speciali, che, dettate per singoli istituti o classi di rapporti, si ritrovano in comuni principi di disciplina» che non sviluppano principi dettati dal codice civile criteri codicistici ma realizzano principi costituzionali. Cosí il codice civile è «*uno dei sistemi* di cui si compone il grande universo del diritto privato», altre norme formano i micro-sistemi e la Costituzione «garantisce *l'unità al poli-sistema*». I mutamenti della storia hanno fatto parlare di «crisi della Costituzione» e di un rinnovato «plusvalore politico del codice civile», mentre nuovi flussi di leggi speciali discendono dai principi di concorrenza, di libero mercato e di spazialità economica enunciati dal diritto comunitario[12].

In realtà il significato del sintagma «diritto civile» dà già per scontato che esso rappresenti la parte principale o generale del diritto privato e perciò presuppone già risolta la questione pubblico/privato. Sotto questo punto di vista tuttavia vanno considerati due elementi. Da un lato, la partizione fondamentale non ha lo stesso peso nel *common law*. Per quanto riguarda il primo aspetto, il significato del «common law» può esse-

[11] Karl Larenz e Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9ª ed., Beck, München, 2004, p. 12.

[12] Natalino Irti, *l'età della decodificazione*, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 1999, p. 4 ss.

re colto in relazione allo *statute law* (profilo delle fonti), all'*equity* (profilo delle corti), ma anche – ed è quello che qui interessa – in contrapposizione a «civil law» (profilo sistematico). In questo senso la locuzione «common law» è del tutto interscambiabile con quella di diritto anglo-americano, mentre quella «civil law» è sinonimo di diritti dell'Europa continentale con i loro sistemi derivati[13]. La contrapposizione, basata su una visione eurocentrica, appare superata e si tende a considerare un'unica *western law tradition*, nella quale «la distinzione *civil law/common law* come una sottodistinzione all'interno di una sola famiglia dotata di un tasso notevole di omogeneità: quella del diritto occidentale o […] della egemonia professionale (*rule of professional law*). La tradizione giuridica occidentale trova la sua base in due principali caratteristiche: 1) il circuito giuridico è nettamente distinguibile dal circuito politico; 2) il diritto è largamente secolarizzato. La legittimazione del giurista in altre parole non è né religiosa né politica, ma principalmente tecnica»[14].

Dall'altro – soprattutto – oggi l'idea stessa di una rigida separazione tra diritto pubblico e diritto privato è in crisi anche nell'Europa continentale[15]. Nello stato sociale di diritto esistono «punti di confluenza tra il privato e il pubblico» e ciò «rende più corretto discorrere di diritto civile anziché di diritto privato. Non è soltanto un mutamento di etichetta. Il diritto civile non si prospetta in antitesi al diritto pubblico, ma è soltanto una branca che si giustifica per ragioni didattiche e di specializzazione professionale e che si raccoglie ed evidenzia gli istituti attinenti alla struttura della società, al vivere dei cittadini in quanto titolari di diritti civili. È, per certi versi, un ritorno alle origini del diritto civile come diritto dei *cives*, titolari di diritti nei confronti non soltanto degli altri cittadini, ma anche dello stato e del mercato. In questa impostazione non v'è contrasto tra privato e pubblico giacché lo stesso diritto civile è parte di un ordinamento unitario»[16]. In un contesto fortemente permeato dal nuovo quadro di riferimento del «diritto civile costituzionale» la persona è il valore fondamentale, esplicito o implicito, alla base della *western law tradition*. Anche l'ottica del Post-modernismo contribuisce a valorizzare dei diritti fondamentali dell'uomo e la centralità della persona umana.

[13] Ugo Mattei, *Common Law. Il diritto anglo-americano*, in *Trattato di diritto comparato* diretto da Rodolfo Sacco, UTET, Torino, 1992, p. 83.

[14] Ugo Mattei e Pier Giuseppe Monateri, *Introduzione breve al diritto comparato*, Cedam, Padova, 1997, p. 67.

[15] Aharon Barak, *Constitutional Human Rights and Private Law*, in Daniel Friedmann e Daphne Barak-Erez (curr.) *Human Rights in Private Law*, Hart, Oxford, 2001, p. 29.

[16] Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, 3ª ed., E.S.I., Napoli, 2006, p. 138 s.

Di fronte alle sfide poste dalla globalizzazione vanno evidenziati sia i rischi sia le possibilità. Varie forme, più o meno rudimentali, di diritto globale sorgono indipendentemente dal diritto nazionale e internazionale[17]. La globalizzazione ha portato al declino di tradizionali dogmi, come quello della statualità del diritto civile e quello della sua nazionalità. La globalizzazione dell'economia ha spostato i centri decisionali al di fuori dei confini statali, frustrando i poteri di governo e di legiferazione dei singoli stati. Gli stati rischiano di venire ridotti al rango delle imprese, singole organizzazioni che devono agire all'interno dell'ordinamento giuridico complessivo della società con i medesimi poteri e le stesse limitazioni delle singole organizzazioni economiche private, con effetti negativi per i diritti riconosciuti ai cittadini. La sovranità non si dissolve ma viene reinventata, in una neutralizzazione dei poteri pubblici localizzati la cui forma giuridica è rappresentata proprio dal diritto privato[18]. Ma la crisi della sovranità dello stato può anche fornire opportunità. La globalizzazione attenterebbe al controllo democratico sull'esercizio del potere, ma il potere non va più riferito soltanto ai meccanismi parlamentari di rappresentatività, ma spesso viene esercitato su base diffusa e molteplice con lo strumento della regolazione sociale. Lo sviluppo dei mezzi di comunicazione e la diffusione delle informazioni determinano una sorta di controllo sociale sull'esercizio del potere. Così lo sviluppo della nuova *Lex Mercatoria* può contribuire alla formazione di un diritto civile transnazionale che procede non attraverso le vie classiche, quelle delle convenzioni internazionali di diritto uniforme da recepire negli ordinamenti nazionali. Se la società globale non esprime forme di rappresentanza politica, ciò non vuol dire che si legittima solo sulla base del consenso economico, ma conosce altre fonti di produzione del diritto che si fondano su procedure democratiche che hanno altri fondamenti di legittimità: è il caso del diritto consuetudinario e del diritto giudiziario[19].

È nella dimensione del Post-modernismo che la globalizzazione mostra i suoi rapporti con il diritto civile. Globalizzazione, ricerca dell'equità e protezione dei diritti umani sembrano caratterizzare l'esperienza giuridica post-moderna. Così la globalizzazione dei diritti di famiglia è strettamente legata alla globalizzazione dei diritti umani. Così la globalizza-

[17] Gunther TEUBNER, *La "Bukovina globale": il pluralismo giuridico nella società mondiale*, in *Sociologia e politiche sociali*, 2, 1999, p. 52.

[18] Pier Giuseppe MONATERI, *La costruzione giuridica del globale e lo scontro delle giustizie*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, p. 686.

[19] Francesco GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 201.

zione dei diritti del consumatore è correlata al diffondersi della cultura del consumerismo.

Più in generale è opinione corrente che la problematica dell'incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato abbia una portata internazionale[20], anche se è necessario un mutamento di visuale che, dalla prospettiva della azionabilità dei diritti dell'uomo verso gli stati nazionali, prenda a considerare gli obblighi verso gli attori privati transnazionali, sviluppando garanzie di tipo nuovo, difficilmente inquadrabili nella dogmatica giuridica tradizionale[21]. Nell'epoca della globalizzazione sembrano riproporsi fortemente quelle istanze di giustizia che nei confronti dello stato-nazione hanno condotto ad un «diritto civile costituzionale». Il problema non sta più nella relazione tra lo stato e l'individuo, perché la persona umana non è minacciata soltanto dalla matrice comunicativa della politica, ma anche da una molteplicità di processi comunicativi in settori sociali con tendenze espansionistiche. Diventa difficile riproporre lo schema dell'effetto orizzontale tra privati perché di fronte a matrici (istituzioni, discorsi, sistemi) autonomizzati e globalizzati, l'unica possibilità sembra quella del «divieto giuridico». Viene meno ogni ottimismo giuridico, là dove «la giustizia postulata dai diritti umani» viene formulata solo in negativo ed «è volta all'eliminazione delle ingiustizie, non alla creazione di un mondo "giusto"»[22].

Ciò va rimarcato là dove si fa notare che «il diritto civile, o meglio, il suo strumentario, cioè i meccanismi della volontà, della autonomia, del negozio, del contratto, ecc., sembra essere divenuto il moderno diritto della aterritorialità, il moderno *ius gentium*, il diritto della globalizzazione»[23].

## 2. *Globalizzazione e autonomia privata*

Al centro del fenomeno sembra essere ritornata l'autonomia privata. Al termine autonomia si associa il potere di creare norme private. L'atto è lo strumento dell'autonomia. «Tout a été dit sur la valeur philosophique, axiologique, économique, de l'autonomie. Mais le juriste n'a pas encore établi quels sont les instruments que doit ou peut utiliser l'autonomie. Le problème central de l'autonomie concerne précisément la que-

[20] Claus-Wilhelm Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, Walter de Gruyter, Berlin, 1999, p. 10.

[21] Gunther Teubner, *La matrice anonima. Quando «privati» attori transnazionali violano i diritti dell'uomo*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2006, pp. 9, 25 e 28.

[22] Gunther Teubner, *Giustizia nell'era del capitalismo globale?*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, pp. 192-195.

[23] Giovanni Iudica, *Globalizzazione e diritto*, cit., p. 887.

stion de savoir quel instrument nous sommes obligés pour l'exercer». Si ripete che «la volition est l'élément centrale et irremplaçable de l'act d'autonomie» ma l'atto di autonomia non si riduce soltanto alla sola volontà e sottintende una sineddoche. «*L'autonomie ne commence pas là où le sujet peut créer librement, si librement signifie « sans charges ». L'autonomie commence là où le droit met à la disposition du sujet un ou plusieurs procédés plus ou moins simples, plus ou moins faciles à pratiquer, permettant au sujet de créer la règle envisagée.* […] *Exercer son autonomie ne signifie point « vouloir ». Exercer son autonomie signifie avoir recours à l'instrument que la règle de droit prévoit pour ce but, cela signifie, logiquement, utiliser l'instrument selon les règles qui sont établies pour cette utilisation*»[24]. Nella sua formulazione corrente l'autonomia privata costituisce la caratteristica essenziale e uno dei principi fondamentali del diritto privato. Essa si ricollega alla autoresponsabilità dell'individuo e, in linea di principio, fa dipendere dalla sua iniziativa l'esercizio dei suoi diritti[25]. Per definizione «[a]utonomia privata è l'attitudine dell'individuo, in certo senso in lui connaturata, a dare regola da sé ai propri interessi»[26]. Essa presuppone che gli interessi tutelati dal diritto privato esistano già nella vita sociale e siano oggetto dell'iniziativa individuale. Così «[i] privati stessi, nei loro rapporti reciproci, provvedono al soddisfacimento dei propri bisogni secondo il loro libero apprezzamento mediante scambio di beni o di servizi, associazione di forze, prestazione di lavoro, prestito o messa in comune di capitali, ecc. L'iniziativa privata è il congegno motore di ogni consapevole regolamento reciproco d'interessi privati. Giustamente il Domat avvertiva: «la matière des conventions est la diversité infinie des manierès dont les hommes *règlent entr'eux* les communications et les commerces de leur»[27]. Iniziativa e autoregolamento sembrano esprimere l'essenza dell'autonomia privata.

Le radici storiche del principio vengono fatte risalire alla filosofia di Kant e alla *Willenstheorie* del XIX secolo ma ancor prima «[i]l'est l'expression de tout un système philosophique adapté au Droit». Rappresenta il risultato di un percorso molto articolato che partendo dal Medio Evo si snoda fino alla Scuola del Diritto naturale e culmina alla fine nel pen-

[24] Rodolfo Sacco, *Liberté contractuelle, volonté contractuelle*, in *Revue internationale de droit comparé*, 2007, pp. 743 ss. e 753.

[25] Karl Larenz e Manfred Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, cit., p. 2.

[26] Renato Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, rist. 2ª ed., Jovene, Napoli, 2008 [1969], p. 83 s.

[27] Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, rist. 2ª ed., E.S.I., Napoli, 2002 [1955], p. 44 s.

siero di Domat e Pothier. In questa veste è una delle colonne portanti del *Code Civil français*, in particolare del *Droit des Obligations*[28].

Nella Germania del del XIX secolo l'affermazione della *Willenstheorie* nella Scuola storica e nella Pandettistica spiega il legame quasi indissolubile tra l'autonomia privata e la teoria del negozio giuridico. Il prestigio della dottrina tedesca ha contribuito alla circolazione del modello del negozio giuridico e quindi dell'autonomia privata. Per von Savigny «per dichiarazioni di volontà, o negozi giuridici, vanno intese quelle fattispecie giuridiche che non sono soltanto azioni libere, ma nelle quali la volontà dell'autore è anche immediatamente diretta a costituire o sciogliere un rapporto giuridico. Tre loro momenti vanno considerati dettagliatamente: la stessa volontà, la dichiarazione di volontà e la concordanza della volontà con la dichiarazione»[29]. Nella definizione corrente che ci è stata tramandata il negozio giuridico è «atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico. […] Il negozio giuridico è, precisamente, esplicazione dell'*autonomia privata*, quale potere del soggetto di decidere della propria sfera giuridica, personale o patrimoniale. Il soggetto esplica la propria autonomia privata mediante atti negoziali: è appunto mediante atti negoziali che il soggetto organizza la propria vita e dispone dei propri interessi, acquistando o alienando beni patrimoniali, contraendo matrimonio, obbligandosi a eseguire prestazioni, costituendo società commerciali, ecc. Il negozio giuridico può allora definirsi senz'altro come atto di autonomia privata. In questa definizione rientra anche il contratto che è la principale ma non l'unica figura di negozio»[30].

Anche se *ex definitione* l'autonomia privata può esplicarsi anche in atti che possono riguardare molteplici settori del diritto, tuttavia non c'è dubbio che la parte del leone sia stata giocata proprio dalla autonomia contrattuale: la libertà di scegliere se, con chi e a quali condizioni concludere un contratto, senza interferenze da parte del legislatore, dei giudici o dell'autorità amministrativa, anche se giustificate dall'esigenza di tutelare gli interessi della parte debole del rapporto contrattuale, o interessi pubblici. Lo stesso fenomeno è riscontrabile anche nel *common law* dove il principio della *freedom of contract* assume lo stesso ruolo dell'autonomia contrattuale dell'Europa continentale. Nell'età d'oro del libera-

[28] André-Jean Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil français*, cit., p. 197 ss.

[29] Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 3°, Veit und Comp, Berlin, 1840, p. 98 s. [trad. mia; ma naturalmente vedi anche la classica traduzione di Vittorio Scialoja, *Sistema del diritto romano attuale*, vol. 3°, Unione Tipografico-Editrice, Torino, 1900, p. 123].

[30] C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 3°, *Il contratto*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2000, p. 7 s.

lismo l'autonomia privata rappresentava un valore di centrale importanza: l'individuo ha la massima libertà di organizzare la propria vita e di perseguire gli scopi che ritiene opportuni con il solo limite di non ledere l'altrui libertà e la sicurezza generale. In questa visione lo stato di diritto liberale è il "guardiano notturno" che, una volta garantita l'eguaglianza puramente formale tra i cittadini, si disinteressa di come essi regolino i propri interessi. La sfera dell'economia è di pertinenza dei privati.

Questa *Weltanschauung* non sopravvive all'Ottocento e la crisi dell'individualismo si traduce in una perdita di *appeal* del volontarismo giuridico. Nella società industriale all'ordine del giorno si iscrive il problema del valore sociale dei comportamenti degli individui e quindi della «funzione sociale». La problematica è ancor più complessa nello stato sociale di diritto, che nelle democrazie europee si è affermato soprattutto a partire dal Secondo Dopoguerra. Il problema dell'autonomia privata diviene quello dei suoi limiti e non viene più confusa con l'autonomia contrattuale. In particolare, nei paesi nei quali le corti costituzionali assicurano in modo efficace la primazia delle leggi fondamentali rispetto alle leggi ordinarie, all'ordine del giorno si è posta la questione della copertura costituzionale dell'autonomia privata e dei suoi rapporti con gli altri principi fondamentali.

Nell'ideologia del *laissez faire* la volontà dell'individuo è il centro dell'ordinamento e l'autonomia privata diviene un dogma. Il potere del soggetto di regolare i propri rapporti giuridici, soprattutto patrimoniali, è una libertà economica che presuppone l'economia di mercato e la libera concorrenza. Non è detto tuttavia che l'agire del soggetto sia necessariamente privato: anche l'ente pubblico può agire *iure privatorum* e porre in essere atti di autonomia. Pertanto è più corretto parlare di «autonomia negoziale» che di «autonomia privata». Anche il ruolo dell'autonomia contrattuale, seppur centrale, non va sopravvalutato: il contratto è un negozio giuridico bi- o plurilaterale a contenuto patrimoniale, ma «come affare patrimoniale non esaurisce l'area nella quale ha rilievo la libertà dei soggetti». Inoltre dall'incontro tra autonomia ed eteronomia emerge che l'elemento costante dell'atto di autonomia è il potere di iniziativa «poiché in concreto l'autoregolamento può mancare». Ma soprattutto l'autonomia – privata, *rectius* negoziale – non è un valore assoluto e non può essere assunta a postulato. Bisogna valutare i singoli atti di esercizio dell'autonomia negoziale per stabilirne la meritevolezza. «In uno stato sociale di diritto, rivolto alla solidarietà, all'eguaglianza, al rispetto della persona e della sua dignità» muta il quadro dei valori di riferimento e non è più sostenibile l'idea dell'autonomia negoziale come dogma in sé «non tutto ciò che è voluto dalle parti è meritevole di tutela. Oc-

corre sempre verificare se un singolo atto di autonomia è lecito, meritevole di tutela, ragionevole e proporzionato, conforme cioè ai principi ed ai valori presenti nell'ordinamento giuridico». L'autonomia negoziale non concerne soltanto la libertà economica ma investe anche la sfera personale oltre che patrimoniale: «gli atti di autonomia hanno un comune denominatore nella necessità di essere volti a realizzare interessi e funzioni meritevoli di tutela e socialmente utili»[31].

Sotto un diverso punto di vista la problematica dell'autonomia privata presuppone che si sia già presa una posizione sulla questione preliminare relativa all'ordine delle relazioni umane, cioè su come si concepisce il diritto privato. Quanto ai principi che dominano il diritto privato, per ricondurli a sistema è necessario scoprire la loro interazione e il loro ordine gerarchico. Nel principio dell'autonomia privata la tutela della libertà è garantita dalla legittimazione del singolo alla autonoma regolamentazione privata delle sue relazioni con gli altri ma, come qualunque altro principio giuridico, non può valere incondizionatamente e, per sua natura, può entrare in contrasto o persino in antinomia con altri principi di un ordinamento. Emergono molteplici limitazioni al principio dell'autonomia negoziale se si considerano principi contrastanti: la libertà di conclusione del contratto è limitata quando la legge prevede degli obblighi a contrarre; la libertà di contenuto dei contratti è limitata dalla disciplina legale contro lo sfratto nella disciplina sociale della locazione o contro il licenziamento nel diritto del lavoro; la libertà di testare è limitata dal diritto alla quota di legittima, ecc.[32]

Se nell'ottica della convergenza tra i diritti nazionali europei il problema dell'autonomia privata è quello dei suoi limiti, nel fenomeno della globalizzazione si rileva un fenomeno diverso, che muove quasi in direzione opposta. Tanto nell'armonizzazione e uniformazione internazionale del diritto contrattuale, come nella *lex mercatoria* sembrano riproporsi logiche individualistiche e volontaristiche. In un certo senso il termine «libertà contrattuale» «reca in sé il suo passato» e si continua a intenderla come «manifestazione di volontà libera, la si ricollega alla rilevanza dell'affidamento e alle aspettative delle parti, e alle tecniche di riequilibrio interno del contratto». Lo stesso «dibattito "politico" sulla libertà contrattuale si è ravvivato, ad opera delle iniziative comunitarie sulla armonizzazione delle regole concernenti i rapporti con i consumatori (*ac-*

[31] Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., pp. 314-328.

[32] Claus-Wilhelm Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin, 1983, pp. 31, 51 e 58.

*quis communuataire*) e sulla armonizzazione/uniformazione/unificazione-/codificazione delle regole del diritto dei contratti»[33]. Nel diritto europeo positivo dei contratti di impresa, che si applica alle transazioni commerciali – sia tra imprese che tra un'impresa e un consumatore – se hanno carattere transfrontaliero. In tale contesto si è notato che questo diritto è stato costruito come «*limitazione* delle legislazioni nazionali, ovvero come autonomia negoziale libera dalle legislazioni nazionali nel perseguimento delle libertà fondamentali, e quindi della libertà di allocazione economica dei beni e servizi. In questo senso di "autonomia negoziale a contenuto economico" *sottratta* all'intervento della legislazione, il diritto europeo dei contratti è figlio dell'impostazione della scuola ordoliberale di Franz Böhm. Tale impostazione costruisce la necessità di un apparato pubblico, limitandola però allo scopo di fornire le regole di base della concorrenza economica, ritenuta […] l'unica via, in grado di garantire l'evoluzione verso forme sempre più efficienti di economia, attraverso un processo di selezione degli agenti economici stessi. La concorrenza viene, infatti, vista come un "processo di scoperta" in grado di risolvere i problemi di informazione degli agenti, nella convinzione che lo scopo dell'ordinamento giuridico del mercato debba essere quello di sfruttare al meglio la conoscenza dispersa fra milioni di agenti economici, che devono venire coordinati attraverso regole astratte di correlazione interpersonale, in particolare attraverso il meccanismo dei prezzi, e quindi, innanzitutto attraverso i principi dell'autonomia privata negoziale. […] le leggi degli stati membri non possono tangere l'autonomia negoziale delle parti, che viene a trovarsi, quale *legge* dei contratti, al di sopra della legislazione nazionale. In tal modo l'ordine economico che risulta dall'attività commerciale transfrontaliera si situa come ordinamento libero dalle influenze dei diritti nazionali, e sottoposto ai soli principi del diritto comunitario. Tali principi, tipici dell'ottica ordoliberale, devono tendere solamente ad assicurare il controllo di quegli enti economici che sarebbero in grado, in virtù del loro stesso potere di mercato, di falsare le regole della concorrenza. Una tale autonomia negoziale transfrontaliera diviene pertanto il campo libero delle valutazioni contrattuali delle parti, difeso tanto contro le legislazioni nazionali in quanto estrinsecazione di poteri pubblici (prevalenza dell'ordinamento comunitario), quanto contro le distorsioni provocate da un eccessivo accumulo di poteri privati (regole comunitarie sulla concorrenza)». La libertà nei confronti delle leg-

[33] Guido Alpa, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale, oggi*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, p. 574 s.

gi nazionali non implica mancanza di qualsiasi limite. Posto che questa autonomia contrattuale europea è «sottoposta ad altri vincoli che derivano dagli stessi principi generali dell'ordinamento comunitario. In particolare è sottoposta al principio di buona fede ed alle regole di interpretazione giudiziale degli accordi»[34]. Considerazioni molto amare nei confronti di una teoria contrattuale liberista emergono anche con riferimento alle codificazioni – più o meno dottrinali – sul diritto europeo dei contratti[35].

### 3. *Globalizzazione e contratto*

I contratti sono il supporto giuridico del mercato e costituiscono perciò «il nucleo fondamentale, il più delicato e il più propulsivo del diritto globalizzato»[36].

In linea di massima qualunque sistema giuridico conosce «*una categoria che si estende almeno fino a tutti gli accordi conclusi a titolo oneroso, cioè non gratuito, volti a produrre la nascita di obbligazioni giuridiche (…) si chiama contratto, contrat, contract, Vertrag, dogovori*»[37] . Se dal punto di vista della lingua comune c'è una sostanziale corrispondenza tra il vocabolo italiano, francese, inglese, tedesco e russo, tuttavia da quello della terminologia giuridica non vi è piena identità, perché qui l'involucro linguistico non esprime fedelmente gli stessi contenuti normativi. Così il *Vertrag* tedesco non coincide del tutto con il *contrat* francese[38]. Allo stesso tempo, la nozione europea continentale di contratto come accordo che crea diritti e obblighi tra i contraenti non coincide esattamente con il *contract* di *common law*.

Certamente, dalla comparazione dei vari sistemi giuridici, emergono molteplici differenze in tema di diritto contrattuale per quanto riguarda alcuni profili importanti: la diversità delle categorie ordinanti; il significato e il ruolo della causa nei diritti dell'Europa continentale e della *consideration* nel *common law*; il rapporto con una teoria generale delle obbligazioni; i procedimenti di conclusione del contratto; gli effetti, con

[34] Pier Giuseppe Monateri, *Contratto e trasferimento della proprietà*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 233-237.

[35] Alessandro Somma, Soft law sed law, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, p. 454 ss.

[36] Paolo Grossi, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Il Foro Italiano*, 2002, V, c. 160.

[37] Pier Giuseppe Monateri e Rodolfo Sacco, *Contratto in diritto comparato*, in *Digesto discipline privatistiche, Sezione civile*, vol. 4°, Utet, Torino, 1989, p. 138.

[38] Léontin-Jean Constantinesco, *Il metodo comparativo*, 2ª ed. it. a cura di Antonino Procida Mirabelli di Lauro e Rocco Favale (basata sulla versione tedesca del 1972, francese del 1974 e spagnola del 1987), Giappichelli, Torino, 2000, p. 127.

particolare riferimento al trasferimento della proprietà; i confini e le zone grigie rispetto all'ambito del torto; il principio di relatività e di *privity of contract*; la natura e la portata della buona fede; le tecniche di ripartizione del rischio contrattuale. Tuttavia si impone la tendenza che esalta gli elementi comuni di quello che è l'atto principale nel quale si esprime l'autonomia privata e che costituisce la pietra angolare nella disciplina dei rapporti patrimoniali dei sistemi giuridici tanto di *civil law* quanto di *common law*.

Il collegamento con l'autonomia privata è fondamentale dal punto di vista economico-sociale per evidenziare gli effetti migliorativi prodotti dal mercato: «Quanto più in una società si afferma il principio della divisione del lavoro, tanto più i rapporti tra gli individui non sono determinati dagli *status* ai quale appartengono per nascita ma da contratti, creati liberamente, indirizzati alla fornitura di beni e allo scambio di prestazioni […] il contratto, quale scambio, stabilito liberamente, di beni e di servizi, si è affermato ovunque perché consente agli uomini di ottenere, in un mondo di risorse limitate, il massimo grado di soddisfacimento dei loro bisogni […] Finché i beni e i servizi sono scarsi e i desideri umani sono illimitati, si consegue il risultato relativamente migliore ammettendo la conclusione di contratti e rendendo così possibili operazioni di scambio, per mezzo delle quali quei beni e quei servizi limitati giungono nelle mani di coloro per i quali hanno il valore relativamente più elevato. Si chiama mercato, il luogo nel quale avvengono quelle operazioni di scambio, e economia di mercato, un ordinamento economico che riconosce l'autonomia contrattuale»[39].

Dal punto di vista ideologico, nel principio della *freedom of contract* si sono realizzate le aspirazioni della borghesia e dei ceti mercantili, che nel contratto hanno visto lo strumento giuridico per dare un assetto razionale, utile e funzionale a regolare i rapporti economici. Il quadro di riferimento muta alla fine del XIX secolo e ciò comporta un "declino del contratto": il contratto perde il suo ruolo centrale nella società moderna, aumenta l'ingerenza della legge e la responsabilità fondata sull'affidamento sopravanza la responsabilità fondata sulla promessa[40].

In realtà più che di crisi del contratto si dovrebbe parlare di crisi del modello classico di contratto ispirato dal pensiero liberale ottocentesco

[39] Hein Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, vol. 1°, Mohr, Tübingen, 1996, pp. 6-8 [trad. mia; naturalmente vedi anche l'ed. it. Hein Kötz e Salvatore Patti, *Diritto europeo dei contratti*, Giuffrè, Milano, 2006, pp. 5-8].

[40] Patrick Selim Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Clarendon, Oxford, 1979, p. 717.

e basato sull'idea falsa di una eguaglianza soltanto formale e sulla astratta parità dei contraenti, quando nella realtà, invece, domina la disuguaglianza socio-economica (vedi, per es., la disparità tra predisponente e aderente nei contratti di massa). Anche se in modo non uniforme nei vari ordinamenti si cercano rimedi per ovviare ad almeno «quattro ordini di condizioni che influiscono sulla formazione paritaria del contenuto contrattuale: *a*) asimmetria delle condizioni sociali (dall'accesso al lavoro fino all'accesso alla terra e all'abitazione); *b*) asimmetria derivante dal controllo del mercato (deficit concorrenziali); *c*) asimmetria cognitiva-informativa (qualità d'informazioni di chi subisca […] un regolamento unilateralmente predisposto o di chi acceda al consumo di beni e di servizi dei quali non sia, a sua volta, produttore o fornitore professionale); *d*) asimmetria occasionale derivante dalla condizione o dalla pressione contingente (condizioni anomale sul piano intellettivo e volitivi, ovvero pericolo e indigenza), oppure, ancora, da un errore spontaneo o provocato da una minaccia (secondo il quadro consueto, pur soggetto a interpretazioni innovative e integrative dei vizi del volere)»[41]. Risulta del tutto anacronistica l'idea della libertà contrattuale come principio puntellato di eccezioni ed il vero problema diventa quello di «sviluppare criteri e metodi per realizzare un principio di *giustizia contrattuale*»[42].

Che il contratto vada inquadrato tra i termini della libertà e della giustizia emerge ancor più chiaramente ove si ponga mente al fatto che alla base dell'ordinamento dello stato sociale moderno vi è il valore della *solidarietà sociale*, che trova espressione nel corrispondente principio. Più in generale l'idea di fondo è che è la stessa autonomia privata ad essere «*fondamentalmente subordinata alla solidarietà sociale*». Ciò avviene, ad esempio, valorizzando nel diritto delle obbligazioni il principio di buona fede o nel diritto del consumo introducendo un controllo sostanziale del contratto in funzione di tutela della parte debole del rapporto[43].

Ad onta di chi ne preconizzava la morte[44], per effetto delle trasformazioni economiche, dell'internazionalizzazione dell'economia e delle innovazioni tecnologiche il contratto si è arricchito di profili nuovi. Così il contratto è stato utilizzato in ambiti tradizionalmente dominati dalla prevalenza dell'interesse pubblico e collettivo. Così si è dimostrato stru-

[41] Umberto Breccia, *La parte generale fra disgregazione del sistema e armonizzazione*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2008, p. 377.

[42] Konrad Zweigert e Hein Kötz, *Introduzione al diritto comparato*, vol. 2°, *Istituti*, ed. it. a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro, Giuffrè, Milano, 1995, p. 11.

[43] C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. 3°, *Il contratto*, cit., pp. 34 e 394.

[44] Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Ohio State University Press, Columbus, 1974.

mento in grado di realizzare utilità non soltanto economiche. Così, ancora, dalla centralità della persona emerge anche che le regole e i principi nati per tutelare il consumatore tendono ad espandersi anche ai contratti di diritto comune. Così, poi, correttamente si inizia a distinguere tra contratto e contrattazione e a puntualizzarne le relazioni[45].

In sintesi, in materia contrattuale è stata rilevata una «sostanziale uniformità dei *trends* evolutivi» nei diritti nazionali di maggior riferimento, nei progetti di codificazione uniforme e nelle regole del commercio internazionale che «si risolve nel ripensamento della stessa categoria logica e pratica di «contratto», e nel dissolvimento del modello tradizionale di contratto». Tra i tratti salienti di questa evoluzione "interna" alla concezione del contratto si possono menzionare: «I) la rilevanza dello *status* delle parti; II) la rilevanza delle tecniche di controllo interno dell'operazione economica, con strumenti quali la causa, l'oggetto, la forma; III) l'applicazione di criteri di «giustizia contrattuale» con riferimento ai valori della persona e all'equità dello scambio; IV) l'applicazione di clausole generali per il controllo del comportamento delle parti nella fase prenegoziale, nella fase di conclusione e in quella di esecuzione del contratto; V) l'adattamento del contratto alle circostanze sopravvenute; VI) la codificazione sociale di formule contrattuali internazionali; VII) l'affidamento della soluzione di controversie ad organi stragiudiziali»[46].

Lo stato non è l'unico attore dell'innovazione, ma per rispondere alle esigenze della società post-industriale si utilizzano altri strumenti. Il contratto diviene il principale strumento e "prende il posto della legge per in molti settori della vita sociale". Se l'economia è globale, i sistemi legali sono nazionali; inoltre l'economia ha bisogno di regole flessibili mentre la legge è rigida. In quest'ottica si inserisce la nuova *lex mercatoria* che supera la divisione politica dei mercati e la discontinuità giuridica degli stati nazionali[47]. Se non ci si arresta alla retorica del mercato, la prospettiva di un arretramento dello stato attribuisce ulteriori funzioni al diritto privato e, specialmente al contratto, anche rispetto alle prestazioni tradizionali di *welfare* e ai servizi pubblici essenziali "privatizzati". Da qui il problema della valorizzazione della dignità umana nel diritto contrattuale quale possibile contraltare all'esaltazione della libertà contrattuale[48].

[45] Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 361 ss.

[46] Guido Alpa, *Lineamenti di diritto contrattuale*, in Aa.Vv., *Diritto privato comparato*, 4ª ed., Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 147 s.

[47] Francesco Galgano, *Lex mercatoria*, cit., pp. 233-238.

[48] Maria Rosaria Marella, *Il fondamento sociale della dignità umana*, in *Rivista critica del diritto privato*, 2007, p. 102.

Più in generale, mediante il contratto il diritto privato si pone in stretta connessione con il sottosistema economico e ciò comporta il rischio che le informazioni sul resto della società vengano assunte con i criteri costo-benefici del discorso economico. Si traducono gli altri discorsi nella società (ricerca, educazione, tecnologia, arte o medicina) con criteri economici (efficienza allocativa, costi transattivi) e in questa traduzione vengono offerti al diritto per la risoluzione dei conflitti. La contrattualizzazione economica delle relazioni sociali crea una distorsione sotto quattro profili: 1) bilateralizzazione (relazioni sociali complesse vengono tradotte in una moltitudine di relazioni bilaterali chiuse); 2) criteri selettivi di *performance*; 3) esternalizzazione degli effetti negativi; 4) relazioni di potere. Da ciò deriva la necessità di rompere il monopolio del calcolo economico del diritto privato e aprire agli altri sottosistemi sociali, che posseggono criteri di razionalità differenti. Per leggere il contratto in una visione interdiscorsiva assumono una funzione centrale i diritti fondamentali, che non vanno intesi soltanto come protezione dal potere repressivo dello stato ma vanno estesi anche al contesto dei regimi privati di *governance*[49].

La logica di efficientismo economico può costituire null'altro che la maschera di una pura idolatria del profitto che finisce per travolgere la stessa economia. Ed ecco, alla fine, che per la salvezza stessa del mercato si invoca «una autorità che abbia il potere e i mezzi (la forza e il diritto) per rimuovere quegli ostacoli o quei condizionamenti che possano alterare il libero gioco della concorrenza»[50]. Puntualmente, di fronte allo sfacelo della economia globale, sembra rientrare in gioco la politica: «salvare il possibile è invece missione politica […] La forma di pensiero […] consiste nel separare il bene dal male», la «separazione del bene dal male» consisterebbe nella separazione «del funzionale dallo speculativo»[51]. Si conferma che la «difesa del diritto privato esige la sincerità e il coraggio della battaglia politica»[52].

Nell'affrontare le nuove sfide al giurista del terzo millennio suonino da monito le parole di Paolo Grossi: «noi non dobbiamo né possiamo misurare la giuridicità avendo in mano il solo metro fornito dallo Stato;

[49] Gunther Teubner, *In the Blind Spot: The Hybridization of Contracting*, in *Theoretical Inquiries in Law*, Vol. 8, 2007, No. 1, Article 4, pp. 68-71.

[50] Giovanni Iudica, *Globalizzazione e diritto*, cit., p. 887.

[51] Giulio Tremonti, *Le patologie del capitalismo e il piano del presidente Obama*, in *Corriere della Sera*, 12 febbraio 2009, p. 38.

[52] Natalino Irti, *Diritto privato*, in Id., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 98.

dobbiamo, al contrario, rendere feconde ed effettive quelle intuizioni della scienza giuridica novecentesca che hanno teso a svincolare il diritto dall'apparato di potere statuale e lo hanno collegato all'interesse della società civile»; l'atteggiamento di apertura non può però tradursi in una accettazione acritica perché l'arroganza del potere economico non è minore del potere politico; occorre «rimboccarsi le maniche» con «coraggio e vigilanza»[53].

La soluzione potrebbe essere lo sviluppo di una cultura giuridica indipendente dai sistemi giuridici nazionali, una vera e propria scienza giuridica europea[54].

[53] *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, cit., cc. 161 e 163 s.

[54] Nils Jansen e Ralf Michaels, *Private Law and the State*, in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht,* 2007, p. 345 ss., spec. p. 396.

# ORIZZONTI

FLAVIA ALBANO

# Le innovazioni processuali introdotte dalla legge n. 38 del 2009: l'ennesimo intervento nel segno dell'emergenza

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'estensione della custodia cautelare obbligatoria al di fuori delle ipotesi dell'art. 416-*bis* c.p. - 3. Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa. - 4. L'arresto obbligatorio per i reati di violenza sessuale. - 5. La riscrittura dell'art. 4-*bis* ord. pen.: nuovi limiti per la concessione dei benefici penitenziari. - 6. Le modifiche in tema di formazione della prova.

## 1. *Introduzione*

Con il decreto legge n. 11 del 23 febbraio 2009, convertito in legge n. 38 del 23 aprile 2009, viene scritta una nuova pagina di quella legislazione dell'emergenza che sta caratterizzando la produzione normativa italiana – e segnatamente penale – negli ultimi anni.

Dato incontrovertibile risulta essere la sempre più frequente adozione di misure "urgenti" in materia criminale, sulla scia di presunte istanze sociali di natura contingente: basti pensare ai provvedimenti varati nella primavera-estate 2008[1], cui hanno fatto eco, a distanza di pochi mesi, quattro decreti legge[2].

Si tratta, a ben guardare, di una serie di interventi, perlopiù disomogenei, accomunati dall'obiettivo di fornire una "immediata" risposta statale al senso di insicurezza collettivo e di sfiducia nei confronti delle istituzioni, e che si traducono, inevitabilmente, in prodotti dal forte impatto simbolico e mediatico ma che non offrono soluzioni or-

[1] Si tratta del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 recante "*Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica*", convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125, nonché del d.l. 23 maggio 2008, n. 90, convertito in l. 14 luglio 2008, n. 123 in materia di "*Competenza dell'autorità giudiziaria nei procedimenti penali relativi alla gestione dei rifiuti nella regione Campania*".

[2] Oltre al decreto legge in esame, in materia di giustizia si segnalano il d.l. 16 settembre 2008, n. 143, "*Interventi urgenti in materia di funzionalità del sistema giudiziario*", convertito in l. 13 novembre 2008, n. 181; il d.l. 2 ottobre 2008, n. 151 recante "*Misure urgenti in materia di prevenzione e accertamento di reati, di contrasto alla criminalità organizzata e all'immigrazione clandestina*", convertito in l. 28 novembre 2008, n 186, nonché il d.l. 6 novembre 2008, n. 172, "*Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania, nonché misure urgenti di tutele ambientale*", convertito in l. 30 dicembre 2008, n. 210.

ganiche né durevoli[3].

Due le linee di tendenza in cui si dipana questa politica della sicurezza: da un lato, la continua tensione verso il panpenalismo e, quindi, verso una legislazione penale ipertrofica, dall'altro, una serie di modifiche – spesso estemporanee – al sistema processuale, con notevoli ricadute sul piano applicativo[4].

Il ricorso alla decretazione d'urgenza del febbraio 2009 è stato determinato dalla necessità di fronteggiare il diffuso allarme sociale sul preteso «costante aumento» di fenomeni di violenza sessuale ed atti persecutori[5], incremento di fatto smentito dai dati del Dipartimento per la Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno, che attestano una rilevante diminuzione, nel corso del 2008 e rispetto all'anno precedente, di tali reati[6].

D'altra parte, è ormai noto come in Italia sussista un accentuato divario tra realtà fenomenologica della criminalità e percezione sociale di essa[7] e che tra i fattori distorsivi un ruolo di primario rilievo sia svolto dai mezzi di comunicazione[8]. In questo terreno si colloca il provvedimento *de quo* che, incidendo in maniera disarticolata sul codice di rito, di fatto contribuisce a scardinare l'originario sistema di garanzie cui il processo penale era improntato (si pensi, innanzitutto, alle innovazioni in materia cautelare).

Le novità di maggior rilievo interessano essenzialmente due aree:

[3] Per l'analisi dei rapporti tra emergenza e legislazione speciale, alla luce delle garanzie costituzionali, G. Riccio, *Politica penale dell'emergenza e costituzione*, Napoli, 1982. Sul fenomeno della legislazione emergenziale degli ultimi anni, si rinvia alle riflessioni di S. Lorusso, *Il fascino discreto dell'emergenza*, in Aa.Vv., a cura di S. Lorusso, *Le nuove norme sulla sicurezza pubblica*, Padova, 2008, p. XXI.

[4] É il caso, ad esempio, della eliminazione del c.d. "patteggiamento in appello", avvenuta con l'abrogazione degli artt. 599 commi 4 e 5 c.p.p. e 602 comma 2 c.p.p., ad opera del d.l. 23 maggio 2008, n. 92 convertito nella legge 24 luglio 2008, n. 125.

[5] In questi termini si esprime la Relazione al disegno di legge, in www.giustizia.it

[6] Un estratto dei dati forniti dal Dipartimento per la Pubblica Sicurezza del Ministero dell'Interno per l'anno 2008 è pubblicato su *Guida al diritto*, n. 10, 7 marzo 2009, p. 41, cui si rinvia anche per il commento di E. Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione d'urgenza condizionato dal diffuso allarme sociale*.

[7] In argomento, cfr. M. Bertolino, *Privato e pubblico nella rappresentazione mediatica del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, 1070 ss, ove l'A. osserva come la delinquenza sessuale rientri tra quei crimini definiti "campanello d'allarme" per il pubblico, *signal crimes*, reati civetta, ovverosia illeciti la cui percezione, a differenza di altre tipologie delittuose, suscita un generalizzato e forte allarme sociale e di conseguenza, un altrettanto «generalizzato bisogno di sicurezza dei cittadini nei confronti della criminalità indistintamente considerata».

[8] Sul punto, si veda Aa. Vv., a cura di G. Forti ed M. Bartolino, *La televisione del crimine. Atti del Convegno «La rappresentazione televisiva del crimine»*, Milano, 2005.

la tutela cautelare e precautelare e la concessione dei benefici *ex* art. 4-*bis* della legge sull'ordinamento penitenziario.

Ulteriori – ma non cruciali – modifiche riguardano, invece, l'incidente probatorio e l'esame testimoniale.

La logica di fondo è nel segno di un inasprimento esemplare e soprattutto visibile del sistema processuale e penitenziario, scandito dall'estensione dei casi di arresto in flagranza e di custodia cautelare obbligatoria e dalla riduzione dell'accesso alle misure alternative e premiali.

Tuttavia, a fronte di un nuovo momento di erosione di quel complesso di garanzie alla base del meccanismo processuale, non pare emerga una valida risposta sul piano dell'efficienza, soprattutto ove si consideri che per il contrasto ai reati in esame servirebbero politiche sociali di più ampio respiro.

È ormai una costante l'abbandono di progetti più ambiziosi – si pensi alla bozza di legge delega realizzata nella scorsa legislatura per la riforma del codice di procedura penale[9] – per inseguire una politica della sicurezza ormai schiava della logica dell'emergenza[10]: nonostante i continui moniti della dottrina[11] e le esperienze degli ultimi decenni, sembra non sia ancora chiaro che senza un quadro organico, ogni riforma sporadica è inesorabilmente destinata a stravolgere i delicati equilibri del "pianeta giustizia" aggravandone i mali.

## 2. *L'estensione della custodia cautelare obbligatoria al di fuori delle ipotesi dell'art. 416-*bis *c.p.*

Con l'art. 2 della legge n. 38 del 2009, che modifica il comma 3° dell'art. 275 c.p.p., viene ampliato il novero di delitti per i quali, in presenza di gravi indizi di colpevolezza, vige la duplice presunzione legale di esistenza di almeno un *periculum libertatis* e di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere.

Se il testo precedente la riforma, oggetto di molteplici novelle ad opera del Legislatore[12], prevedeva tale regime soltanto per i reati di as-

[9] Si tratta dell'Articolato predisposto dalla Commissione ministeriale per la riforma del codice di procedura penale presieduta dal Prof. G. Riccio.

[10] Su questi temi, si rinvia alle riflessioni di A. De Caro, *La riforma del rito direttissimo*, in Aa. Vv., a cura di A. Scalfati, *Il decreto sicurezza, d.l. n.92/98 convertito con modifiche in legge n. 125/2008*, Torino, p. 153-156.

[11] Si veda, ad esempio, T. Padovani, *Promemoria sulla questione giustizia*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 4023.

[12] La presunzione legale fu introdotta con l'art. 5 della l. 12 luglio 1991, n. 203 e successivamente venne ridotto l'elenco dei reati ivi contemplati con l'art. 5 della l. 8 agosto 1995, n. 332.

sociazione mafiosa (art. 416-*bis* c.p.)[13], la norma, oggi, impone la medesima disciplina anche in relazione alle fattispecie di: omicidio volontario, sequestro di persone a scopo di estorsione, riduzione in schiavitù, tratta di persone, delitti di terrorismo, associazione finalizzata al traffico di stupefacenti o al contrabbando di tabacchi, pornografia e prostituzione minorile, oltre ai delitti di violenza sessuale, atti sessuali con minorenne e violenza sessuale di gruppo, quando non siano applicabili le circostanze attenuanti contemplate dalle relative disposizioni codicistiche.

Pur trattandosi di una serie di delitti particolarmente gravi e che colpiscono beni di primaria importanza, non possono celarsi perplessità sulla scelta di dilatare il perimetro applicativo della c.d. custodia cautelare obbligatoria[14], tanto più ove si consideri che la norma era stata introdotta al fine di sollevare il giudice dall'onere di motivare l'applicazione della misura carceraria, in particolari situazioni di pressione ambientale determinate dalla presenza dell'associazione mafiosa.

E, difatti, la Corte costituzionale, nel dichiarare manifestamente infondata la questione di legittimità dell'art. 275 comma 3 c.p.p., in riferimento agli artt. 3, 13 comma 1 e 27 comma 2 Cost., aveva chiarito come la delimitazione della norma all'area dei delitti di criminalità organizzata di tipo mafioso rendesse palese la non irragionevolezza dell'esercizio della discrezionalità legislativa, avuto riguardo all'elevato «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva che agli illeciti di quel genere è connaturato»[15].

L'incisiva deroga ai princìpi e criteri di ordine generale posti a garanzia della decisione sull'*an* e sul *quomodo* dell'intervento cautelare, se già per i delitti di stampo mafioso aveva sollevato pesanti critiche in dottrina – che denunciavano un ritorno di fatto alla «cattura obbligatoria» prevista dal Codice Rocco[16] – non può sottrarsi ad analoghe e forse maggiori riserve con riguardo ai reati a sfondo sessuale: in questo caso, infatti, la presunzione di adeguatezza della sola custodia cautelare non

[13] La norma si riferiva anche a delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis* c.p., o al fine di agevolare le attività delle associazioni dello stesso tipo.

[14] Come osserva E. Marzaduri, *Il ricorso alla decretazione*, cit., p. 40, nella relazione al disegno di legge di conversione si parla impropriamente di «obbligatorietà della custodia in carcere», ma l'errore in cui è incorso il relatore rappresenta un *lapsus* che riflette un dato non controverso nella prassi giudiziaria: l'esistenza di un'ipotesi di custodia in carcere obbligatoria, perché fondata solo sui gravi indizi di colpevolezza.

[15] Corte cost., ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in *Cass. pen*., 1996, p. 449.

[16] Così, E. Zappalà, *Le garanzie giurisdizionali in tema di libertà personale e di ricerca della prova*, in *Libertà personale e ricerca della prova nell'attuale assetto delle indagini preliminari*, Milano, 1993, p. 53.

è giustificata dall'esigenza di contrastare la criminalità mafiosa e si pone, pertanto, al di fuori della "copertura" fornita dalla giurisprudenza costituzionale[17].

In questa prospettiva, considerando che l'unica possibilità per l'indagato di sottrarsi alla custodia in carcere si riduce alla *probatio diabolica*[18] dell'insussistenza di esigenze cautelari, non sembra irrealistico considerare il meccanismo in esame come una «sostanziale anticipazione del trattamento sanzionatorio»[19].

Fin troppo chiari i punti deboli di tale congegno normativo: l'applicazione automatica della più grave misura coercitiva, in conseguenza della sola imputazione, collide con gli artt. 13 comma 2 e 111 comma 6 Cost., che impongono, rispettivamente, l'obbligo di motivare i provvedimenti in materia *de libertate* e, in generale, tutti quelli giurisdizionali.

Non risulta, pertanto, azzardato prevedere la proposizione, nel breve termine, di nuove questioni di legittimità costituzionale inerenti all'art. 275 comma 3 c.p.p.

Appaiono opportune, inoltre, alcune riflessioni sul piano del diritto intertemporale.

Nello specifico, problemi non marginali si pongono in riferimento alle sorti delle misure coercitive diverse dalla custodia cautelare in carcere, disposte in base alla normativa previgente e per le quali non siano ancora scaduti i termini massimi, di fase o complessivi.

Come noto, la materia della successione delle leggi processuali è retta, in virtù dell'art. 11 delle preleggi, dal principio *tempus regit actum*, secondo cui le norme procedurali si applicano a tutte le situazioni processuali pendenti al momento della loro entrata in vigore.

Invero, in ambito cautelare l'interpretazione di tale controversa regola è tutt'altro che univoca[20], tanto più quando la norma successiva,

[17] La questione fu sottoposta con riferimento all'eccessiva durata della custodia cautelare anche all'attenzione della Corte Europea dei Diritti dell'uomo, sent. 24 agosto 1998, Contrada c. Italia, in *Riv. int. d. uomo*, 1998, 941, che osservò come le esigenze di contrasto alla criminalità mafiosa giustificano eventuali deroghe legislative ai principi sopranazionali di cui all'art. 5 § 3 CEDU, e che la presunzione in oggetto, essendo relativa, è in armonia col sistema.

[18] Si consideri, inoltre, l'impossibilità di fornire elementi che attestino la non necessità di misure cautelari in situazioni di precarietà conoscitiva come nel caso di ordinanza contestuale alla convalida di arresto; su punto cfr. ALTIERI, *Applicazione della misura cautelare e illegittimità costituzionale del d.l. 9 settembre 1991, n. 292,* in *Arch, n. proc. pen.*, 1992, p. 88.

[19] Così E. MARZADURI, voce *Misure cautelari personali (Princìpi generali e disciplina)* in *Dig. disc. pen.*, vol. VIII, Torino, 1994, p. 73.

[20] Sul punto si rinvia a O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, p. 382 ss.

come nel caso in analisi, si rivela sfavorevole al soggetto ristretto.

Per un approccio schematico alla questione, è necessario osservare come lo *jus superveniens*, pur incidendo, in questa ipotesi, sulla disciplina dei presupposti applicativi della misura – e quindi sull'atto che rappresenta il titolo della cautela – non può determinare la caducazione dei provvedimenti *de libertate* emessi prima dell'entrata in vigore di una nuova normativa per contrasto con questa[21].

Né pare possibile conformarsi a quell'indirizzo, invero minoritario[22], che, in casi analoghi, optava per un adeguamento automatico disposto ai sensi dell'art. 299 comma 4 c.p.p., perché tale norma si riferisce all'aggravamento delle esigenze cautelari dipendente da una situazione di fatto.

L'unica via in concreto praticabile, anche se non del tutto convincente, potrebbe essere quella della revoca del provvedimento, *ex* art. 299 comma 1 c.p.p. con successiva applicazione della misura più grave, in linea con quanto affermato già nel 1992 dalle Sezioni Unite[23], chiamate a risolvere lo stesso problema sollevato dall'entrata in vigore del d.l. 9 settembre 1992, n. 292.

Invero, non possono tacersi dubbi sulla correttezza di questa soluzione, che appare una palese forzatura dell'istituto della revoca, la quale opera solo in *bonam partem*.

D'altronde, considerando che gli arresti domiciliari in atto sono stati applicati con una ordinanza legittimamente emessa sotto la vigenza della vecchia norma, incidere sugli effetti di quel provvedimento – mediante revoca o sostituzione – significherebbe rivalutare «ora per allora» l'atto generatore sulla base della nuova disciplina, in aperta violazione del principio di irretroattività.

Appare, pertanto, più corretto ritenere non estendibile alle situazioni cautelari pendenti il nuovo art. 275 comma 3 c.p.p.

### 3. *Il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa*

L'art. 9 della legge in commento ha introdotto, con evidenti finalità simboliche e di prevenzione speciale[24], all'interno della categoria delle

[21] In questi termini, Cass. sez. II, 17 novembre 1995, Di Paola, in *CED cass*. 204276.

[22] Per questo orientamento, Cass. sez. VI, 31 gennaio 1992, Finizio, in *Riv. it. dir. proc. pen*., 1992, 1481, con nota di F. Peroni e sez II, 13 dicembre 1991, Zani, in *Foro. it*., 1992, II, 1, con nota critica di G. Di Chiara.

[23] Cass. su., 27 marzo 1992, Di Marco, in *CED cass*. 190246.

[24] Così, il parere del CSM sul decreto legge 23 febbraio 2009, n. 11, delibera del 2 aprile 2009, consultabile in www.astrid-online.it/rassegna/10-04-2009/CSM p. 6.

misure coercitive, il divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa (art. 282-*ter* c.p.p.), istituto già presente nell'ordinamento di molti paesi dell'Unione Europea, oltre che in quello statunitense[25].

Viene, in questo modo, perfezionato l'*iter* già avviato con la legge n. 154 del 4 aprile 2001 in materia di violenza nelle relazioni familiari, che a sua volta aveva previsto, tramite l'art. 282-*bis* c.p.p., l'allontanamento dalla casa familiare.

In virtù della nuova norma, il giudice può prescrivere all'imputato di non avvicinarsi a luoghi determinati, frequentati abitualmente dalla persona offesa, e di mantenere «una determinata distanza» dalla stessa e dai predetti luoghi; qualora sussistano ulteriori esigenze di tutela, il divieto può essere esteso ai luoghi frequentati dai prossimi congiunti della persona offesa o da persone a questa legate da relazione affettiva o convivenza; il giudice può anche impedire all'imputato di comunicare con qualsiasi mezzo con le persone suindicate.

Il comma 4 dello stesso articolo rimanda all'autorità giudiziaria l'individuazione di modalità specifiche e limitazioni nell'accesso ai luoghi quando la frequentazione dei predetti spazi sia necessaria per esigenze abitative o di lavoro.

La misura è stata introdotta col dichiarato intento di fornire una risposta sul piano cautelare al reato di *stalking*[26], per il quale è stata prevista come pena edittale la reclusione da sei mesi a quattro anni, rendendo così possibile, ai sensi dell'art. 280 c.p.p., l'applicazione di qualsiasi misura coercitiva.

Risulta palese, già ad una prima lettura, come la stessa formulazione della norma sia speculare all'art. 612-*bis* comma 1 c.p.[27], facendo proprio un troppo vago riferimento alle «persone conviventi» con la persona offesa «o comunque legate da relazione affettiva».

Allo stesso modo, l'indicazione di una non meglio definita «determinata distanza» dai luoghi frequentati dalla vittima – o dai suoi *latu sensu* congiunti –, che il giudice potrebbe imporre all'imputato, desta non poche perplessità anche sul piano pratico.

Di certo, la *littera legis,* in questi casi, si mostra carente della deter-

[25] Per alcuni cenni alle normative comunitarie e statunitense in materia di atti persecutori, si vedano le *Schede di lettura febbraio 2009, n. 98, Disegni di legge AA. SS. Nn. 451, 751,795, 861 e 1348, in materia di* stalking, del Servizio Studi del Senato, consultabile sul sito www.senato.it

[26] Si veda, in proposito, la Relazione al disegno di legge, cit.

[27] Per l'analisi degli aspetti di diritto penale sostanziale si rinvia al contributo di C. Delli Carri, *infra,* p. 307.

minatezza doverosa in materia *de libertate*. Emerge, pertanto, un vistoso ampliamento della discrezionalità del giudice, sia sul versante dell'*an* della misura coercitiva, sia su quello dei contenuti della stessa, che stride con l'impianto di garanzie alla base del sistema cautelare.

D'altra parte, non può non osservarsi come i divieti e le prescrizioni previsti dall'art. 282-*ter* c.p.p. già potevano essere applicati ricorrendo, con le opportune specificazioni, al divieto di dimora *ex* art. 283 c.p.p.

## 4. *L'arresto obbligatorio per i reati di violenza sessuale*

Con l'art. 2 della legge n. 38 del 2009 viene ridefinita l'area dell'arresto obbligatorio in flagranza di reato.

Nel novero delle fattispecie per le quali è previsto l'obbligo di arresto immediato sono stati inseriti, tramite la lettera *d-bis*) aggiunta al comma 2° dell'art. 380 c.p.p., i delitti di violenza sessuale (art. 609-*bis* c.p.), esclusi i casi di minore gravità, e violenza sessuale di gruppo (art. 609-*octies* c.p.). Per le ipotesi di cui all'art. 609-*bis* c.p. procedibili a querela, l'arresto potrà essere eseguito solo qualora la stessa venga proposta, anche oralmente, all'ufficiale o all'agente di polizia giudiziaria presente nel luogo, secondo la previsione *ex* art. 380 comma 3 c.p.p.

Come giustamente osservato[28], la «minore gravità» del fatto-reato, indicata dall'art. 609- *bis* comma 3 c.p.p., che esclude l'automatismo dell'arresto obbligatorio, è secondo giurisprudenza costante una circostanza attenuante speciale che, in quanto tale, può essere applicata solo dal giudice all'esito di una valutazione processuale complessiva[29]: non convince, pertanto, la scelta di demandare tale apprezzamento alla polizia giudiziaria intervenuta in flagranza di reato. Dalla modifica all'art. 380 c.p.p. consegue che, anche per i suddetti reati, si accederà al rito direttissimo, così come innovato dalla l. 125 del 24 luglio 2008[30].

## 5. *La riscrittura dell'art.* 4-bis *ord. pen.: nuovi limiti per la concessione dei benefici penitenziari*

Particolare attenzione merita la modifica all'art. 4-*bis* ord. pen., che

[28] Così, il parere del *CSM* , cit., p. 2.

[29] In questo senso, tra le tante, Cass., sez. III,24 marzo 2000, n. 5646, in *Cass. pen.*, 2002, 1427.

[30] Sulla recente modifica alla disciplina del rito direttissimo si rinvia ad A. De caro, *La riforma del rito direttissimo*, cit. p. 153 ss.

estende ai reati a sfondo sessuale la disciplina più rigorosa prevista per la criminalità organizzata in materia di misure alternative e premiali.

Nel tentativo di "riordinare" il suddetto articolo, già oggetto di importanti variazioni dal 1992 al 2006[31], il primo comma viene scomposto e sostituito da altri quattro.

Viene ampliato, innanzitutto, il divieto di concessione di benefici penitenziari, come l'assegnazione al lavoro esterno, i permessi premio e le misure alternative alla detenzione – eccetto la liberazione anticipata –, anche ai delitti di induzione, favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*bis* c.p.), pornografia minorile (nelle più gravi fattispecie di cui all'art. 600-*ter* commi 1 e 2 c.p.)[32], violenza sessuale di gruppo (art. 609- *octies* c.p.).

Al detenuto o internato per tali reati, che volesse accedere a suindicati benefici, è imposto l'obbligo di collaborare con la giustizia, mentre nell'ipotesi di cui all'art. 609-*octies* c.p. deve ricorrere anche l'esito positivo dell'«osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno»[33].

Viene introdotta, inoltre, come condizione necessaria, l'esistenza di elementi che escludano «l'attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, terroristica o eversiva».

Nel comma 1-*ter* sono stati inseriti i delitti di violenza sessuale (art. 609 *bis* c.p., esclusi i casi di minore gravità), pornografia minorile (nelle ipotesi di distribuzione e divulgazione di materiale pornografico e nelle altre previste dall'art 600-*ter* comma 3 c.p.), iniziative turistiche volte allo sfruttamento della prostituzione minorile (art. 600-*quinquies* c.p.), atti sessuali con minorenne (art. 609-*quater* c.p.), per i quali la concessione delle misure premiali potrà avvenire in assenza di indici di collegamento con associazioni criminali, terroristiche o eversive.

Il Legislatore ha, da ultimo, espressamente sottoposto l'accesso ai benefici *de quibus*, nei casi di detenuti o internati per i delitti a sfondo sessuale, all'esito positivo dell'osservazione scientifica della personalità condotta collegialmente per almeno un anno (comma 1-*quater*).

[31] L'art. 4-*bis* ord. penit. è stato introdotto dall'art. 1 d.l. 13 maggio 1991 n. 152, conv. in l. 12 luglio 1991 n. 203 e successivamente modificato dall'art. 15 d.l. 8 giugno 1992 n. 306, conv. in l. 7 agosto 1992 n. 356 e dall'art. 1 d.l. 14 giugno 1993 n. 187, conv. in l. 12 agosto 1993 n. 296; da ultimo la norma è stata modificata dalla legge 6 febbraio 2006 n. 38.

[32] Ovverosia realizzazione di esibizioni o produzione di materiale pedopornografico, induzione di minorenni a partecipare a esibizioni pornografiche, commercio del predetto materiale.

[33] Tale condizione è espressamente indicata nel comma 1-*quater* dell'art. 4-*bis* ord. penit.

Senza dubbio la nuova formulazione della norma appare un tipico prodotto della legislazione emergenziale: caotica, contorta e di non agevole interpretazione.

Si è voluto, infatti, rimarcare il rigore quasi draconiano della risposta dello Stato nei confronti dei delitti a sfondo sessuale, con l'obiettivo di rassicurare la collettività sulla certezza dell'esecuzione della pena[34], incorrendo però in alcune evidenti incongruenze.

Difatti, il requisito della collaborazione del condannato, previsto dal comma 1, appare possibile esclusivamente nelle ipotesi di condotte strutturate o ramificate e, d'altro canto, la richiesta di elementi che evidenzino l'assenza di legami con la criminalità organizzata risulta ultroneo, trattandosi di collegamenti improbabili data la natura stessa di tali delitti.

Anche l'accento posto sulla necessità di procedere all'osservazione scientifica per almeno un anno ha più valore simbolico che portata innovativa, essendo la stessa già prevista per l'individualizzazione del trattamento penitenziario e per la concessione di qualsiasi misura alternativa e premiale.

È opportuno evidenziare che, in virtù del rinvio formale e non recettizio all'art. 4-*bis* ord. penit. contenuto nell'art. 656 comma 9 lett. a) c.p.p.[35], non potrà essere disposta la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive inferiori a 3 anni per le nuove fattispecie ivi contemplate.

Sul versante del diritto intertemporale, può affermarsi l'immediata applicabilità del nuovo testo dell'art. 4-*bis* ord. penit., anche nei confronti di soggetti già condannati per fatti pregressi, posto che le nuove disposizioni, non riguardando l'accertamento del reato o l'irrogazione della pena, ma soltanto l'esecuzione della stessa, soggiacciono al principio *tempus regit actum*, e non alle regole in materia di successione di norme penali nel tempo degli artt. 2 c.p. e 25 Cost., secondo quanto chiarito dalle Sezioni Unite nel 2006[36].

[34] Si vedano, a riguardo, le brevi ma chiare indicazioni rinvenibili sul sito del Ministero per l'Attuazione del Programma di Governo, in www.attuazione.it/adon.pl

[35] La norma si limita, infatti, ad affidare al richiamo l'individuazione delle categorie di delitti per i quali non si applica la sospensione dell'esecuzione delle pene detentive brevi; così, Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Aloi, in *CED cass*. 233975 -233976.

[36] Cass., Sez. un., 30 maggio 2006, Aloi, cit., che conferma l'orientamento già espresso, altresì, da Sez. I, 15 dicembre 1998, Galluccio, in *Cass. pen*., 2000, p. 118, secondo cui «i procedimenti di esecuzione ancora in corso al sopravvenire di una nuova legge debbono da questa essere regolati allorché ancora non siano stati definiti» ; nonché Id., 30 novembre 1998, De Fazio, in *CED cass.* n. 212106.

### *6. Le modifiche in tema di formazione della prova*

Con la riformulazione del comma 1-*bis* dell'art 392 c.p.p. viene previsto l'incidente probatorio anche per l'assunzione della testimonianza del minorenne (e non più del solo infrasedicenne) e della persona offesa maggiorenne, nei processi per i delitti ivi contemplati, cui sono state aggiunte le fattispecie di maltrattamenti in famiglia e *stalking*.

Con tale modifica il Legislatore ha recepito le direttive sancite dalla Grande Camera della Corte di Giustizia con la sentenza 15 giugno 2005, Pupino, ove si auspicava l'estensione dei casi di incidente probatorio a tutte quelle ipotesi in cui soggetto coinvolto fosse una vittima particolarmente vulnerabile, al fine di «ridurre al minimo la ripetizione degli interrogatori e di impedire le conseguenze pregiudizievoli, per le dette vittime, della loro deposizione in pubblica udienza», evitando il fenomeno della c.d. "vittimizzazione secondaria" della persona offesa[37].

Analogamente, è estesa la possibilità di procedere con le cautele dell'art. 398 c.p.p. anche ai procedimenti relativi al reato di *stalking*, quando siano interessati all'assunzione della prova, minorenni, stabilendo ulteriormente che, qualora sussistano esigenze di tutela delle persone, l'udienza possa svolgersi presso l'abitazione dell'interessato all'assunzione della prova (art. 398 comma 5-*bis* c.p.p.).

Da ultimo, la modifica all'art. 498 comma 4-*ter* c.p.p., conformandosi alla sentenza n. 63 del 29 gennaio 2005, della Corte costituzionale[38], estende all'esame della persona offesa maggiorenne inferma di mente, l'uso del vetro specchio unitamente ad impianto citofonico, contemplandolo altresì nei procedimenti per *stalking*.

[37] Corte di Giustizia, Grande Sezione, 16 giugno 2005, Pupino, in www.associazionecostituzionalisti.it.

[38] Con tale pronuncia, pubblicata in *Cass. pen.*, 2005, p. 1832 ss., la Corte costituzionale dichiarò l'illegittimità del comma 4-*ter* dell'art. 498 c.p.p., nella parte in cui non prevedeva che l'esame del maggiorenne infermo di mente vittima del reato, venisse effettuato, su richiesta sua o del suo difensore, mediante l'uso di un vetro specchio unitamente ad un impianto citofonico.

FRANCESCO BEER

# In tema di *iudicium domesticum*, tra *familia* romana e moderne forme di collegialità domestica

SOMMARIO: 1. *Iudicium domesticum* nel diritto romano. - 2. Sull'esistenza di un *consilium domesticum*. - 3. La gestione delle dinamiche familiari nel diritto germanico. - 4. La gestione delle dinamiche familiari nelle codificazioni moderne. - 5. Il consiglio di famiglia nella codificazione italiana. - 6. Conclusione.

## 1. Iudicium domesticum *nel diritto romano*

All'interno delle dinamiche della *familia* romana, un ruolo assai controverso è quello che si tende ad attribuire al c.d. *consilium domesticum*. Intorno a tale istituto si sono svolte molteplici ricerche[1] che hanno condotto a risultati diversi e, talvolta, profondamente contrastanti[2].

I numerosi approfondimenti svolti sul tema sono motivati dalla convinzione che la presunta *iurisdictio* domestica rappresenti un elemento focale per la comprensione delle dinamiche del gruppo familiare romano, posta la centralità del ruolo occupato dalla *familia* stessa nella nascita e nell'evoluzione di una delle realtà sociali più studiate della storia. L'esistenza di un tale *"consiglio domestico"* rappresenterebbe, infatti, un elemento di profonda crisi della concezione tradizionale del sistema familiare romano, incentrato sulla pressoché totale autorità attribuita al *pater familias* su tutti i discendenti *in potestate*, come chiaro dalle fonti[3].

La questione che è stata ampiamente analizzata e su cui ci si vuo-

[1] Concordi nel ritenere esistente un *consilium domesticum*, avente la funzione di assistenza nelle decisioni attribuite al *pater familias*, sono BALDUCCI A., *Intorno al iudicium domesticum*, in *AG.*, 191, 1976, pp. 69 e ss.; DE FRESQUET R., *Du tribunal de famille chez les Romains*, in *Revue Historique de Droit Français et ètranger*, 1, 1855, pp. 125 e ss.; HUMBERT G., voce *Iudicium domesticum*, in *Daremberg-Saglio*, 1900, pp. 661 e ss.; KUNKEL W., *Das Konsilium im Hausgericht*, in *ZSS.*, 83, 1966, pp. 219 e ss.; RUGGIERO A., *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, in *Sodalitas*, Scritti in onore di A.Guarino, 4, Napoli, 1984, pp. 1593 e ss.; WESENER G., voce *Iudicium domesticum*, in *RE. Suppl*. 9, 1962, pp. 373 e ss.

[2] Fortemente critico in relazione all'esistenza di un *consilium domesticum* VOLTERRA E., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, in *RISG*, 85, 1948, pp. 103 e ss.

[3] *In primis* cfr. GAI., 1.55: *"Item in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est; fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus"*.

le qui soffermare è quella, dunque, di valutare se esista una giurisdizione collegiale all'interno della *familia*, o se essa sia stata monocratica ed unicamente affidata al *pater*[4]. Ammessa poi l'esistenza di un organo di questo genere diventa necessario comprendere se il medesimo avesse delle funzioni meramente consultive o, altrimenti, potesse incidere attivamente sulle decisioni del *pater familias*; strettamente connessa risulta poi la problematica sulla giurisdizione[5] attribuita in ambito familiare, se essa potesse essere sostitutiva, o semplicemente complementare, a quella pubblicistico-statuale[6]. D'altra parte le teorie aventi a base il confronto tra il sistema pubblico[7] e quello familiare sono state alla base della dottrina romanistica[8], mentre la letteratura sul tema del *consilium* non appare particolarmente vasta, essendo le fonti che attestano l'istituto non molto abbondanti.

Vi è chi sostiene senza mezzi termini che la necessità giuridica di sottoporre le decisioni ad un *consilium domesticum* sia *"una leggenda che le fonti attribuiscono ai tempi più antichi, ma che la critica storica ha convincentemente sfatato"*[9], ma non mancano anche testimonianze circa la presenza di decisioni collegiali all'interno della *familia*: le principali discussioni si sono rivolte all'interpretazione delle fonti esistenti, certamente di difficile valutazione ermeneutica.

[4] Sull'organicità del sistema familiare romano e sui rapporti tra *familia* e società cfr., in ultimo, TAFARO S., *Riflessioni su* familia *e* societas humana, in *Scritti Franciosi*, IV, p. 2537-2561. In particolare l'Autore ivi afferma, p. 2557, che la *familia* è *"schiacciata dal preponderante ed assorbente potere assoluto del* paterfamilias, *la cui* potestas *sarebbe stata senza limiti e, secondo alcuni, addirittura paragonabile a quella di un sovrano"*.

[5] In relazione alla giurisdizione pubblica nel periodo fine-repubblicano cfr. KUNKEL W., *Linee di storia giuridica romana*, trad. Tullio e Bianca Spagnuolo Vigorita, Napoli, 1973, pp. 92 e ss.

[6] Non vi è dubbio che a livello pubblicistico vi fossero molteplici esempi di organismi consultivi, cfr. ORESTANO R., voce *Consilium*, in *NNDI*, vol. VI, p. 222: *"E' però soprattutto nel campo del diritto pubblico che noi troviamo le testimonianze più ampie e significative intorno ai* consilia, *tanto da esser stato affermato (Mommsen) che il loro intervento rappresentava l'attuazione di un vero e proprio principio costituzionale"*.

[7] In relazione alla forte autonomia del *pater familias* e alle similitudini tra il potere statuale e quello familiare cfr. VALDITARA G., *La "familia" all'origine della "civitas": le basi della libertà dei Romani*, in *Scritti Labruna*, VIII, 2007, p. 5750: *"Del resto la* patria potestas *era il paradigma della* potestas *del* rex *e poi dei magistrati. L'identità del nome e delle prerogative, in particolare la posizione di comando su un gruppo, indicano l'analogia fra la posizione del* pater *e quella del* rex*"*. Inoltre, *ib.*, p. 5764: *"anche nei rapporti fra cittadino e stato la libertà è il termine di riferimento e anche qui presuppone una sfera di forte autonomia dei* patres*"*.

[8] Per una visione di massima della teoria politica del Bonfante cfr. VOLTERRA E., voce *Famiglia (dir.rom.)*, in *E.d.D.*, vol. XVI, pp. 723-744, il quale riporta il primo scritto in cui l'Autore riporta le sue idee in materia, cfr. BONFANTE P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana (Res mancipi e nec mancipi)*, Roma, 1888-89.

[9] Cfr. GUARINO A., *Diritto privato romano*, XII ed., 2001, Jovene, Napoli, p. 533.

Il punto di partenza ci è fornito dalla valutazione della *familia* come organismo, preesistente alla *civitas*, fondamentale nello sviluppo e nella definizione giuridica e sociale di quest'ultima. La famiglia si pone infatti nella storia di Roma come il vero e proprio nucleo primordiale, dal quale sono successivamente scaturite tutte le diverse strutture sociali: tutti i suoi componenti, nelle loro attività, rispondevano ai principi della tutela e della difesa del gruppo; l'evoluzione dei costumi e l'analisi condotta dal *ius honorarium* condussero ad una nuova definizione dei rapporti sociali, maggiormente aderente alle nuove istanze e al rinnovato assetto sociale[10].

Nel quadro della tradizione romanistica e della penetrazione del diritto romano, e romano-germanico, all'interno delle codificazioni moderne, è interessante il tema della cura del minore all'interno del Codice Napoleonico e del Codice Civile italiano del 1865. L'istituto della tutela, necessario e preordinato alla gestione del patrimonio e della persona del minore, rappresenta un punto di partenza dal quale prendere le mosse, nel contesto di un progressivo mutare del contesto sociale a tutto vantaggio di una accresciuta tutela della persona del minore, più che degli interessi economici di cui quest'ultimo era portatore. Di origine germanica sembra essere l'istituto del *Conseil de famille*, presente all'interno della codificazione napoleonica del 1804, così come è emblematica la previsione di un medesimo collegio all'interno della codificazione Pisanelli del 1865, regolato, come si avrà modo di approfondire in seguito, dagli articoli 252 e 253 del medesimo codice. La concezione pubblicistica della tutela romanistica[11] si contrappone alla valutazione della difesa del minore propria del sistema germanico, caratterizzata da una prevalenza della volontà dei membri della famiglia sul controllo pubblicistico.

Il presente lavoro non si propone di fornire ragguagli circa l'interpretazione delle fonti che trattano dell'istituto in analisi, attività nella quale si sono cimentati nel passato illustri studiosi, ma piuttosto a fornire una panoramica in relazione agli studi compiuti e alle interpretazioni fornite: si tenterà, invece, di porre l'accento sulla continuità dell'istituto all'in-

[10] Al riguardo cfr. De Martino f., *Il modello della città-stato*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, XXII, 2008, p. 458: *"il sistema romano nel suo insieme si può raffigurare come una perpetua contraddizione fra il nucleo originario delle norme relative ai poteri del padre di famiglia e le limitazioni via via poste dai mores, dai nuovi istituti elaborati dall'interpretazione dei giuristi, e dalla giurisdizione del pretore, nonché del vigile controllo dei censori"*.

[11] Cfr. Gal., *Inst.*, 1.142: *"Transeamus nunc ad aliam divisionem. Nam ex his personis, quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam vel in tutela sunt vel in curatione, quaedam neutro iure tenentur"*. Soggetti a tutela erano certamente gli impuberi, tra cui gli *infantes*.

terno delle prime codificazioni moderne, cercando di riflettere sui possibili legami tra il sistema del diritto romano, il modello germanico ed i moderni ordinamenti giuridici che da essi derivano.

## 2. *Sull'esistenza di un* consilium domesticum

Sulla tematica in analisi si è sviluppata in dottrina una lunga discussione in merito all'esistenza e alle funzioni del presunto *consilium domesticum* nel sistema del diritto romano. Parte della dottrina, con illustri eccezioni, tende a riconoscere l'esistenza di decisioni collegiali su materie di particolare rilevanza, e a ridimensionare parzialmente il principio di "assolutezza" del potere del *pater familias*. Il De Fresquet, ad esempio, nel 1855 richiama ed evidenzia l'importante ruolo svolto dal *pater* all'interno delle dinamiche familiari[12], ricordando i penetranti poteri che gli erano attribuiti[13], ma riconosce anche l'esistenza di un tribunale familiare che affonderebbe le sue radici in tempi antichissimi, probabilmente caratterizzati ancora da un'assenza del potere pubblico[14]. L'Autore ritiene, infatti, che il potere del *pater familias* non potesse estendersi oltre limiti ben precisi, superati i quali si sarebbe reso necessario il ricorso al parere del *consilium domesticum*[15]: sulla base dell'analisi di plurime fonti[16] egli perviene alla conclusione che *"le tribunal domestique était forcément composé des cognats jusqu'au sixième degré"*[17]. Il De Fresquet mostra di ritenere che il tribunale domestico potesse giudicare sia in relazione a delitti

[12] Cfr. De Fresquet r., *Du tribunal de famille chez les Romains*, cit., p. 125: «*On sait le rôle immense que joue la puissance paternelle dans les théories du droit civil de Rome*».

[13] *Ib.*, p. 126: «*La puissance paternelle s'exerçait aussi avec une grande ènergie sur la personne des fils de famille*».

[14] *Ib.*, p. 130: «*On peut dire avec raison que l'origine du tribunal de famille se perd dans la nuit des temps. C'est une tradition conservée de l'epoque où les hommes vivaient encore à l'ètat de tribu. Avant de former des nations. Dans cette période de la civilitation, c'est dans la famille que la jurisdiction s'exerce, avec d'autant plus d'énergie que la puissance sociale n'existe pas encore; il faut bien des siècle, bien des révolution pour que la notion de l'Etat, personne morale, arrive à se dégager et à produire des conséquences pratiques, surtout pour le droit pénal*».

[15] *Ib.*, «*Le père de famille et le mari qui avait la manus ne pouvaient pas dépasser certaines limites dans l'exercice de leur autorité ; quand il voulaient aller au-delà des simples actes de correction, il leur fallait l'avis et l'appui du tribunal domestique, dont l'opinion contraire pouvait les paralyser. Les pères de familles étaient probablement soumis, comme Lucius Scipion, à cette jurisdiction des parents*».

[16] Il De Fresquet analizza i passi di Val.Max., Liv. II, 4, 2; ib., Liv., III, 5, 1; ib., Liv., V, 8, 2; ib., Liv., V, 8, 3; ib., Liv., VI, 1, 1; ib., Liv., VI, 3, 11; Svet., Tib., 35; Tac., Ann., Liv. XIII, 32, concludendo che in nessuno dei passi richiamati emerge la parola *agnatus*.

[17] *Ib.*, p. 145.

di diritto privato sia in relazione a delitti di diritto pubblico e che, quindi, *"il est donc permis de penser que, pour les hommes, la compéteance du tribunal domestique pouvait s'appliquer à tous les crimen sans exception"*[18]. Tuttavia nel 1935 il Volterra critica le deduzioni, affermando che l'analisi compiuta dalla dottrina dominante ha, in realtà, nelle fonti solo *"un riscontro apparente"*: a parere del Maestro l'analisi delle stesse *"non solo non conferma, ma anzi fornisce una serie di elementi che fanno fortemente dubitare della sua verosimiglianza e che permettono di avanzare varie osservazioni in proposito"*[19].

È un dato oggettivo che all'interno delle fonti vi siano numerose testimonianze circa un *iudicium domesticum*, o meglio si possono evidenziare delle espressioni terminologiche che parrebbero ricondurre a tale istituto[20]. In Cicerone[21], nell'orazione contro Lucio Calpurnio Pisone, si può incontrare il termine *iudicium domesticum* utilizzato con il significato di *"giudizio morale dei cittadini"* o meramente di *"opinione"*[22], analogamente appare in un passo di Tacito[23], che, tuttavia, per il Volterra *"non comprova affatto l'esistenza di una giurisdizione famigliare distinta da quella pubblica, ma anzi depone contro di essa, in quanto il marito appare agire non iure proprio, ma quale delegato della pubblica autorità in vece di questa"*[24]. Sul punto differente e più recente dottrina[25] ha ritenuto che *"quì il Volterra*

[18] *Ib.*, p. 145: *«Tous les actes qui sont au-delà doivent être rangés dans deux grandes catégories: les dèlits du droit privé et les délits du droit public…Or, nous avons vu que le tribunal domestique statuait sur des actes rentrant dans l'une et l'autre classe».*

[19] Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 105.

[20] Proprio in riferimento alla valutazione della terminologia adottata nelle fonti il Volterra ammonisce che *"gli studiosi non si sono mai preoccupati di chiarire cosa significhino esattamente i termini…di giurisdizione o giustizia domestica, di iudicium o tribunale domestico e famigliare, e quali rapporti questi istituti abbiano con la patria potestas"*. Cfr. *Ib.*, pp. 105-106.

[21] Cic., *In Pis.*, 40, 97: *"Ad horum omnium iudicia tot atque tanta domesticum iudicium accessit sententiae damnationis tuae, occultus adventus, furtivum iter per Italiam, introitus in urbem desertus ab amicis, nullae ad senatum e provincia litterae, nulla ex trinis aestivis gratulatio, nulla triumphi mentio".*

[22] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 110.

[23] Tac., Ann., 13.32 : « *Factum et senatus consultum ultioni iuxta et securitati, ut si quis a suis servis interfectus esset, ii quoque, qui testamento manu missi sub eodem tecto mansissent, inter servos supplicia penderent. redditur ordini Lurius Varus consularis, avaritiae criminibus olim perculsus. et Pomponia Graecina insignis femina, [A.] Plautio, quem ovasse de Britannis rettuli, nupta ac superstitionis externae rea, mariti iudicio permissa. isque prisco instituto propinquis coram de capite famaque coniugis cognovit et insontem nuntiavit. longa huic Pomponiae aetas et continua tristitia fuit. nam post Iuliam Drusi filiam dolo Messalinae interfectam per quadraginta annos non cultu nisi lugubri, non animo nisi maesto egit; idque illi imperitante Claudio impune, mox ad gloriam* vertit".

[24] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 123.

[25] Cfr. Balducci a., *Intorno al iudicium domesticum*, cit., p. 85.

*interpoli nel passo l'idea di una delega da parte dell'Imperatore (…) ma, il termine* "permessa" *allude solo ad un permettere derivante dai mores. D'altra parte, anche se delegato, sussisterebbe pur sempre un potere giurisdizionale di Plauto sulla moglie"*; aggiungendo *(…) "sembra, infine, che il Volterra non abbia tenuto conto alcuno della tacitiana frase* "prisco instituto propinquis coram"*, dalla quale risulta che non di una delega imperiale si tratta, ma di un potere nascente da un* "prisco instituto"*, dai mores"*[26]. Occorre comunque ricordare che il passo è richiamato anche dal De Fresquet[27], con l'espressione: *"Tacite rapporte encore l'example d'un mari présidant le tribunal des proches et acquittant sa femme, accuse de s'être faite chrétienne… »*.

In Valerio Massimo compare più volte la menzione del termine *consilium*, in primo luogo nel quinto libro del suo manuale[28]; all'interno di questo passo si parla di un *consilium necessariorum* così come in altro punto dell'opera[29], laddove era precedentemente utilizzata l'espressione *"propinquorum et amicorum consilium"*[30], ma anche semplicemente *"consilium*

[26] Cfr. Ib., p. 86.

[27] Cfr. De Fresquet r., *Du tribunal de famille chez les Romains*, cit., p. 131.

[28] Val. Max., 5.8.3: *"T. autem Manlius Torquatus, propter egregia multa rarae dignitatis, iuris quoque civilis et sacrorum pontificalium peritissimus, in consimili facto ne consilio quidem necessariorum indigere se credidit: nam cum ad senatum Macedonia de filio eius D. Silano, qui eam provinciam optinuerat, querellas per legatos detulisset, a patribus conscriptis petiit ne quid ante de ea re statuerent quam ipse Macedonum filiique sui causam inspexisset. summo deinde cum amplissimi ordinis tum etiam eorum, qui questum venerant, consensu cognitione suscepta domi consedit solusque utrique parti per totum biduum vacavit ac tertio plenissime die diligentissimeque auditis testibus ita pronuntiavit: 'cum Silanum filium meum pecunias a sociis accepisse probatum mihi sit, et re publica eum et domo mea indignum iudico protinusque e conspectu meo abire iubeo'. tam tristi patris sententia perculsus Silanus lucem ulterius intueri non sustinuit suspendioque se proxima nocte consumpsit. peregerat iam Torquatus severi et religiosi iudicis partis, satis factum erat rei publicae, habebat ultionem Macedonia, potuit tam verecundo fili obitu patris inflecti rigor: at ille neque exequiis adulescentis interfuit et, cum maxime funus eius duceretur, consulere se volentibus vacuas aures accommodavit: videbat enim se in eo atrio consedisse, in quo imperiosi illius Torquati severitate conspicua imago posita erat, prudentissimoque viro succurrebat effigies maiorum suorum cum titulis suis idcirco in prima parte aedium poni solere, ut eorum virtutes posteri non solum legerent, sed etiam imitarentur".*

[29] Val. Max., 6.1.1.: *"Dux Romanae pudicitiae Lucretia, cuius uirilis animus maligno errore fortunae muliebre corpus sortitus est, a <Sex.> Tarquinio regis Superbi filio per uim stuprum pati coacta, cum grauissimis uerbis iniuriam suam in concilio necessariorum deplorasset, ferro se, quod ueste tectum adtulerat, interemit causamque tam animoso interitu imperium consulare pro regio permutandi populo Romano praebuit".*

[30] Val. Max., 5.8.2.: *"Huius aemulatus exemplum Cassius filium suum Sp. Cassium, qui tribunus pl. agrariam legem primus tulerat multisque aliis rebus populariter actis animos hominum amore sui devinctos tenebat, postquam illam potestatem deposuit, adhibito propinquorum et amicorum consilio adfectati regni crimine domi damnavit verberibusque adfectum necari iussit ac peculium eius Cereri consecravit".*

*amicorum"*[31]. Riguardo alla terminologia[32] *concilium necessariorum* utilizzata da Valerio Massimo, il Volterra ritiene che *"non risulta affatto che la frase* in concilium necessariorum *usata da Valerio Massimo abbia il significato di tribunale domestico od alluda comunque all'esistenza di una giurisdizione famigliare"*[33] e che, pertanto, *"è facile rendersi conto che Valerio Massimo, ripetendo, con i consueti abbellimenti, il racconto, usasse il termine di* concilium necessariorum *in senso coerente alla tradizione della leggenda e cioè di riunione di persone legate da vincoli di parentela e di amicizia per apprendere un fatto che colpisce l'onore del congiunto"*[34]. In relazione alla versione di Livio[35] dello stupro di Lucrezia[36] l'illustre Autore rileva che *"non vi è la benché minima traccia della convocazione di un tribunale domestico: è anzi la donna, sprovvista di* patria potestas*, che manda a chiamare il padre e il marito, perché vengano* cum singulis fidelibus amicis *per essere posti al corrente dell'accaduto"*[37].

È da sottolineare, come rilevato dal Volterra[38], che il De Fresquet annovera questo passo nella lista dei riferimenti nei quali *"les écrivains romains mentionnent le tribunal domestique"*[39]. Sull'interpretazione del passo si è obiettato che "Spurius Lucretius*, padre, giunge* "cum Publio Vale-

[31] Val. Max., 2.9.2.: *"Horum seueritatem M. Valerius Maximus et C. Iunius Brutus Bubulcus censores consimili genere animaduersionis imitati sunt: L. enim Annium senatu mouerunt, quod quam uirginem in matrimonium duxerat repudiasset nullo amicorum [in] consilio adhibito. at hoc crimen nescio an superiore maius: illo nam<que> coniugalia sacra spreta tantum, hoc etiam iniuriose tractata sunt. optimo ergo iudicio censores indignum eum aditu curiae existimauerunt".*

[32] Chiara è la difficoltà ermeneutica anche per l'utilizzo dei singoli vocaboli. In relazione al termine *amicus* così si esprime Ruggiero a., *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, cit., p. 1599: *"l'analisi di altre fonti, però, mostra un uso del termine* amicus *diverso dal nostro (e diverso dallo stesso uso del latino corrente)…l'ipotesi che si può avanzare è che l'*amicus*, di cui troviamo menzione nelle fonti relative* al consilium domesticum *sia, se non un consanguineo o un parente, un soggetto molto vicino al pater (…*paternus amicus*…) a cui è legato da un rapporto che non passa necessariamente attraverso la familia, ma può riguardare anche un gruppo di dimensioni maggiori (…*amicus Corneliae gentis*…)".* .

[33] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 125.

[34] *Ib.*, p. 126.

[35] L'episodio è riportato anche da Ruggiero a., *Nuove riflessioni in tema di tribunale domestico*, cit., p. 1594. L'Autore, ivi p. 1593, afferma inserirsi *"nella scia dei sostenitori della storicità del iudicium domesticum"*.

[36] Liv., I, 58, 5-6: *"Lucretia maesta tanto malo nuntium Romam eundem ad patrem Ardeamque ad virum mittit, ut cum singulis fidelibus amicis veniant; ita facto maturatoque opus esse; rem atrocem incidisse. Spurius Lucretius cum P. Valerio Volesi filio, Collatinus cum L. Iunio Bruto venit, cum quo forte Romam rediens ab nuntio uxoris erat conventus. Lucretiam sedentem maestam in cubicolo inveniunt".*

[37] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 126.

[38] Cfr. *Ib.*, p. 126, nota 46.

[39] Cfr. De Fresquet r., *Du tribunal de famille chez les Romains*, cit., p. 142.

si", Conlatinus, *da parte sua*, "cum L. Iunio Bruto"*: l'uno e l'altro non sono presenti "per caso", come scrive il Volterra, ma perché convocati e condotti espressamente, l'uno dal padre, l'altro dal marito"*[40]; inoltre si afferma che *"non è la donna a convocare amici e parenti (…): Lucrezia prega, dunque, il padre di convocarli"*[41].

Ad un *consilium* è fatto riferimento anche in un passo di Seneca[42], all'interno del *De Clementia*, nel quale in dottrina si rinviene la competenza del tribunale domestico in merito al reato di *parricidium*. Tuttavia il Volterra ricorda come *"già* ab antiquo*, come dimostra l'istituzione* dei quaestores parricidii, *questo reato era perseguito con pena pubblica e sottoposto ad un giudizio pubblico. Su questo punto sono concordi tutti gli scrittori"*[43].

Una accesa disputa in dottrina si è aperta intorno ad un passo di Livio[44], anch'esso inserito dal De Fresquet tra quelli che confermano l'esistenza del *iudicium domesticum*[45], dal quale il Volterra ricava la convinzio-

[40] Cfr. Balducci a., *Intorno al iudicium domesticum*, cit., p. 80.

[41] Ib., p. 81.

[42] Sen., *De clem.*, 1.15.2-7: *"Tarium, qui filium deprensum in parricidii consilio damnavit causa cognita, nemo non suspexit, quod contentus exsilio et exsilio delicato Massiliae parricidam continuit et annua illi praestitit, quanta praestare integro solebat; haec liberalitas effecit, ut, in qua civitate numquam deest patronus peioribus, nemo dubitaret, quin reus merito damnatus esset, quem is pater damnare potuisset, qui odisse non poterat. Hoc ipso exemplo dabo, quem compares bono patri, bonum principem. Cogniturus de filio Tarius advocavit in consilium Caesarem Augustum; venit in privatos penates, adsedit, pars alieni consilii fuit, non dixit; 'Immo in meam domum veniat'; quod si factum esset, Caesaris futura erat cognitio, non patris. Audita causa excussisque omnibus, et his, quae adulescens pro se dixerat, et his, quibus arguebatur, petit, ut sententiam suam quisque scriberet, ne ea omnium fieret, quae Caesaris fuisset; deinde, priusquam aperirentur codicilli, iuravit se Tarii, hominis locupletis, hereditatem non aditurum. Dicet aliquis: 'Pusillo animo timuit, ne videretur locum spei suae aperire velle filii damnatione.' Ego contra sentio; quilibet nostrum debuisset adversus opiniones malignas satis fiduciae habere in bona conscientia, principes multa debent etiam famae dare. Iuravit se non aditurum hereditatem. Tarius quidem eodem die et alterum heredem perdidit, sed Caesar libertatem sententiae suae redemit; et postquam adprobavit gratuitam esse severitatem suam, quod principi semper curandum est, dixit relegandum, quo patri videretur. Non culleum, non serpentes, non carcerem decrevit memor, non de quo censeret, sed cui in consilio esset; mollissimo genere poenae contentum esse debere patrem dixit in filio adulescentulo impulso in id scelus, in quo se, quod proximum erat ab innocentia, timide gessisset; debere illum ab urbe et a parentis oculis submoveri".*

[43] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 136.

[44] Liv., II, 41.10-12*: "Quem, ubi primum magistratu abiit, damnatum necatumque constat. Sunt, qui patrem auctorem eius supplicii ferant : eum cognita domi causa uerberasse ac necasse peculiumque filii Cereri consecrauisse ; signum inde factum esse et inscriptum "ex Cassia familia datum ». Inuenio apud quosdam, idque propius fidem est, a quaestoribus Caesone Fabio et L. Valerio diem dictam perduellionis, damnatumque populi iudicio, dirutas publice aedes. Ea est area ante Telluris aedem. Ceterum, siue illud domesticum siue publicum fuit iudicium, damnatur Ser. Cornelio Q. Fabio consulibus ».*

[45] Cfr. De Fresquet r., *Du tribunal de famille chez les Romains*, cit., p. 143.

ne che *"il reato di cui era accusato Spurio Cassio poteva essere represso dallo Stato con un giudizio pubblico, malgrado che il presunto colpevole fosse un* filiusfamilias*, il che dimostra come il* paterfamilias *o il gruppo famigliare non avessero affatto una giurisdizione parallela e tanto meno esclusiva in contrapposto a quella dello Stato"*; inoltre *"la condanna, invece data dal padre, appare una manifestazione della* patria potestas*, un atto di esclusiva iniziativa del* pater*…"*[46]. Il Volterra tornerà ad esprimersi sull'esistenza del tribunale domestico, confermando *in toto* le sue argomentazioni e ribadendo che *"nei numerosi esempi fornitici dai testi letterali e giuridici…non se ne trova uno solo in cui l'atto del pater possa apparire come espressione di un potere diverso dalla patria potestas e come estrinsecazione di una volontà estranea e superiore alla sua…"*[47].

Il De Martino sembra invece aderire alla tesi dell'esistenza del *iudicium domesticum*, laddove evidenzia che *"la potestas del padre gli permette di disporre liberamente delle persone in potestate (…) Egli è l'arbitro della loro vita, per quanto concerne gl'interni rapporti familiari, può processare il figlio nel iudicium domesticum (…)"*[48], ed anche il Voci afferma che *"il padre non giudicava da solo: si faceva assistere da parenti ed amici, riuniti in un* consilium domesticum*, per pronunciare un* iudicium domesticum*: termini corrispondenti a quelli che si usavano nella sfera pubblica"*[49]. In ogni caso la complessità dei rapporti familiari e il concetto di *familia* quale gruppo "politico" emergeva anche nella esistenza, a parere di autorevole dottrina, di *"una pur eccezionale responsabilità dell'infante per gli atti da lui posti in essere"*, la quale trova una sua giustificazione *"nel principio di solidarietà gentilizio"*[50]. Anche lo Schulz osserva che *"fin dalle origini esisteva accanto all'autorità del* pater familias *una seconda autorità, la cui funzione era però in confronto del padre, giuridicamente parlando, soltanto consultiva…nei casi più gravi anche il padre di famiglia non esercita il suo potere di disciplina domestica che dietro convocazione di un* consilium*, una specie di consiglio di famiglia, la cui costituzione è d'altronde a discrezione del padre stesso e del quale egli può chiamare a far parte anche amici di famiglia e persone autorevoli"*[51].

[46] Cfr. Volterra e., *Il preteso tribunale domestico in diritto romano*, cit., p. 111.

[47] Cfr. Volterra e., voce *Famiglia (dir.rom.)*, cit., p. 740.

[48] Cfr. De Martino f., voce *Famiglia*, in *Nov.Dig.It.*, vol. VII, pp. 44.

[49] Cfr. Voci p., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1996, pp. 542-543.

[50] Al riguardo cfr. Tafaro s., *Brevi note sugli* infantes, in *Scritti Labruna*, VIII, 2007, p. 5493. L'Autore ivi afferma, inoltre, che *"in conclusione mi pare che emerga una responsabilità fondata sul solo fatto che un vivente appartenente ad un gruppo avesse recato pregiudizio ad un altro gruppo. Dal che nasceva la responsabilità (solidale) del gruppo e non avevano rilievo le circostanze soggettive di chi avesse compiuto l'atto".*

[51] Cfr. Schulz f., *I principi generali del diritto romano*, Arangio Ruiz V. (a cura di), Firenze, 1946, rist. 1995, p. 147. Ivi l'Autore richiama anche Plin., *Hist.nat.*, 36.5.37.

Indicativo è l'accostamento effettuato dall'Autore, nel passo appena citato, all'istituto del consiglio di famiglia: del medesimo e della sua disciplina all'interno di alcune codificazioni moderne si avrà modo di parlare tra breve, così come della sua probabile origine. Posta la diatriba circa l'esistenza del *consilium* all'interno del diritto romano, occorre comunque concludere che nel diritto romano certamente sussisteva un controllo familiare per i minori, i quali avevano bisogno di sostegno e di difesa[52].

### 3. *La gestione delle dinamiche familiari nel diritto germanico*

A differenza del diritto romano il diritto germanico conobbe un sistema differente di gestione delle dinamiche familiari: la famiglia aveva carattere agnatizio e la guida della medesima era affidata in ogni caso ad un singolo soggetto, attraverso l'istituto del *mundium*; in ogni modo il padre di famiglia aveva dei poteri certamente più limitati rispetto al *pater familias* romano, venendo coadiuvato da un vera e propria congregazione agnatizia di parenti, la *sippe*. Quest'ultima gestiva il potere attribuito al padre, intervenendo in tutte le vicende più rilevanti della vita del figlio, come ad esempio la gestione dei beni immobili facenti parte del suo patrimonio.

Il "clan familiare" assumeva, pertanto, nel diritto germanico un ruolo fondamentale, tale da limitare il potere attribuito al padre di famiglia e ricoprire i caratteri di un vero e proprio consiglio familiare, avente in questo caso poteri effettivamente decisionali. La famiglia germanica rappresenta, infatti, anche e fino a tutta l'età medievale[53], un gruppo coeso ed unito tanto a livello personale quanto, come accadeva anche a Roma, a livello patrimoniale. Va comunque tenuto in considerazione che la società germanica, soprattutto in età antica, era basata in primo luogo su una organizzazione militare[54] e che, pertanto, l'attività relativa do-

[52] Cfr. Caberlotto e., voce *Consiglio di famiglia e di tutela*, in *Dig.It.*, vol. VIII, parte II, p. 169: *"Come già dicemmo, non eravi l'istituto del Consiglio di famiglia, ma però in certi casi il pretore ex officio, richiedeva il sentimento dei parenti, come per regolare l'educazione del pupillo, per alienare i suoi fondi, o per risolvere qualche grave difficoltà, e nella raccolta di Giustiniano si trova l'esempio di un consiglio dato dal padre del pupillo".*

[53] Sull'organizzazione della famiglia germanica in età medievale cfr. Bellomo m., voce *Famiglia (dir.interm.)*, in *E.d.D.*, vol. XVI, pp. 745-779.

[54] Circa l'importanza dell'attività militare per i popoli germanici cfr. Tac., *Ger.*, 14: *"Cum ventum in aciem, turpe principi virtute vinci, turpe comitatui virtutem principis non adaequare. Iam vero infame in omnem vitam ac probrosum superstitem principi suo ex acie recessisse. Illum defendere, tueri, sua quoque fortia facta gloriae eius adsignare praecipuum sacramentum est. Principes pro victoria pugnant, comites pro principe. Si civitas, in qua orti sunt, longa pace et otio torpeat, plerique no-*

veva necessariamente essere ricompensata o, comunque, produrre dei benefici: rispetto all'epoca imperiale romana ci viene descritta[55] una società organizzata e da prendere in esame.

In epoca medievale la società era ancora fortemente radicata sul potere attribuito al padre di famiglia: il diritto romano trovò nuova linfa negli studi compiuti dai Glossatori e dai Commentatori, divenendo nuovamente un vero e proprio punto di riferimento all'interno del mondo del diritto e della scienza. D'altra parte crescevano le possibilità del *filius* in ordine alla capacità in ambito patrimoniale, essendogli concessa ampia facoltà di predisporre taluni atti negoziali[56]: la famiglia era ancora da ritenersi una vera e propria *"societas paterna"*[57].

## 4. *La gestione delle dinamiche familiari nelle codificazioni moderne*

L'esigenza di tutela del minore non emancipato si evidenzia anche nelle codificazioni moderne: particolarmente interessante, nel contesto della valutazione e dell'evoluzione dell'istituto del *consilium domesticum*, è il *Conseil de famille*, che fa la sua apparizione nel codice napoleonico. Pur non avendo alcuna funzione di carattere giurisdizionale all'interno della famiglia, era indispensabile nel coadiuvare l'attività del tutore per un figlio minore non emancipato che rimanesse senza genitori né ascendenti di sesso maschile[58]. In questo senso la funzione del *Conseil de famille* è quella di sostegno, ed in alcuni casi indirizzo, della persona del tutore, incaricato di vegliare sul soggetto minore; il Consiglio diviene infatti essenziale in caso di proposizione di atti di straordinaria amministrazione, essendo idoneo a garantire patrimonialmente e personalmente il minore tutelato. È evidente che il contesto normativo in cui tale istituto è inserito risulta profondamente differente da quello proprio del diritto romano: infatti la *familia* romana si reggeva, anche nel caso della tutela del minore, su un flebile controllo pubblicistico, a cui faceva da contrasto una evidente preminenza del *pater familias*, vero e unico soggetto di diritto al-

*bilium adulescentium petunt ultro eas nationes, quae tum bellum aliquod gerunt, quia et ingrata genti quies et facilius inter ancipitia clarescunt magnumque comitatum non nisi vi belloque tueare".*

[55] Sulla vita pubblica e sulla giustizia dei popoli germanici cfr. Tac., *Ger.,* 11-12.

[56] Sul punto cfr. Bellomo M., voce *Famiglia (dir.interm.)*, cit., p. 763.

[57] Ib., p. 769.

[58] Cfr. art. 405 Cod.Nap.: *"Lorsqu'un enfant mineur et non émancipé restera sans père ni mère, ni tuteur élu par ses père ou mère, ni ascendants mâles, comme aussi lorsque le tuteur de l'une des qualités ci-dessus exprimées se trouvera ou dans le cas des exclusions dont il sera parlé ci-après, ou valablement excusé, il sera pourvou, par un conseil de famille, à la nomination d'un tuteur».*

l'interno dei rapporti civilistici del sistema. In tale contesto il *consilium domesticum*, sempre ammettendone l'esistenza, in ogni caso sarebbe un istituto utile ad affiancare il *pater familias*, e non un collegio suppletivo del padre come nelle intenzioni del legislatore napoleonico.

Il *conseil de famille* nasce, quindi, come necessario apparato di controllo e tutela, tanto pubblicistico[59] quanto familiare[60]: in questo senso appare fondamentale la funzione del *"juge de paix"*, il quale *"aura voix délibérative, et prépondérante en cas de partage"*[61]. Si comprende, quindi, come il ruolo del giudice fosse di membro attivo dell'assemblea, e non si limitasse ad un mero controllo di legittimità circa l'operato della medesima, divenendo fondamentale nel caso di parità tra i voti dei sei membri facenti parte della famiglia; in linea generale le decisioni del consiglio non necessitavano di motivazione, anche se esiste un'eccezione per quanto riguarda la destituzione del tutore già nominato, il quale ha anche la possibilità di essere sentito riguardo l'accaduto[62]. Da sottolineare come le donne non potessero essere ammesse a far parte del *Conseil de famille*, tranne il caso in cui fossero ascendenti del soggetto minore coinvolto. Le decisioni del *Conseil de famille* rappresentano, pertanto, una forma di ausilio e supporto all'azione del tutore, in chiave di protezione familiare, oltre che patrimoniale: quest'ultimo dato ricorda da vicino lo scopo principale della tutela nel diritto romano, ad esempio laddove si stabilisce che *"le tuteur, même le père ou la mère, ne peut emprunter pour le mineur, ni aliéner ou hypothéquer ses biens immeubles, sans y être autorisé par un conseil de famille"*[63]. È infatti evidente come in ambito familiare romano la tutela pa-

[59] Ed in questo senso è emblematico il funzionamento del *conseil de famille*, che può essere anche convocato dal giudice di pace del domicilio del minore. Inoltre chiunque aveva facoltà di rivolgersi al medesimo giudice per sollevare la necessità della nomina di un tutore. Sul punto art. 406 Cod.Nap.:*"Ce conseil sera convoqué, soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur, de ses créanciers ou d'autres parties intéréssées, soit même d'office et à la poursuite du juge de paix du domicile du mineur. Toute personne pourra dènoncer à ce juge de paix le fait qui donnera lieu à la nomination d'un tuteur»*. A norma dell'art. 418 Cod.Nap. « *le tuteur agira et administrera, en cette qualité, du jour de sa nomination, si elle a lieu en sa présence; si non, du jour qu'elle lui aura été notifiée»*.

[60] In relazione alla composizione del *conseil* cfr. art. 407 Cod.Nap.: *"Le conseil de famille sera composé, non compris le juge de paix, de six parents ou alliés, pris tant dans la commune où la tutelle sera ouverte que dans la distance de deux myriamètres, moitié du côte paternel, moitié du côte maternel, et en suivant l'ordre de proximité dans chaque ligne»*. La composizione del consiglio è volutamente ricondotta ad un numero dispari, in maniera tale da poter ottenere in tutti i casi una maggioranza assoluta dei consensi.

[61] Art. 416 Cod.Nap.

[62] Art. 447 Cod.Nap.: *"Toute délibération du conseil de famille qui prononcera l'exclusion ou la destitution du tuteur, sera motive, et ne pourra être prise qu'après avoir entendu ou appelé le tuteur»*.

[63] Art. 457 Cod.Nap.

trimoniale fosse un dato centrale, spesso preminente rispetto alla difesa degli stessi componenti del nucleo familiare.

## 5. Il consiglio di famiglia nella codificazione italiana

L'influenza del *Code Civil* su tutte le codificazioni italiane dei primi decenni del XIX secolo[64] determina la riproduzione di molti istituti elaborati dal legislatore napoleonico all'interno dei medesimi: un esempio è la menzione del consiglio di famiglia anche nel Codice delle Due Sicilie[65] e nel Codice Albertino[66], con la medesima funzione attribuita dai compilatori francesi. Dati gli strettissimi rapporti tra la codificazione napoleonica ed il primo codice civile unitario italiano, l'istituto del consiglio di famiglia trova un immediato riscontro anche all'interno della codificazione Pisanelli[67]. Com'è noto all'interno del codice civile del 1865 permane, e la situazione resterà invariata fino alla legge n. 151/1975, la preminenza della posizione del padre, titolare della potestà esclusiva sulla prole[68]: è interessante notare come l'allora Guardasigilli Vacca chiariva nel 1865 *"che se, vivente il padre, ragioni di ordine domestico suggeriscono la convenienza d'investire lui singolarmente dello esercizio indiviso della patria potestà, egli è pur diritto che, sciolto il matrimonio, la patria potestà trapassi al coniuge superstite, niun divario ammettendo tra padre e madre"*[69].

Nonostante la chiara derivazione dal modello francese vi furono delle ampie discussioni, in sede di lavori preparatori, in ordine alle prerogative del Consiglio di famiglia, soprattutto riguardo i suoi rapporti con la potestà paterna. Sono interessanti le parole del Pisanelli laddove, il 3 maggio del 1865, egli chiarisce che *"il concetto di un padre, a lato del qua-*

[64] Per una panoramica sulle codificazioni preunitarie e sull'evoluzione normativa fino al codice civile del 1942 cfr., *ex multiis*, GHISALBERTI C., *La codificazione del diritto in Italia*, 1865-1942, Roma-Bari, 1979; ACQUARONE A., L'unificazione legislativa e i codici del 1865, Milano, 1960; BONINI R., *Dal Code Civil ai codici della Restaurazione*, Bologna, 1997; TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, *Vol. I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

[65] Art. 326 Codice per lo Regno delle Due Sicilie: *"Quando un figlio minore o non emancipato resterà senza padre e madre, e senza tutore da essi eletto, o senza ascendenti maschi; come pure quando il tutore fornito di alcuna delle qualità sopra espressesi trovasse o ne' casi di esclusione, di cui si parlerà in appresso, o legittimamente scusato, si procederà dal Consiglio di famiglia alla nomina di un tutore, sia congiunto, sia estraneo, secondo la prudenza e religione del Consiglio medesimo".*

[66] Art. 261 Cod.Alb.

[67] Artt. 249-263 Cod.Civ.It. 1865.

[68] Art. 220 comma 3 Cod.Civ.It. 1865: *"Durante il matrimonio tale podestà è esercitata dal padre, e, se egli non possa esercitarla, dalla madre…".*

[69] Rel.acc. Codice Civile del Regno d'Italia, Firenze, 1866, pp. XXIV-XXV.

*le sta un consiglio di famiglia, non è nuovo in Italia, ma fu applicato dove ebbe vigore il Codice francese. Non deve spaventare la* permanenza *di questo consiglio di famiglia, perché l'autorità di tale consiglio, secondo la fatta proposta, sarebbe molto diversa da quella attribuita al consiglio medesimo dal Codice francese. Nella fatta proposta l'autorità paterna è indefinita; il consiglio di famiglia non l'affievolisce per nulla, ma esercita soltanto una* vigilanza *sul genitore superstite nello esercizio della patria podestà"*[70]; non manca chi solleva perplessità circa una presunta limitazione delle prerogative paterne, affermando che *"nella proposta della Commissione (…) si attribuisce al consiglio di famiglia permanente l'uffizio di vigilare; ma per vigilare bisogna continuamente vedere, continuamente ingerirsi; or vorrassi egli andare fino a questo punto, che il padre si trovi sempre a fronte di un consiglio di famiglia, pronto a chiedergli quando che sia i conti della sua gestione (…)"*[71], venendo però, d'altra parte, osservato che *"secondo la giurisprudenza francese, anche durante il pieno esercizio della patria podestà, interviene in certi casi il consiglio di famiglia (…)"*[72].

Come si nota, la composizione del consiglio di famiglia[73] è lievemente diversa da quella elaborata dal legislatore napoleonico, ma resta immutato il controllo pubblicistico che si attua grazie alla presenza, quale presidente del collegio, del pretore *"del mandamento dove si trova la sede principale degli affari del pretore"*[74]. Questa previsione ha fatto sorgere problematiche sull'interpretazione da adottarsi in caso di esistenza di più luoghi frequentati dal minore o, addirittura, in caso di convocazione di più consigli in luoghi differenti: a questo proposito la giurisprudenza ha definito la possibilità di ricorrere contro il decreto del pretore che convochi il Consiglio di famiglia in luogo differente da quello legalmente riconosciuto, in alcuni casi (in tema di illegalità della composizione) evidenziando la possibilità di proporre direttamente l'azione senza preventiva sottoposizione della questione al consiglio stesso[75]. Per quel che riguarda poi la composizione del Consiglio di famiglia, risulta necessaria la sussistenza di una parentela di sangue come primo requisito utile alla nomina di consulente del consiglio. Si tratta di un dato sottolineato an-

[70] Cfr. *Lavori preparatori del Codice Civile, Verbali della Commissione*, Torino, 1866, p. 175.

[71] Cfr. *Ib.*, p. 176, intervento del Cadorna.

[72] Cfr. *Ib.*, p. 176, intervento del Bonacci.

[73] Art. 251 Cod.Civ.It. 1865: *"Il consiglio di famiglia si compone del pretore, il quale lo convoca e lo presiede, e di quattro consulenti. Faranno altresì parte del consiglio di famiglia il tutore, il protutore, e pel minore emancipato il curatore. Il minore, dopo compiuti i sedici anni, avrà diritto di assistere, ma senza voto deliberativo, al consiglio di famiglia, di cui gli sarà perciò notificata la riunione".*

[74] Art. 248 Cod.Civ.It. 1865.

[75] Cfr. Trib. Civ. Aquila, 22 maggio 1909, in Raccolta Giurisprudenza, 1909, I, II, p. 588.

che da autorevole giurisprudenza di legittimità di inizio '900, che chiarisce come *"in mancanza di consulenti di diritto, il pretore deve chiamare nel consiglio di famiglia i parenti e gli affini con preferenza agli estranei, salvo che risulti stabilita la necessità e la convenienza della esclusione di alcun parente od affine, dandone ragione nel verbale di costituzione del consiglio di famiglia"*[76].

Laddove non siano componenti effettivi del consiglio di famiglia,vengono in ogni caso considerati consulenti *ex lege* del medesimo gli ascendenti di sesso maschile del minore, i fratelli germani e gli zii[77]. Il consiglio di famiglia delibera a maggioranza assoluta con la possibilità, come accadeva nel sistema napoleonico, della prevalenza del voto del magistrato in caso di parità tra i membri familiari del minore: è necessaria, ai fini delle deliberazioni, la presenza di almeno tre componenti del consiglio oltre il pretore[78].

## 6. *Conclusione*

Il tema dell'esistenza del tribunale domestico all'interno del sistema del diritto romano ci conduce a delle valutazioni sulle vicende personali all'interno della *familia* romana. Prescindendo da giudizi circa le varie tesi prospettate, appare evidente che la gestione del nucleo familiare potesse essere, in determinate circostanze, affidata, anche se solo a livello meramente consultivo, a soggetti differenti dal solo *pater familias*. Per quanto la gestione delle vicende familiari fosse di pertinenza del *pater*, risponde alle logiche di una delle società meglio organizzate della

[76] Cfr. Cass. Civ. Sez. Un. 4 agosto 1910, in Raccolta Giurisprudenza, 1910, I, I, p. 822. È significativo che la Corte, in punto di motivazione, chiarisca che *"è fatto palese perché il legislatore abbia l'istituto medesimo designato col nome di consiglio di famiglia, quasi volesse, nella significazione di questa parola, riassumere l'ufficio ed indicare le persone delle quali dovesse venir costituito..."*. La Cassazione richiama anche il profilo pubblicistico dell'istituto, oltre che un non secondario riflesso patrimoniale successorio, laddove dichiara che *"necessità, dunque, di cose e di rapporti doveva consigliarlo a comporre l'ufficio di tutela tutto di parenti, prescindendo, di questi, coloro che, per i più stretti vincoli di sangue, facessero meglio presumere ed assicurassero di più fervida sollecitudine, nel curare gli interessi materiali e morali della persona affidata alla loro tutela. Anche per il riflesso, che, importando la tutela un munus publicum, adducendo seco oneri e responsabilità, da cui nessuno potesse sottrarsi, anche se estraneo, era perfettamente consentaneo ad equità e giustizia gravarne di preferenza coloro che si trovassero congiunti all'incapace con vincoli di parentela e che potrebbero essere chiamati, nell'evenienza, a raccoglierne l'eredità"*.

[77] Art. 252 Cod.Civ.It. 1865: *"Sono consulenti di diritto nell'ordine seguente, quando non fanno parte del consiglio di famiglia in altra qualità: 1° gli ascendenti maschi del minore; 2° i fratelli germani; 3° gli zii. In ciascun ordine saranno preferiti i prossimi, ed in parità di grado i più anziani"*.

[78] Art. 258 Cod.Civ.It. 1865.

storia la necessità di utilizzare il vincolo agnatizio, ed i soggetti ad esso legati, come spinta naturale alla migliore valutazione possibile delle vicende della *familia*, in primo luogo quelle maggiormente rilevanti. La possibilità di un potere consultivo attribuito ad un consiglio familiare, in funzione di assistenza del *pater* e delle sue prerogative, è un'ipotesi affascinante che ben si potrebbe conciliare con la visione di una famiglia basata su forti legami e rigide regole, nascenti in primo luogo dalla *potestas*. D'altra parte la dicotomia tra potere privato e gestione pubblica, fortemente a vantaggio del primo elemento nella Roma antica, induce a ritenere che elaborate dovessero essere le strutture di gestione e controllo della vita familiare, sempre sottoposte al vincolo di un potere supremo attribuito ad un singolo soggetto. In questo contesto appariva subordinato il ruolo attribuito alla donna in quanto a poteri da esercitare[79], pur se le erano attributi in ogni caso compiti di amministrazione della vita familiare e pubblico-religiosa[80]: è emblematico che ancora il legislatore napoleonico tenda ad escludere la moglie dalla gestione della potestà e delle vicende patrimoniali della famiglia, inclusa la presenza all'interno del consiglio di famiglia.

La confluenza di istituti del diritto romano e del diritto romano-germanico[81] all'interno delle codificazioni moderne[82] è oggi un dato incontrovertibile, desumibile dall'analisi dei lavori preparatori di queste ultime e dalle fonti ispiratrici delle medesime: in questo senso credo che la sopravvivenza, almeno fino a tutto il XIX secolo, di forme di collegia-

[79] Sulla vita della donna nella società romana cfr. CANTARELLA E., *La vita delle donne*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, XXIII, 2008, p. 557 e ss.; ivi richiama WOLODKIEWICZ W., *Attorno al significato e alla nozione di Mater familias*, in *Studi C.Sanfilippo*, III, Milano, 1983, pp. 735 e ss.

[80] Sul ruolo fondamentale della donna in questo contesto cfr. BACCARI M.P., *Alcune osservazioni sulla condizione della donna nel sistema giuridico-religioso romano*, in *Scritti Labruna*, I, 2007, pp. 253-263.

[81] In relazione alla confluenza delle strutture familiari proprie del diritto romano con quelle peculiari del diritto longobardo cfr. BELLOMO M., voce *Famiglia (dir.interm.)*, in *E.d.D.*, vol. XVI, pp. 745-779. In particolare cfr. pp. 745-746: *"Le strutture familiari longobarde e romane erano inevitabilmente destinate ad identificarsi…avvenne così che il potere esercitato dal pater longobardo fu attratto dalla figura romana della patria potestas, e nacque la convinzione che la patria potestas fosse la stessa cosa del "mundio"…"*.

[82] Recentissimo, in tema di tradizione romanistica, cfr. SCHIAVONE A., *Il pensiero giuridico*, in *Storia Einaudi dei Greci e dei Romani*, XXIII, 2008, p. 880: *"Ancora oggi la presenza del diritto romano nella storia del mondo moderno ci appare come un episodio di grande portata, non soltanto europea, ma in un certo senso mondiale…non si riesce a togliere nulla all'importanza e al peso di un itinerario eccezionale e complesso, che ha pesato tanto a lungo sulla nostra mentalità e sulla nostra educazione"*.

lità nella definizione delle vicende familiari possa rappresentare un elemento interessante nel panorama degli studi del sistema familiare romano ed odierno. La tutela dei soggetti minori, nei casi previsti dalle varie normative, rappresenta un dato costante nella storia, se vogliamo espressione di una visione fisiologica dei rapporti umani, connotata dalla necessaria valorizzazione dei rapporti di sangue: questi ultimi sono posti a base delle normative familiari, in quanto spinta principale e naturale della difesa dei membri del gruppo. Si può dire che la grande svolta dei tempi moderni sia nella molla che spinge il legislatore a creare degli istituti di tutela dei soggetti minori: se nel passato romano si affermava come fondamentale la componente economica, è oggi prevalente il dato sociale: la tutela del soggetto minore[83] appare una delle pietre miliari del nostro sistema giuridico, in una logica che certamente non può prescindere dalle componenti romano-cristiane che sono a fondamento della nostra storia.

[83] Circa i rapporti tra genitori e figli alla luce della analisi della Corte Costituzionale, in ultimo, cfr. Stanzione P., *Rapporti tra genitori e figli nell'interpretazione della Corte Costituzionale*, in *Scritti Labruna,* VIII, pp. 5389-5402.

CORINNA DE CARO

# La disciplina delle intercettazioni telefoniche: alla ricerca di un equilibrio tra esigenze di accertamento e diritti "insidiati"

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. La nozione di intercettazione e i limiti di ammissibilità - 3. Le modalità di esecuzione come presidio di legalità. - 4. Futuri scenari legislativi nella prospettiva di riforma.

## 1. *Premessa*

Nell'ultimo secolo, l'evoluzione del sapere scientifico ha subito un'accelerazione che ha profondamente trasformato la nostra quotidianità: le innovazioni tecnologiche più recenti sono state in grado di annullare tempi e distanze - secondo alcuni si tratta di ‹‹tecnologie di libertà››[1] - ma non sempre sono state foriere di soli benefici. Nel processo penale, gli innovativi sistemi di ricerca della prova se, da un lato, hanno consentito l'accertamento di molti reati, penetrando all'interno di organizzazioni criminali chiuse, dall'altro hanno invaso e sovente leso segretezza e riservatezza di tanti cittadini che si sono trovati sotto "l'occhio indiscreto" di una "macchina".

Il riferimento immediato è alle intercettazioni (telefoniche, telematiche, ambientali), strumenti in grado di ottenere risultati di straordinaria efficacia, attraverso i quali è possibile cristallizzare contenuti dichiarativi spesso rivelatori di trame criminali altrimenti occulte.

Nelle legislature precedenti sono stati promulgati due disegni di legge in materia, ma nessuno ha completato l'*iter* legislativo.

Oggi, sotto la spinta di fatti di cronaca clamorosi, torna puntuale il dibattito alla ricerca di un difficile equilibrio tra tutela della *privacy* ed esigenze info-investigative. L'attuale Governo, nel Consiglio dei ministri del 13 giugno 2008, ha approvato l'ultimo e tanto discusso disegno di legge in materia di intercettazioni[2].

[1] DI PAOLO, *"Tecnologia del controllo" e prova penale*, Padova, 2008, 4.

[2] Il Governo, nel Consiglio dei Ministri n. 5 del 13 giugno 2008, ha approvato il disegno di legge recante "Norme in materia di intercettazioni telefoniche, telematiche e ambientali. Modifica della disciplina in materia di astensione del giudice, degli atti di indagine, e integrazione della disciplina sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche" (c.d. disegno di legge "Alfano").

Questo segmento della procedura penale non è ancora delineato, è un "cantiere aperto", che pone un primo interrogativo: bisogna davvero intervenire o stiamo fronteggiando un falso problema, favorendo il "principe di turno"? Forse, entrambe le risposte hanno un nucleo di verità nascosto: ma il punto dal quale partire è che la lotta alla delinquenza è fondamentale e va fatta senza sconti.

Certo, se fossimo intercettati sempre, se una telecamera "vegliasse" su di noi, probabilmente, anzi sicuramente, ci sarebbero meno delitti.

Nella società da incubo descritta da Orwell in "1984" il crimine non esiste. Era un vanto per la Cina della "rivoluzione culturale": non esistevano furti, né rapine. D'altronde, a cosa serve rubare quando un controllo sociale asfissiante impedisce di spendere? Nelle società totalitarie, il crimine è meno esteso, ma il prezzo che si paga è altissimo.

Una società democratica deve, invece, saper conciliare lotta alla delinquenza e garanzia della libertà: l'accertamento investigativo è presidio della democrazia nella misura in cui è espressione di civiltà[3].

La criminalità organizzata si deve combattere con tutti gli strumenti, anche ai limiti di una normativa pienamente rispondente alle esigenze investigative e probatorie, ma che non leda diritti costituzionalmente garantiti e protetti.

Le intercettazioni costituiscono un mezzo di ricerca della prova e risultano spesso decisive ai fini dell'accertamento della verità, ma non vanno sottaciuti i profili di estrema delicatezza che caratterizzano tale strumento.

Qui l'investigante usa mezzi insidiosi, captando occultamente una o più voci: registrate, costituiscono segni ad alta valenza mimetica; così nascono reperti sonori[4].

L'estensione dello schema delle intercettazioni telefoniche all'invasione di spazi sempre più ampi di vita privata impone ripensamenti e maggiore attenzione verso il rispetto dei diritti fondamentali[5]. L'invasione,

[3] La pietra miliare per individuare fino a che punto un'attività intrusiva come quella di captazione di conversazioni possa dirsi compatibile con il rispetto di altri contrapposti canoni costituzionali è rappresentata dalla sentenza n. 34 del 1973 della Corte costituzionale che sancì la necessità di un serrato controllo giudiziale orientato non soltanto a garantire il rispetto delle regole circa l'ammissibilità del mezzo di ricerca della prova, ma anche a preservare che l'intercettazione sia svolta effettivamente nei limiti di quella autorizzata.

[4] CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2003, 841. Anche CAMON, *Le intercettazioni nel processo penale*, Milano, 1996, 1, evidenzia che ‹‹si tratta di espediente "odioso" e, per taluni profili, ingiusto››, perché punta a carpire dichiarazioni autoaccusatorie, in un ordinamento che riconosce e tutela il principio del *nemo tenetur se detegere*.

[5] Così, BARGI – FURFARO, *Intercettazioni di conversazioni e di comunicazioni*, in *La prova penale*, a cura di Gaito, vol. II, Torino, 2008, 111.

infatti, è compiuta proprio nelle indagini, in una fase del procedere che registra le contraddizioni maggiori in relazione alle esigenze di tutela e garanzia.

Un secondo profilo coinvolge il rapporto col diritto di cronaca[6].

Se a fronte di notizie attinenti l'attività di indagine dell'autorità giudiziaria il diritto di cronaca prevale, ove non confligga con le esigenze di investigazione in corso, in caso di notizie prive di valore, attinenti alla sfera privata, *a fortiori* se riguardanti soggetti estranei alle vicende processuali, i diritti della persona sembrano prevalere[7].

Il Paese chiede una riforma: è sconcertante assistere alla declamazione in versi delle intercettazioni, propinata in numerosi talk show serali. I dati chiedono una riforma[8].

Durante l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2009 a Roma, il Procuratore generale della Suprema Corte ha ribadito l'importanza delle intercettazioni, mezzo di per sé costoso, ma essenziale ed ha sottolineato come le intercettazioni telefoniche ed ambientali siano «strumenti utili per il contrasto a diversi fenomeni criminali e vieppiù necessari per le indagini sulla criminalità organizzata o finalizzate alla cattura di latitanti, specie in un periodo storico in cui il contributo dei collaboratori di giustizia è estremamente ridotto».

D'altronde, già la Relazione del 22.01.2008 del ministro al Parlamento sullo stato della giustizia nel 2007 aveva così riassunto i termini del problema: "le intercettazioni telefoniche sono uno strumento irrinunciabile nella lotta alla criminalità grave, tanto più nella lotta al crimine or-

[6] La necessità di assolvere a questo delicato impegno è stata richiamata da una sensibile dottrina suggerendo che, una volta coperte con segreto assoluto sia le conversazioni e le informazioni illecitamente procurate, sia le notizie processualmente irrilevanti captate con intercettazioni legittimamente disposte, auspica la modifica dell'art. 114 c.p.p. al fine di consentire la pubblicazione degli atti non coperti dal segreto anche nella fase delle indagini preliminari. In tal senso, GIOSTRA, *Dal progetto sulle intercettazioni un pericolo al diritto di cronaca*, in *Guida dir.*, 2007, n. 38, 13.

[7] In tal senso, SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, n 10, 2008, 1209.

[8] A fronte di una normativa che qualifica le intercettazioni come mezzo di ricerca della prova da utilizzare con estrema cautela – giova ricordare, infatti, che l'attuale art. 267 c.p.p. pone come presupposto l'assoluta indispensabilità della prosecuzione delle indagini – si assiste ad un ricorso smodato di tale strumento. A tal proposito, sono eloquenti i dati esaminati: i costi per le intercettazioni e il noleggio degli impianti presso le Procure della Repubblica, emergono dati sconcertanti: se Palermo spende 42.105.318,52 euro, il distretto di Potenza – realtà di gran lunga differente rispetto a quella palermitana – 1.829.009,61 euro. Appare superfluo ogni commento. Su *Giustizia news on line*, i dati elaborati dalla Direzione generale di Statistica del ministero, e si riferiscono al biennio 2006 - 2007.

ganizzato, ai grandi traffici illegali, al terrorismo. Rinunciare a quest'arma, o comprimerne l'uso fino a ridurne l'efficacia, sarebbe un gesto autolesionistico". Incombe, è vero, un'esigenza di sicurezza e di accertamento, che deve essere soddisfatta rispettando la proporzione tra sacrificio dei diritti e necessità di intervento che è alla base, oltre che di ogni ordinato convivere, di una precisa disposizione sovranazionale ancor prima che nazionale[9].

## 2. *La nozione di intercettazione e i limiti di ammissibilità.*

Le intercettazioni sono disciplinate dal codice di rito nel libro terzo, titolo terzo al capo IV come *mezzi di ricerca della prova,* utilizzati dalla pubblica accusa nella fase delle indagini preliminari. Le risultanze trascrittive di tali mezzi si trasformano poi, in dibattimento, in "prova autonoma ed esclusiva di colpevolezza" a carico dell'imputato. Non è raro, infatti, leggere sentenze nelle quali gravissime imputazioni (si pensi ai reati associativi di droga ex art. 74 e 80 D.P.R. 309/90 e 416 bis c.p., etc.) si reggono esclusivamente sul contenuto trascrittivo delle captazioni telefoniche e/o ambientali. In verità, tale strumento di indagine e di acquisizione della prova è divenuto un fattore comune non solo nei processi penali, ma di tutto ciò che ruota come conseguenza o prevenzione[10].

[9] Le intercettazioni coinvolgono, difatti, non soltanto il diritto fondamentale alla segretezza delle comunicazioni, sancito dall'art. 15 Cost., riconosciuto come connaturale ai diritti della personalità definiti inviolabili dall'art. 2 Cost., ma anche l'inviolabilità del domicilio, proclamato dall'art. 14 Cost., quale "proiezione spaziale della persona", al fine di preservare il carattere privato di determinati comportamenti soggettivi, entrambi "espressioni salienti di un più ampio diritto alla riservatezza della persona". Così, C. Cost., sent. 24.04.02 n. 135, in *GiC*, 2002, 1062.

Nel sistema dei diritti fondamentali, la libertà domiciliare e quella di corrispondenza costituiscono espressioni di riservatezza, senza tuttavia esaurirne l'ambito. Il riserbo, quale diritto inviolabile, trova il proprio riferimento normativo nell'art. 2 Cost., norma che è "clausola aperta" ad altri valori e nuove libertà emergenti dalla coscienza sociale; una norma, insomma, capace di aprirsi alle immissioni della costituzione materiale, all'evoluzione dei valori fondamentali della persona, prodotta dall'auspicata dinamica sociale. E' una "spugna" capace di assorbire i valori di libertà emergente. In tal senso, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000, 180.

I beni giuridici "insidiati" trovano ampia tutela anche nel sistema internazionale, ai sensi dell'art. 8, par. 1, C.e.d.u. "ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza", e l'ambito delle situazioni tutelate dalla norma comprende tutta la vasta gamma di contesti che carpiscono momenti di vita privata. Ogni intercettazione è chiaramente una ingerenza della pubblica autorità nella sfera privata, ammessa esclusivamente per la realizzazione della sicurezza nazionale.

[10] Il sistema, va ricordato, prevede le intercettazioni c.d. 'preventive', autorizzate senza l'intervento del giudice, ma disposte dal procuratore della Repubblica del luogo nel qua-

Il codice non offre una definizione del termine intercettazione; tuttavia, la si può facilmente ricavare dal suo significato semantico, nonché dal sottosistema normativo che ne regola l'utilizzo.

La giurisprudenza e la più accorta dottrina intendono il mezzo di ricerca in parola come una presa di conoscenza clandestina del contenuto di conversazioni riservate, operata da un soggetto terzo estraneo agli interlocutori ignari, con l'impiego di mezzi meccanici o elettronici di captazione del suono[11].

Anziché coattiva, è ricerca insidiosa: organi invisibili captano suoni o immagini; diversamente da quanto accade per gli altri mezzi di ricerca della prova previsti dal legislatore.

L'art. 266 c.p.p. stabilisce, in via generale, i limiti di ammissibilità del mezzo.

Segnatamente, al 1° comma il legislatore ha individuato tassative ipotesi di reato che consentono l'utilizzo dell'intercettazione, in ragione dalla loro gravità o dell'obiettiva difficoltà di rinvenimento della prova; l'ammissibilità del mezzo è, in tal modo, una variabile connessa al *nomen delicti*: è prevista, infatti, per i delitti non colposi la cui pena edittale massima superi i cinque anni; o per i delitti contro la pubblica amministrazione, punibili con la reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni; in relazione ai delitti concernenti sostanze stupefacenti, armi e sostanze esplosive, contrabbando; per i reati di ingiuria, minaccia, usura, molestia o disturbo sul filo telefonico[12].

le devono essere eseguite, a seguito di richiesta della polizia giudiziaria, ovvero a richiesta del direttore della D.I.A., dei responsabili dei servizi centrali o interprovinciali di polizia e del questore. Cfr., tra gli altri, RUGGIERI, *Sub art. 5 d.l. 18 ottobre 2001, n. 374, conv. con modif. dalla l. 15 dicembre 2001, n. 438*, in *Legisl. pen*., 2002, 795.

[11] Cfr. Cass., sez. un., 28.05.03, Torcasio, in *Cass. Pen*., 2004, 2094, secondo cui "l'intercettazione consiste nella captazione occulta e contestuale di una comunicazione o conversazione tra due o più soggetti che agiscono con l'intenzione di escludere altri e con modalità oggettivamente idonee allo scopo, attuata da un soggetto estraneo alla stessa mediante strumenti tecnici di percezione tali da vanificare le cautele ordinariamente poste a protezione del suo carattere riservato".

In dottrina, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 842, brillantemente dà l'idea della ricerca insidiosa della prova "l'intrusione vi risulta inavvertita da chi la subisce o, almeno, vuol esserlo; sfuma l'effetto utile quando gli spiati lo sappiano"; tra gli altri, BRUNO, *Intercettazioni di comunicazioni o conversazioni*, in *Dig. Pen*., VII, Torino, 1993, 176 ss.; TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2002, 279; A. NAPPI, *sub art. 266 - 271c.p.p.,* in LATTANZI – LUPO (a cura di), *Codice di procedura penale*, Milano, 2003, vol. III, 384; FILIPPI, *sub artt. 266 – 271*, in GIARDA – SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, cit., 1875 ss.

[12] La riforma, che proprio in questi giorni dovrebbe vedere la luce, interviene sulla genesi delle intercettazioni, senza però ridurre il novero dei reati intercettabili. Invero, il testo, nella sua formulazione originaria, sostituiva del tutto l'art. 266 c.p.p., limitando le

Il 2° comma ha previsto le intercettazioni tra presenti (c.d. ambientali) negli stessi casi in cui sono consentite quelle telefoniche, aggiungendo che allorquando le conversazioni avvengono in luoghi di privata dimora, la captazione è possibile soltanto alla condizione che lì si stia svolgendo l'attività criminosa. Un garantismo iperbolico, si è detto[13].

Un'ulteriore estensione è prevista dall'art. 266 *bis* c.p.p. [14] che stabilisce la possibilità di intercettazione informatica, non solo nelle ipotesi indicate dall'art. 266 c.p.p., ma anche quando i reati siano commessi mediante l'impiego di tecnologie informatiche o telematiche.

A norma dell'art. 267 c.p.p., l'iniziativa compete al pubblico ministero, che richiede al giudice per le indagini preliminari[15] l'autorizzazione a disporre le operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. Preliminarmente, va evidenziato che la motivazione assume una particolare importanza, in quanto essa costituisce "la garanzia delle garanzie" dal momento che dimostra il rispetto di queste ultime e si trasforma in un ulteriore elemento di tutela[16].

Il giudice decide con decreto motivato non impugnabile, nel quale deve dar conto dell'esistenza dei "gravi indizi" di uno dei reati compresi nella lista degli artt. 266 e 266 *bis* c.p.p. e deve fornire una plausibile argomentazione circa l'assoluta indispensabilità del ricorso al suddetto mezzo di ricerca della prova.

Sul punto si sono susseguite contraddittorie pronunce della suprema Corte che, se in un primo momento aveva preteso una motivazione

intercettazioni ai reati ritenuti più gravi. Il Governo aveva scelto di ridurre tale ambito, innalzando a dieci anni il limite edittale richiesto per assoggettare un reato al regime delle intercettazioni; altri delitti, invece, potevano essere intercettati pur se non puniti con tale pena. A seguito di un lungo dibattito in Commissione, il Governo ha dovuto emanare un emendamento a tale disposizione, rivedendo sostanzialmente tale scelta, ripristinando la platea di reati intercettabili.

[13] Il riferimento è, ancora una volta, a CORDERO, che, acutamente, sostiene che non ha senso vietare intercettazioni *post factum* ("solo se vi è fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa"), in *Procedura penale*, cit., 849.

[14] La norma è stata introdotta dalla legge del 23.12.1993, n. 547 (art. 11), che modifica ed integra le norme del codice penale e del codice di procedura penale in tema di criminalità informatica.

[15] Il progetto di riforma firmato dal ministro della giustizia Alfano per certi versi mostra aspetti positivi; ci sono dati, tuttavia, che suscitano forti perplessità. La nuova disciplina prevede che la richiesta del pubblico ministero di autorizzare le operazioni previste dall'art. 266 c.p.p. sia fatta al Tribunale in composizione collegiale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

[16] In tal senso, GAROFOLI, *Le intercettazioni e la motivazione del decreto del pubblico ministero tra esigenze investigative e tutela dei principi costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, n.1, 70.

analitica e specifica[17], successivamente ha optato per la sufficienza di un'esposizione minima limitata a richiamare gli atti di indagine compiuti dalla polizia giudiziaria[18].

La differenza delle due posizioni ha prodotto gli effetti interpretativi più vistosi in tema di motivazione *per relationem*.

Sul punto, la dottrina più attenta[19] ha segnalato che la Corte costituzionale, con sentenza n. 34 del 1973[20], rilevando lo spessore costituzionale degli interessi messi in gioco dall'intercettazione, aveva sottolineato come la motivazione del provvedimento autorizzativo costituisca l'ineludibile garanzia che il provvedimento sia stato emesso in presenza di effettive esigenze che impongono il sacrificio del diritto costituzionalmente garantito alla riservatezza delle comunicazioni. Da qui, la necessità di una cautela scrupolosa nella autorizzazione delle intercettazioni, prescrivendo una motivazione definita "adeguata e specifica", dunque esplicita.

Nella prassi, si sono registrati orientamenti oscillanti: se da un lato si è avvertita l'esigenza di una maggiore tutela del diritto alla riservatezza, consentendo una motivazione c.d. *per relationem*[21] con un'autonoma e critica valutazione da parte del giudice, dall'altro si è privilegiato l'interesse alla repressione dei reati attraverso le intercettazioni, con un conseguente affievolimento delle garanzie[22].

[17] Cass., sez. III, 23.05.1997, Bormolini, in *C.E.D. Cass.*, n. 208634.

[18] Cass., sez. V, 15.02.2000, Terracciano, in *C.E.D. Cass.,* n. 215731.

[19] FILIPPI, *Sub artt. 266 – 271 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di Giarda – Spangher, Milano, 2007, vol. I, 1926 ss.

[20] Corte cost., sent. 06.04.1973, n. 34, in *Giur. cost*., 1973, 316, con nota di GREVI, *Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche*.

[21] Le Sezioni unite della Corte, sent. 21.06.2000, Primavera, in *Guida dir.,* 2000, n. 40, 59, hanno risolto le incertezze fissando un decalogo di criteri il cui rispetto serve a verificare la legittimità della motivazione *per relationem*, così sintetizzato: 1) faccia riferimento, recettizio o mediante semplice rinvio, a un legittimo atto del procedimento, la cui motivazione risulti congrua rispetto all'esigenza di giustificazione propria del provvedimento di destinazione; 2) fornisca la dimostrazione che il giudice ha preso cognizione del contenuto sostanziale delle ragioni del provvedimento di riferimento e le abbia meditate e ritenute coerenti con la sua decisione; 3) l'atto di riferimento, quando non venga allegato o trascritto nel provvedimento da motivare, sia conosciuto dall'interessato o almeno ostensibile, quanto meno al momento in cui si renda attuale l'esercizio della facoltà di valutazione, di critica ed, eventualmente, di gravame e, conseguentemente, di controllo dell'organo della valutazione o dell'impugnazione.

[22] Cfr. Cass., sez. II, 01.03.2005, n. 10881, Gatto, secondo cui "la motivazione del decreto non deve esprimere una valutazione sulla fondatezza dell'accusa, ma solo un vaglio di effettiva serietà del progetto investigativo, conseguendone che la principale funzione di garanzia della motivazione del decreto risiede nell'individuazione della specifica vicenda criminosa cui l'autorizzazione si riferisce".

La mancanza di motivazione "in senso fisico - testuale, ma anche quando la motivazione sia apparente, incongrua rispetto al provvedimento che deve giustificare" dà luogo all'inutilizzabilità del dato probatorio; nel caso in cui, invece, vi sia un difetto di motivazione "nel senso di incompletezza, insufficienza o non perfetta adeguatezza, ovvero di sovrabbondanza con probabili slabbrature logiche; in una parola, di vizi che non negano e neppure compromettono la giustificazione, ma non la rendono puntuale", il vizio "va emendato dal giudice cui la doglianza venga prospettata" sia esso il giudice del merito che deve utilizzare i risultati delle intercettazioni, sia esso quello dell'impugnazione nella fase di merito o in quella di legittimità[23]. Dunque, il percorso indicato dalla Corte è quello della necessità di sottrarre alla sanzione della automatica inutilizzabilità tutti i casi nei quali la motivazione dei decreti autorizzativi delle intercettazioni non sia del tutto assente, ma se ne lamenti la incompletezza o l'insufficienza.

In tale evenienza, l'indicazione fornita dalle sezioni unite è nel senso che il giudice del merito che debba fare uso dei risultati delle intercettazioni (Gip o Tribunale del Riesame) abbia il potere di procedere alla eliminazione del vizio integrando la motivazione.

L'autorizzazione è concessa quando ricorrano determinati presupposti: i gravi indizi di reato[24] e l'assoluta indispensabilità delle intercettazioni ai fini della prosecuzione delle indagini.

Il primo requisito attiene all'esistenza del reato e non alla colpevolezza di un determinato soggetto[25]; il presupposto principale è rappresentato dall'esistenza di un procedimento penale sorto sulla base di una notizia di reato, non necessariamente nominativa, che deve essere sorretta da elementi indizianti tali da dimostrare in maniera altamente probabilistica che sia stato commesso uno dei reati per i quali è previsto il ricorso alle intercettazioni[26].

[23] Cass., sez. un. 21.06.2000, Primavera, cit.

[24] Nel testo originario della "riforma Alfano" si prevedeva che l'uso delle intercettazioni poteva essere autorizzato solo in presenza di "gravi indizi di colpevolezza". Bisognerà, quindi, aver raccolto elementi tali da far presumere "colpevole" la persona da intercettare, il che appare in contrasto con la successiva regola che sancisce ‹‹l'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini››.

[25] Così, Cass., sez. IV, 18.01.2006, Gialanella, su *overlex.it*; in particolare, la Corte, inserendosi in un filone consolidato, osservava che la norma in esame fa riferimento ai gravi indizi di reato, non di reità, per cui non è necessario che tali indizi si dirigano nei confronti del soggetto nei cui confronti deve svolgersi la captazione. Cfr. Cass., sez. I, 08.04.2004, Prota, in *Arch. nuova proc. pen*., 2004, 288.

[26] Bisogna, inoltre, considerare il rapporto tra il reato per il quale si procede ed il soggetto (o i soggetti) da intercettare. L'esistenza di un reato (in ordine al quale si materializ-

Insomma, un contemperamento tra il diritto alla libertà ed alla segretezza delle comunicazioni, da una parte, e l'interesse pubblico a reprimere i reati ed a perseguire in giudizio coloro che delinquono, dall'altra parte, che sia rispettoso del carattere di inviolabilità che connota la garanzia individuale, impedisce di prevedere un ricorso agli strumenti di intercettazione in situazioni nelle quali non sia stato congruamente individuato un grado apprezzabile di fondatezza dell'ipotesi penale per la quale si procede[27].

Quanto poi alla qualificazione degli indizi come gravi, l'identità dell'espressione utilizzata con quella che compare nell'art. 273, comma 1, c.p.p. non pare lasciar spazio a letture differenziate, nel senso che l'indizio potrà essere definito grave solo se giustifica una prognosi decisamente attendibile sulla fondatezza del dato giuridico considerato nella disposizione.

Il legislatore ha subordinato la legittimità delle intercettazioni anche ad un ulteriore requisito, forse il più importante. L'assoluta indispensabilità. Il ricorso all'intercettazione dovrebbe, cioè, rappresentare l'*extrema ratio*, non intesa in senso probatorio (ossia come valutazione del fondamento dell'accusa), ma come vaglio di serietà delle ipotesi delittuose configurate, che non devono risultare meramente ipotetiche[28].

Giova ricordare che l'intercettazione è un atto riservato esclusivamente al pubblico ministero, giacché la l. 397/00, in materia di indagini difensive, non consente alla parte privata di chiedere al giudice l'auto-

zi più di un mero *fumus*) non può diventare il presupposto (o il pretesto) per una intercettazione che coinvolga soggetti in maniera indiscriminata. Il problema non consiste nella riduzione del numero delle persone da intercettare, ma nel rapporto che li lega al reato ipotizzato. Così, SPANGHER, *Linee guida per una riforma delle intercettazioni telefoniche*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 10, 1209.

[27] In tal senso, MARZADURI, *Spunti per una riflessione sui presupposti applicativi delle intercettazioni telefoniche a fini probatori*, in *Cass. pen.*, 2008, n. 12, 4841.

[28] Da ultima, Cass., sez. VI, sent. 23.03.2009 n. 12722, in *Guida dir.*, 2009, n. 18, 80, conferma tale orientamento, aggiungendo che ‹‹se per legittimare l'intercettazione di conversazioni non si richiedono gravi indizi di colpevolezza, ma bastano "gravi indizi di reato", che possono riguardare soggetti diversi dagli intercettandi, è peraltro necessario che l'intercettazione sia "assolutamente indispensabile ai fini della prosecuzione delle indagini", requisito essenziale di legittimità che deve costituire specifico oggetto di motivazione. A tal fine, la motivazione deve necessariamente dar conto delle ragioni che impongono l'intercettazione di una determinata utenza telefonica che fa capo a una specifica persona, e perciò, non può omettere il collegamento tra l'indagine in corso e l'intercettando. Trattasi di un obbligo che incombe in maniera espressa e diretta sull'autorità giudiziaria››. Con tale ultima frase, la giurisprudenza si ricollega a quel filone che voleva una motivazione del decreto autorizzativo del giudice specifico e analitico, e non *per relationem* ad un atto della polizia giudiziaria.

rizzazione all'esecuzione dell'intercettazione, nemmeno quando la captazione è assolutamente indispensabile per la difesa. In questi casi, si può solo sollecitare il pubblico ministero affinché richieda l'intercettazione[29].

Invero, il 2° comma dell'art. 267 c.p.p., in via del tutto eccezionale, prevede anche l'ipotesi in cui l'indagante dispone subito l'intercettazione, laddove sussista il pericolo di ‹‹un grave pregiudizio alle indagini››, con decreto motivato che va comunicato al giudice immediatamente, o al più tardi nelle 24 ore successive. I provvedimenti non convalidati nelle 48 ore sono destinati a decadere. In tal caso, l'operazione viene interrotta e i dati raccolti sono esclusi dal quadro decisorio.

Il rigoroso rispetto delle regole del procedimento probatorio è l'unico strumento che permette alle parti tutte di ricostruire la verità processuale, al fine di consentire al giudice di emettere una "giusta decisione". In questa ottica "un'improvvisazione" dell'organo dell'accusa evidenzia una crisi del sistema.La perplessità è delineata da chi sostiene che l'urgenza non sia mai ravvisabile[30]; altri, invece, spiegano la norma in ragione delle caratteristiche connesse all'esistenza di un procedimento per le indagini in corso che potrebbero necessitare di una immediata ed improrogabile attività investigativa[31].

[29] Tuttavia, in dottrina si è sostenuto che l'ipotesi in cui un privato effettui intercettazioni di propria iniziativa, è un *casus omissis*. Si ponga il caso di una persona sottoposta ad usura, che non si rivolga al pubblico ministero per paura di infiltrati, ma che sia talmente ingegnoso da riuscire ad installare microspie o quant'altro utile a captare immagini e suoni. Il privato potrebbe commettere un reato, ad es. *ex* art. 615 *bis*, ma "condotta illecita non significa prova inammissibile", sicché le intercettazioni private sarebbero utilizzabili come prova nei limiti in cui l'intercettazione sarebbe stata operabile dal p.m. Così, CORDERO, *Procedura penale*, cit., 858.

[30] TAORMINA, *Il regime della prova nel processo penale*, Torino, 2007, 124 ss. Per l'autore non è dato comprendere da quale disposizione costituzionale riguardante la libertà di comunicazione possano essere tratte queste possibilità di previsione . Si tratterebbe, infatti, di una inaccettabile escogitazione elusiva del monopolio giurisdizionale in materia di limitazione della libertà di comunicazione, a differenza di quanto accade persino con riferimento alla libertà personale. Da qualunque angolo visuale si esamini la questione, per l'autore, l'interpretazione dell'art. 15 Cost. riconduce alla interpretazione restrittiva che vuole il monopolio del potere di limitazione della libertà di comunicazione in capo ad un organo giurisdizionale, secondo quanto ritenuto dallo stesso legislatore ordinario, chiamando in causa il giudice per le indagini preliminari.

[31] In tal senso, FURGIUELE, *La prova per il giudizio nel processo penale*, Torino, 2007, 363, il quale ritiene che l'efficacia del ricorso al mezzo di ricerca della prova in parola potrebbe essere vanificata laddove la captazione clandestina non fosse tempestivamente effettuata, dovendo necessariamente attendere l'autorizzazione del giudice. L'autore è convinto pure che tale considerazione non sia un invito ad un disinvolto ricorso a tale eccezionale procedura, essendo sempre necessaria una verifica in concreto, diretta a stabilire se le esigenze investigative richiedano effettivamente un'urgenza tale da giustificare il mancato ricorso preventivo all'organo giurisdizionale.

La soluzione sembra individuata da un orientamento giurisprudenziale[32] che vuole utilizzabili i risultati delle intercettazioni urgenti, quando sia intervenuta la convalida del giudice per le indagini preliminari. Questa, infatti, eliminerebbe qualsiasi discussione sull'esistenza del requisito dell'urgenza. L'indirizzo desta, però, qualche perplessità in ragione del fatto che non è garantito il diritto della difesa ad interloquire sulla richiesta del pubblico ministero, e il provvedimento decisorio del giudice non è impugnabile. Verrebbe a mancare quel *minimum* richiesto per l'attuazione del diritto di difesa: non si verificherebbe, infatti, neppure il contraddittorio differito, in conformità ai principi previsti dal 4° comma dell'art. 111 Cost. in tema di "giusto processo".

La soluzione, invero, non sembrerebbe cogliere neppure la *ratio* ispiratrice della disciplina: le ragioni d'urgenza devono essere "eccezionali", viene cioè introdotto un elemento specializzante rispetto alla generica urgenza richiesta dal 2° comma dell'art. 267 c.p.p. Evidentemente il legislatore ha sentito l'esigenza di limitare ulteriormente il ricorso a tale mezzo quando l'attività non può essere svolta sotto il diretto controllo del pubblico ministero. Quest'ultimo è tenuto ad annotare i decreti autorizzativi del giudice, quelli di convalida o proroga delle intercettazioni, al fine di consentire il controllo sulla legittimità del procedimento. Le annotazioni, peraltro, devono essere tempestive e costantemente aggiornate, pena la sanzione di inutilizzabilità dei risultati acquisiti, così come previsto dall'art. 271 c.p.p.[33]

La Corte costituzionale ha, peraltro, ampliato la portata sulle disposizioni dell'art. 268 c.p.p. che regolano l'accesso della difesa agli atti riguardanti le intercettazioni. Ancor prima che scatti l'obbligo di deposito di cui al 4°comma del succitato articolo, il pubblico ministero ha il dovere di depositare o comunque di mettere a disposizione dell'indagato e del suo difensore, quando questi ne facciano richiesta, le registrazioni delle conversazioni poste a fondamento della misura cautelare già eseguita[34].

[32] Cass., sez. I, sent. 5.06.2003, Monachella, sul sito web *cortedicassazione.it*.

[33] Cass., sez. V, 13.03.2009, n. 14783, in *Guida dir*., n. 20/09, 97, prevede, nell'ipotesi di utilizzazione delle intercettazioni in un processo diverso da quello nel quale sono state disposte, che il deposito dei verbali e delle registrazioni delle intercettazioni debba essere ripetuto, per gli usi della difesa. Tuttavia, la violazione di tale previsione non comporterebbe la inutilizzabilità sia nel procedimento *a quo* che in quello *ad quem*, non trattandosi di disposizione richiamata dall'art. 271 c.1 c.p.p.

[34] Corte Cost., 10.10.2008, n. 336, in *Guida dir*., 2009, n. 20, 97. La sentenza ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 268 c.p.p. nella parte in cui non prevedeva che, dopo la notificazione o l'esecuzione dell'ordinanza che dispone una misura cautelare personale, il difensore possa ottenere la trasposizione su nastro magnetico delle registrazioni di conversazioni o comunicazioni intercettate, utilizzate ai fini dell'adozione del provvedimento cautelare.

### 3. *Le modalità di esecuzione come presidio di legalità.*

La fase dinamica delle operazioni è disciplinata da due norme inserite nell'art. 267 c.p.p.: i comma 4 e 5 prevedono, rispettivamente, che sia il pubblico ministero a procedere alle operazioni personalmente oppure avvalendosi dell'ausilio di un ufficiale di polizia giudiziaria; e che in apposito registro vengano annotati, secondo un ordine cronologico, i decreti che dispongono, autorizzano, convalidano o prorogano le intercettazioni e le relative date di inizio e fine delle operazioni.

Nel sistema normativo, un posto di assoluta priorità per l'espletamento di tale attività captativa è affidato al pubblico ministero.

Secondo parte della dottrina[35], la scelta legislativa è sottesa ad una precisa *ratio*, nonostante a prima osservazione possa apparire una previsione eccentrica, oltre che in contrasto con la concreta realtà di molti uffici giudiziari, nei quali, per la quantità di adempimenti e di attività che ricadono su tale magistrato, è illusorio pensare che sia lo stesso a procedere alle operazioni.

In realtà, come si diceva, poiché si tratta dell'attuazione di un delicatissimo strumento d'indagine, e proprio per la diretta incidenza di esso su diritti costituzionalmente protetti, il legislatore ha individuato un soggetto garante al quale affidare la massima responsabilità della esecuzione, con il diretto e personale controllo delle fasi in cui essa si articola.

Tuttavia, sono gli ufficiali di polizia giudiziaria che, per le ragioni di cui sopra, materialmente eseguono le operazioni di intercettazione: la scelta normativa appare sicuramente ragionevole, non potendo coinvolgere nell'attività captativa un qualsivoglia agente[36].

L'art. 268 c.p.p., invece, disciplina attività formali attinenti principalmente alla "documentazione" degli atti di captazione.

In tale ambito, rientrano la trascrizione del contenuto delle comunicazioni (c.d. brogliaccio); la trasmissione immediata dei verbali e delle registrazioni al pubblico ministero ed il loro deposito in segreteria, sal-

[35] APRILE – SPIEZIA, *Le intercettazioni telefoniche ed ambientali. Innovazioni tecnologiche e nuove questioni giuridiche*, Milano, 2004, 25. Gli autori, sulla base di esperienza concreta, auspicano che si instauri uno stretto e fecondo rapporto collaborativo con gli ufficiali di polizia giudiziaria, e suggeriscono la necessità che il p.m. con cadenze periodiche, anche quotidiane se del caso, presso la sala d'ascolto della procura della Repubblica, per poter ottenere un quadro sempre aggiornato delle operazioni di intercettazioni, dei loro risultati, per poter vigilare personalmente sulle modalità esecutive, garantendo il rispetto delle norme in materia.

[36] Cass., sez. IV, 26.09.2002, Della Rocca, in *C.E.D. Cass.*, n. 223087. Per la Corte, il p.m. nel decreto dispositivo delle operazioni è legittimato a non specificare l'indicazione nominativa dei soggetti che materialmente procederanno all'espletamento dell'attività.

vo che questo non venga ritardato da un decreto del giudice, su richiesta dell'organo dell'accusa, qualora possa derivare un grave pregiudizio per le indagini.

La violazione di tali adempimenti non comporta, però, alcuna sanzione processuale; in particolare, il mancato avviso di deposito non darebbe luogo né a nullità né ad inutilizzabilità degli atti[37].

Il 3° comma dell'art. 268 c.p.p. espressamente prevede che le operazioni di captazione siano effettuate ‹‹esclusivamente per mezzo degli impianti installati nella procura della Repubblica››, volendo così favorire un controllo effettivo da parte delle magistratura affinché siano eseguite solo le operazioni autorizzate e siano rispettate le modalità e i tempi previsti.

Le apparecchiature, normalmente, si trovano in specifiche salette presso le Procure della Repubblica (le c.d. C.I.T.), dove tutte le forze di polizia hanno accesso, e ci sono delle linee analogiche o digitali, alle quali vengono collegati i vari apparati. Esistono una miriade di macchine, tutte di un elevatissimo spessore tecnologico[38].

Non tutti gli apparati sono di proprietà delle Procure, poiché, a causa della loro rapida obsolescenza e degli elevati costi di acquisto, si ricorre al noleggio presso ditte esterne, che forniscono anche un servizio tecnico.

Lo stesso comma, invero, prevede pure una possibilità di deroga: ‹‹quando tali impianti risultano insufficienti o inidonei ed esistono eccezionali ragioni di urgenza, il pubblico ministero può disporre, con provvedimento motivato, il compimento delle operazioni mediante impianti di pubblico servizio o in dotazione alla polizia giudiziaria››. Il successivo comma 3 bis estende la previsione alle intercettazioni informatiche o telematiche, che possono essere effettuate anche attraverso impianti appartenenti a privati.

Le eccezionali ragioni di urgenza si riferiscono soltanto all'ipotesi in cui gli impianti della procura siano insufficienti, non potendo ricorrere, infatti, nel diverso caso in cui gli stessi siano inidonei, dal momento che il ricorso ad uno strumento di ricerca della prova non può essere condizionato dal tempo necessario per dotarsi di apparecchiature più moderne ed efficienti.

[37] Cass., sez. IV, 19.04.2001, Veshti, in *CP*, 690.

[38] COPPI, *L'attività intercettativa nel quadro delle funzioni di polizia giudiziaria*, in AA.VV. *Nuove tecnologie e processo penale. Giustizia e scienza: saperi a confronto*, a cura di Chiavario, Torino, 2006, p. 145. Nella sua relazione, il Maresciallo dell'Arma dei Carabinieri, illustra, ad esempio, un sistema che, oltre a monitorare l'utenza telefonica, permette di vedere costantemente, tramite l'accoppiamento ad un GPS, l'esatta ubicazione della persona che ha in uso quell'utenza.

Tale soluzione è in linea di continuità con le scelte già operate sotto il vigore del vecchio codice. La Corte costituzionale[39], infatti, aveva affermato che la compressione dei diritti sanciti dagli artt. 14 e 15 Cost., contemperata anche dalla necessità di prevenzione e repressione dei reati, dovesse essere subordinata al rigoroso rispetto di determinate garanzie anche di ordine "tecnico".

Dopo tale pronunzia, il legislatore stabilì dapprima che le intercettazioni dovessero effettuarsi esclusivamente a mezzo degli impianti installati in procura (art. 226 – *quater* comma 1 c.p.p. 1930, aggiunto dall'art. 5 l. n. 98/74), per poi consentire di utilizzare, ma solo per ragioni d'urgenza, anche gli impianti in dotazione alla p.g. (art. 226 – *quater* comma 2, sostituito dall'art. 8 d.l. n. 59/78, convertito nella l. 191/78).

Il Pubblico ministero è tenuto ad esercitare questo potere con decreto motivato, perché solo questo tipo di provvedimento autorizza il ricorso a quegli strumenti operativi e rende legittima l'attività captativa realizzando, in concreto, quella formidabile capacità intrusiva ad essa connaturata. Tale condizione dovrà essere assolta prima che tale attività venga posta in essere, onde evitare un'irreversibile patologia dell'attività, e la conseguente perdita totale del materiale probatorio acquisito[40].

Le Sezioni Unite[41] hanno individuato il contenuto ‹‹minimo›› che il decreto deve avere affinché i risultati siano poi spendibili nel giudizio.

In particolare, la Corte ha evidenziato che ‹‹va specificata la ragione dell'insufficienza o della inidoneità, anche solo mediante un'indicazione›› e ‹‹non basta l'asserzione che gli impianti sono insufficienti o inidonei››.

Il *quantum* di motivazione richiesto non è particolarmente oneroso; ciò che conta è che il pubblico ministero non si limiti a ripetere la formula legislativa, bastando la descrizione della situazione oggettiva che determina l'insufficienza o l'inidoneità (che nella specie, era rappresenta dalla indisponibilità delle linee)[42].

[39] Corte cost., sent. 06.04.1973, n. 34, cit.

[40] La sanzione è apparsa eccessiva ad una parte di dottrina rispetto al rischio che il legislatore ha visto nell'utilizzazione di impianti esterni. In tal senso, BRICCHETTI, *Basta il riferimento all'indisponibilità dei mezzi in dotazione alla procura*, su *Guida dir*., 2004, n. 6, 55.

[41] Cass., sez. un. 19.01.2004, n. 919, su *Guida dir*., 2004, n. 06, 50, con nota di Bricchetti.

[42] In particolare, le sezioni unite nell'asserire tale convincimento rilevano come ‹‹il p.m. può rendere la relativa motivazione, o integrarla, anche in un momento successivo a quello in cui abbia, eventualmente, disposto l'esecuzione delle operazioni, ma comunque sempre e in ogni caso prima che le operazioni medesime vengano eseguite. Non è dato al giudice di emendare il decreto del p.m. sostituendosi a lui nel rendere una motivazione non data dall'inquirente o di integrarla, appropriandosi di ambiti di discrezionalità delibativa e determinativa che spettano alla parte pubblica››. Così, Cass., sez. un., n.

A precisare il perimetro di utilizzabilità in dibattimento dei risultati dell'attività di intercettazione effettuata "altrove", arrivano le motivazioni delle Sezioni Unite della Corte di cassazione[43]. La controversia riguardava la legittimità della c.d. "remotizzazione", oltre che dell'ascolto delle comunicazioni oggetto di intercettazione telefonica, anche delle operazioni di registrazione e verbalizzazione delle medesime: difatti, dalla soluzione di tale problema dipende l'utilizzabilità dei risultati delle operazioni captative.

‹‹Condizione necessaria per l'utilizzabilità delle intercettazioni è che l'attività di registrazione - che, sulla base delle tecnologie attualmente in uso, consiste nella immissione dei dati captati in una memoria informatica centralizzata - avvenga nei locali della Procura della Repubblica mediante l'utilizzo di impianti ivi esistenti, mentre non rileva che negli stessi locali vengano successivamente svolte anche le ulteriori attività di ascolto, verbalizzazione ed eventuale riproduzione dei dati così registrati, che possono dunque essere eseguite "in remoto" presso gli uffici della polizia giudiziaria››.

In motivazione la Corte ha precisato, con riguardo all'attività di riproduzione - e cioè di trasferimento su supporti informatici di quanto registrato mediante gli impianti presenti nell'ufficio giudiziario -, che si tratta di un'operazione estranea alla nozione di "registrazione", la cui "remotizzazione" non pregiudica le garanzie della difesa, alla quale è sempre consentito l'accesso alle registrazioni originali.

Invero, la giurisprudenza degli ultimi anni[44] si era limitata, peral-

26795/06, in *Dir. pen. proc*., n.11/06, 1347 ss. L'orientamento è ribadito da successivi interventi delle sezioni unite, che pongono l'accento anche sul problema dell'integrazione del provvedimento. Anche in tal caso, infatti, l'integrazione deve avvenire prima della esecuzione delle operazioni, in ossequio al principio costituzionale contenuto nell'art. 15. e deve essere sempre opera del p.m., non essendo possibile al giudice di merito, né tanto meno a quello di legittimità, individuare le ragioni giustificatrici. Così, Cass., sez. un., 26.07.2007, n. 30347, in *Dir. pen. proc*., 2007, n. 10, 1281.

[43] Cass., sez. un. 23.09.2008, n. 36359, Romis, in *Dir. pen . proc*., 2008, n. 11, 1387. Si tratta di una questione posta all'attenzione della giurisprudenza soltanto di recente, atteso che solo negli ultimi tempi l'evoluzione tecnologica ha consentito la fisica separazione dell'ascolto dalla registrazione delle intercettazioni, ed a fronte di ciò non si rinveniva nella giurisprudenza una contrapposizione interpretativa circa l'utilizzabilità di intercettazioni captate con tecnica di c.d. "remotizzazione", cioè di ascolto, oltre che nei locali della procura, anche in quelli della polizia giudiziaria. Era stato affermato, infatti, che la tecnica dell'instradamento dei flussi sonori captati dagli impianti ritualmente collocati nei locali della procura verso punti di ascolto siti negli uffici di polizia giudiziaria, costituiva una modalità di esecuzione compatibile con la normativa in esame. Così, Cass., sez. IV, 27.05.2005, n. 20140, Littera, in *C.E.D. Cass.*, 231369.

[44] Cass., sez. II, 05.03.2008, n. 14030, Bruno, in *C.E.D. Cass*., 239395; sez. III, 28.01.2008 n. 4111, Musso, in *ivi*, 238534.

tro in modo unanime, a riconoscere la legittimità dell'attività di ascolto "in remoto", escludendo il contrasto con la legge processuale, sul presupposto che detta attività rimane estranea al complesso di operazioni previste e disciplinate dall'art. 268 c.p.p.

Inoltre, è stato sottolineato che una volta stabilito che le operazioni di intercettazione dovessero svolgersi all'interno dei locali della polizia giudiziaria, fosse irrilevante il luogo di esecuzione dei successivi adempimenti, compresa la verbalizzazione, poiché il termine "operazioni" utilizzato nell'art. 268 c.p.p. non sarebbe stato interpretabile in questo senso[45].

Il Supremo collegio ha rilevato come la corretta esegesi dell'art. 268 comma 3 c.p.p. consenta di escludere che il vincolo posto in ordine alla localizzazione dell'attività di intercettazione riguardi operazioni tecniche diverse e ulteriori rispetto a quella di registrazione, espressamente menzionata al comma 1°. Il legislatore, secondo le Sezioni Unite, avrebbe operato una segmentazione delle attività connesse all'intercettazione, distinguendo tra captazione, registrazione, ascolto e verbalizzazione, frammenti che assumono un'autonoma e diversa rilevanza sul piano giuridico. In particolare, la materiale captazione delle comunicazioni si realizzerebbe formalmente al di fuori degli uffici della procura; la registrazione avverrebbe attraverso il ricorso a sistemi digitali e computerizzati che hanno sostituito gli apparati meccanici, così che lo "scaricamento" dei dati su supporti costituisce un segmento autonomo rispetto alla registrazione, tecnicamente diverso da questa.

Di conseguenza, mentre le operazioni di registrazione, che consistono nell'immissione nella memoria informatica centralizzata (*server*), dei dati captati nella centrale dell'operatore telefonico, debbono essere compiute solo ed esclusivamente per mezzo degli impianti installati in procura, non vi sarebbe ragione per ritenere esistente un limite normativo alle pratiche di remotizzazione dell'ascolto delle intercettazioni, ovvero alla prassi di redazione dei verbali che le riguardano negli stessi luoghi in cui si svolge l'attività di ascolto, così remotizzato[46].

## 4. *Futuri scenari legislativi nella prospettiva di riforma.*

Il tema delle intercettazioni telefoniche, ambientali e telematiche è, oggi, di grande attualità: da qualche tempo, sul tavolo delle riforme, la

[45] Cass., sez. IV, 24.07.2007, n. 30002, Valeri, in *C.E.D. Cass.*, 237051.

[46] L'assunto è stato, di recente, ribadito da un'ulteriore pronunzia della Cassazione: Cass., sez. V, 30.01.2009, n. 4329, in *Guida dir.*, 2009, n. 12, 67.

discussione è aperta sul nuovo disegno di legge, presentato alla Camera dei Deputati il 30 giugno 2008.

La dichiarata finalità, comune a tutti gli schieramenti, di rafforzare il diritto alla *privacy*, ha prodotto una riforma orientata verso un divieto assoluto e generalizzato di pubblicazione degli atti di indagine fino al termine della conclusione delle indagini preliminari.

In tale ottica l'art. 2 del d.d.l. 1415C modifica gli artt. 114 e 115 c.p.p. prevedendo il divieto di procedere alla pubblicazione di atti di indagine, pur quando sia venuto meno il segreto di cui all'art. 329 c.p.p., fino alla conclusione delle indagini preliminari, ovvero, se prevista, fino al termine dell'udienza preliminare.

Gli ambiti di operatività di tale divieto legittimano dubbi di costituzionalità della norma: la riforma dovrà confrontarsi con le esigenze di una opinione pubblica abituata ad una informazione "immediata" in materia di cronaca giudiziaria nel rispetto del diritto, costituzionalmente garantito, di informare.

Il difficile equilibrio tra tutela della *privacy* e diritto all'informazione appare raggiungibile attraverso la pubblicazione degli atti di indagine preliminare solo a seguito della notifica dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari atteso che in tale fase interviene una piena *discovery* delle risultanze probatorie emerse nel corso delle investigazioni.

La riforma delinea, peraltro, anche la materia relativa ai risultati delle intercettazioni: la pubblicazione dovrebbe essere autorizzata ‹‹solo con riferimento a quelle già acquisite al processo, in quanto rilevanti, rimanendo vietata (con adeguate sanzioni) per quelle non acquisite, e quindi rimaste coperte da segreto nell'apposito «archivio riservato», in quanto relative a persone, fatti o circostanze estranei alle indagini››[47].

Il testo di riforma interviene sulla genesi del procedimento applicativo incidendo sui presupposti che legittimano la richiesta del p.m. senza ridurre il novero dei casi tassativi previsti dall'attuale art. 266 c.p.p.

Invero, la modifica più allarmante era prospettata proprio dall'art. 3 del disegno di legge che, nella sua formulazione originaria, mutava completamente l'art. 266 c.p.p., limitando i reati intercettabili. Nel testo iniziale, infatti, erano previste due categorie, l'una trovava il suo riferimento nella pena edittale, l'altra nella gravità del reato, per il quale sarebbe stato ammesso il ricorso alla disciplina delle intercettazioni quale che fosse la pena applicabile.

[47] Così GREVI, *Riforma intercettazioni: limiti e aperture*, sul Corriere della Sera, 1 marzo 2009, 34.

Si trattava dei delitti puniti con la pena dell'ergastolo o della reclusione non inferiore a dieci anni, nel primo caso; di delitti di gravissimo allarme sociale (reati di mafia, terrorismo, rapina, estorsione aggravata, sequestro di persona e omicidio), nel secondo. Infine, lo strumento captativo era ammesso per taluni reati minori, connessi all'utilizzo del telefono (reati di ingiuria, minaccia, usura, molestia o disturbo col mezzo del telefono).

La previsione è stata foriera di critiche e osservazioni fondate sul rilievo di estendere il raggio d'azione delle intercettazioni: questa drastica riduzione dei reati intercettabili risultava irragionevole, considerato, soprattutto, il notevole risultato probatorio a cui tale strumento giunge nella maggior parte dei casi.

Il Governo non ha avuto altra scelta: ha presentato un emendamento governativo volto a confermare la vigente normativa.

L'art. 4 del disegno di legge ha rimodulato l'attuale art. 267 c.p.p., sostituendo la competenza ad autorizzare le operazioni captative dal g.i.p. al Tribunale in composizione collegiale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente.

La dottrina[48] ha aspramente criticato tale scelta: superata l'iniziale impressione di un aumento delle garanzie, giustificata dall'auspicio di un controllo più penetrante, si deve prendere atto che ‹‹una collegialità talmente anticipata funge da compressione della neutralità valutativa del giudice del merito, una volta che la decisione si incentra sulla sussistenza dei gravi indizi di colpevolezza››[49].

È palese l'asimmetria di un sistema che, se da un lato attribuisce ad un giudice monocratico poteri di estrema rilevanza processuale - il riferimento è, chiaramente, al potere di applicare misure cautelari personali e reali, nonché al potere di decidere nel merito reati particolarmente gravi – , dall' altro si affida al Tribunale in composizione collegiale per autorizzare le intercettazioni.

Queste riflessioni legittimano le critiche intervenute: appare, infatti, come un tentativo volto a svilire il "valore" della collegialità, anche perché, sarebbe sufficiente un rigore maggiore, nel controllo operato dal giudice per le indagini preliminari per avere un minore pericolo di "cedimento" del segreto sugli atti di indagine[50].

Il decreto motivato, autorizzativo delle operazioni, dovrà essere ‹‹con-

[48] Si vedano a tal proposito, le riflessioni di BITONTO, *Lungo la strada per la riforma della disciplina delle intercettazioni*, in *Cass. pen.*, 2009, 20.

[49] Testualmente, MAFFEO, *La riforma* in itinere *delle intercettazioni, tra tutela della* privacy *ed esigenze dell'accertamento*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, n. 4, 510 ss.

[50] È questo il suggerimento di MAFFEO, *La riforma* in itinere, cit., 513.

testuale e non successivamente modificabile o sostituibile››. La scelta è condivisibile se si considerano i poteri incisivi del giudice sul contenuto della motivazione; più problematica è la qualificazione delle ‹‹contestualità››, posto che l'espressione poco si adatta ad un provvedimento di autorizzazione che deve essere adottato con un unico atto.

La vera preoccupazione della riforma, cagione di numerose critiche e vivaci dibattiti - non solo da parte dell'Opposizione, ma anche all'interno della stessa Maggioranza - riguarda la c.d. soggettivizzazione dei presupposti giustificativi delle intercettazioni.

Nella vigente normativa, il presupposto perché possa essere ammessa l'intercettazione è rappresentato dai ‹‹gravi indizi di reato››; la riforma ha inteso autorizzare le intercettazioni solo laddove sussistano ‹‹gravi indizi di colpevolezza››.

La soluzione prospettata è, invero, eccentrica rispetto alla natura delle intercettazioni che sono un mezzo di ricerca della prova: in tal modo, infatti, verrebbe preclusa la prospettiva di impiego più frequente e preziosa delle intercettazioni diretta ad individuare la direzione ove indagare, in assenza di elementi circa gli autori dei reati da investigare.

La scelta opera nel solco di una direzione poco condivisibile: la captazione di conversazioni o comunicazioni è mezzo di ricerca della prova, e non mezzo di mero riscontro rispetto a prove già acquisite.

Per come prospettata, la normativa avrebbe subordinato l'autorizzazione di intercettazioni alla raccolta di elementi tali da far presumere "colpevole" la persona da intercettare, ponendosi in contrasto con la successiva regola che sancisce ‹‹l'assoluta indispensabilità ai fini della prosecuzione delle indagini››.

I "gravi indizi di colpevolezza" postulano la necessità di una fase avanzata delle indagini: quale significato dare alla scelta di proseguire nelle investigazioni dinanzi ad un quadro probatorio chiaro?

L'art. 5 del disegno di legge modifica il 3° comma dell'articolo 268, trasferendo nel codice regole esecutive oggi contenute nell'art. 89 disp. att. c.p.p. In particolare, si interviene relativamente all'individuazione degli impianti da utilizzare per lo svolgimento delle operazioni di intercettazioni, al luogo di ascolto ed alle modalità di conservazione. È così che si giunge alla novellata previsione, secondo cui la captazione deve essere compiuta per mezzo di impianti installati nei centri di intercettazione istituti presso ogni distretto di corte d'appello. Questa innovazione tiene conto di quanto previsto dall'articolo 2, commi 82 e 83, della legge 24 dicembre 2007, n. 244, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (legge finanziaria 2008)», secondo cui il Ministero della giustizia avrebbe avviato, entro il 31 gennaio 2008,

la realizzazione di un sistema unico nazionale, articolato su base distrettuale di corte d'appello, delle intercettazioni telefoniche, ambientali e altre forme di comunicazione informatica o telematica, disposte o autorizzate dall'autorità giudiziaria, anche attraverso la razionalizzazione delle attività attualmente svolte dagli uffici dell'amministrazione della giustizia. Con questo nuovo sistema le operazioni di registrazione saranno concentrate presso ciascun distretto di corte d'appello, in modo da limitare i soggetti che hanno accesso alle intercettazioni e garantire il miglior livello di sicurezza nell'acquisizione e nel trattamento dei dati.

Le operazioni di ascolto delle conversazioni saranno invece compiute mediante gli impianti installati presso la procura della Repubblica, ovvero, previa autorizzazione del pubblico ministero, presso i servizi di polizia giudiziaria delegati per le indagini.

Viene, poi, esplicitata la facoltà per i difensori di prendere visione dei verbali che hanno disposto, autorizzato, convalidato o prorogato le intercettazioni, nonché di ascoltare le registrazioni ovvero di prendere cognizione dei flussi di comunicazioni informatiche o telematiche, ma è espressamente vietato il rilascio di copia dei verbali, dei supporti e dei decreti.

La previsione desta perplessità: parte della dottrina[51] assume che la difesa si verrebbe a trovare in una condizione peggiore, stante la sua impossibilità di elaborare una valida strategia difensiva già all'udienza dinanzi al giudice per le indagini preliminari. In particolare, la difesa sarebbe chiamata ad interloquire in uno stato di manifesto svantaggio circa l'utilità e la rilevanza delle conversazioni intercettate, dovendosi presentare a tale udienza "impreparata", senza una conoscenza adeguata del materiale acquisito. Nella prassi molti processi incontrano un uso limitato della prova dichiarativa, fondandosi interamente su intercettazioni telefoniche ed ambientali (si pensi ad un reato ex art. 416 c.p. finalizzato al traffico di stupefacenti): ecco perché assistiamo ad una "mutazione" delle indagini preliminari, che si preparano a diventare "raccoglitori di prove".

La prova si forma, infatti, proprio durante le indagini, lasciando la difesa nell'impossibilità di controbattere. In questo ambito, è auspicabile una seria riforma delle intercettazioni: andrebbero ampliati gli spazi difensivi e di contraddittorio.

Tutti problemi aperti, di fronte ai quali non è azzardato sperare che si possano trovare, con largo consenso, soluzioni che realizzino un equilibrio tra esigenze di accertamento e rispetto delle garanzie costituzionali e convenzionali.

[51] In tal senso, MAFFEO, *La riforma* in itinere *delle intercettazioni*, cit., 516.

CINZIA DELLI CARRI

# Prime riflessioni sulla nuova fattispecie di "*atti persecutori*"

SOMMARIO: 1. Il fenomeno dello *stalking*. - 1.1 Cenni alla normativa dei paesi europei ed extraeuropei. - 1.2 Le fattispecie penali applicabili agli atti persecutori prima della riforma. - 2. La procedura di ammonimento. - 3. La struttura del fatto tipico. - 3.1 Il bene tutelato. - 3.2 La condotta. - 3.3 L'evento. - 3.4 Il dolo. - 4. Consumazione e tentativo. - 5. Circostanze aggravanti. - 6. Rapporti con altre figure di reato.

## 1. *Il fenomeno dello* stalking

La nuova fattispecie di "atti persecutori" rappresenta il primo concreto tentativo di assicurare un presidio sanzionatorio adeguato ad un fenomeno che, secondo recenti studi statistici[1] , ha assunto una rilevante dimensione sociale.

Il nuovo art. 612-bis c.p., introdotto con *DL* del 23 febbraio 2009 n. 11[2], punisce con la reclusione da sei mesi a quattro anni «chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta taluno in modo da cagionare un perdurante e grave stato di ansia o di paura ovvero da ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva ovvero da costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita».

La condotta persecutoria è generalmente definita con il termine "*stalking*"[3], espressione mutuata dall'esperienza giuridica dei Paesi di

[1] Indagine *ISTAT, La violenza e i maltrattamenti contro le donne dentro e fuori la famiglia-anno 2006,* pubblicata il 21 febbraio 2007, consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.istat.it. Si evidenzia, in particolare, che 2 milioni e 77 mila donne hanno subito comportamenti persecutori dai partner al momento della separazione o dagli *ex* partner, vale a dire il 18% del totale. Il comportamento persecutorio si è concretizzato: nel 68,5% nel tentativo insistente di parlare con la donna contro la sua volontà,; nel 61,8% dei casi, nel richiedere ripetutamente appuntamenti; nel 57% dei casi, nell'aspettare la donna fuori casa, a scuola o al lavoro; nel 55,4% dei casi, nel seguire o spiare la vittima; nell'11% dei casi, in altre strategie. Tra le donne che hanno subito una violenza fisica o sessuale da *ex* partner la percentuale di stalking è del 48,8%.

[2] Il *DL* è entrato in vigore il 25 febbraio 2009. La legge di conversione (L.38/09) non ha apportato modifiche al nuovo articolo.

[3] Il termine "*stalking*" (dal verbo "*to stalk*") può tradursi con la perifrasi "fare la posta" (alla preda).

*common law* con cui si indicano comportamenti di molestia assillante che compromettono la complessiva serenità della vittima.

Le caratteristiche principali della condotta dello *stalker* si individuano soprattutto nella reiterazione insistente e nel carattere fortemente intrusivo dell'attività posta in essere, che può concretizzarsi - anche cumulativamente - in atti di sorveglianza o di ricerca di contatto (es. appostamenti, pedinamenti, continue ed indesiderate telefonate) nonché in varie forme di aggressione che, spesso, caratterizzano l'*escalation* criminale (es. minacce, danneggiamenti, ingiurie, percosse ecc.).

Il fenomeno è riferibile, soprattutto, alle più eterogenee dinamiche attraverso cui si estrinsecano gli episodi di violenza sulle donne: l'innamorato respinto che non si arrende al rifiuto e reagisce con insistenza per recuperare il rapporto interrotto è uno dei casi più classici di *stalking.* Dinamiche simili possono svilupparsi anche nell'ambito di relazioni di tutt'altra natura, come quelle di tipo lavorativo (c.d. *"stalking* occupazionale"[4]), di amicizia (ipotesi dell'amico respinto) o anche in assenza di pregressi rapporti personali (si pensi alla persecuzione attuata dall'erotomane nei confronti di una persona sconosciuta o dal fan a danno di un personaggio famoso).

L'esecuzione dell'attività persecutoria oggi può giovarsi, altresì, di una vasta gamma di strumenti di comunicazione messi a disposizione dalla moderna tecnologia: l'etichetta "*cyberstalking*"[5] si riferisce, appunto, alle molestie insistenti realizzate attraverso l'uso della posta elettronica o nell'ambito di *live chat* e di *newgroups.*

### 1.1 *Cenni alla normativa dei Paesi europei ed extraeuropei*

La particolare gravità delle conseguenze dannose che si ripercuotono a danno della vittima nonché la crescente emersione del fenomeno in esame ha ispirato l'adozione di una disciplina penale specifica in molti Paesi europei ed extraeuropei[6].

[4] Lo "*stalking* occupazionale" è caratterizzato dal fatto che la causa delle persecuzioni proviene dall'ambiente lavorativo della vittima. Per un approfondimento, v. anche H. Ege, *Oltre il mobbing. Straining, stalking e altre forme di conflittualità sul posto di lavoro*, Milano, Franco Angeli ed, 2000.

[5] Per un approfondimento, F. Di Luciano, *Cyberstalking. Comparazione, situazione italiana e prospettive di riforma,* in *Diritto dell'internet*, 2007, n. 5, p. 503.

[6] Le informazioni sulla legislazione straniera sono tratte da: Modena Group on Stalking, *Protecting women from the new crime of stalking: a comparison of legislative approaches within the European Union,* disponibile all'indirizzo internet: http://stalking.medlegmo.unimo.it/RAPPORTO_versione_finale_011007.pdf; Servizio Biblioteca della Camera dei Deputati, *Il reato di molestia insistente (stalking) negli Stati Uniti, in Canada, nel Regno Unito e in Germa-*

I Paesi membri dell'Unione Europea che, al 2007, erano provvisti di una specifica normativa anti-*stalking* erano: Austria, Belgio, Danimarca, Germania, Irlanda, Malta, Paesi Bassi, Regno Unito.

In particolare, in **Germania** il § 238 del codice penale, novellato nel 2007[7], punisce con la reclusione fino a tre anni o con una sanzione pecuniaria chiunque perseguiti ingiustificatamente un individuo attraverso una delle modalità descritte: ricercando la sua vicinanza; utilizzando mezzi di telecomunicazione o l'aiuto di terze persone per entrare in contatto con lo stesso; usando abusivamente i suoi dati personali per ordinare merci o servizi in suo nome o inducendo altri soggetti a mettersi in contatto con la vittima; minacciando con lesioni corporali l'incolumità, la salute e la libertà della persona offesa o delle persone ad essa vicine; compiendo azioni simili. L'evento necessario all'integrazione del reato è indicato nel grave pregiudizio alla 'organizzazione di vita' del soggetto passivo.

Sono previsti, inoltre, aumenti di pena nelle ipotesi in cui lo *stalker* provochi un grave danno alla salute, un pericolo di morte o la morte

*nia (note informative sintetiche n. 11 del 2007),* consultabile all'indirizzo internet: http://documenti.camera.it/Leg15/Dossier/Testi/NIS07011.htm; *Scheda di lettura febbraio 2009, n. 98, Disegni di Legge AA.SS.* N*n. 451, 751, 795, 861 e 1348 in materia di* stalking, pp. 10 e ss., consultabile al seguente indirizzo internet: http://www.senato.it/documenti/repository/dossier/studi/2008/Dossier_098.pdf.

[7] **Stgb § 238 Nachstellung** «(1) Wer einem Menschen unbefugt nachstellt, indem er beharrlich

1.seine räumliche Nähe aufsucht,

2.unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu ihm herzustellen versucht,

3.unter missbräuchlicher Verwendung von dessen personenbezogenen Daten Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für ihn aufgibt oder Dritte veranlasst, mit diesem Kontakt aufzunehmen,

4.ihn mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit seiner selbst oder einer ihm nahe stehenden Person bedroht oderaz

5.eine andere vergleichbare Handlung vornimmt"

und dadurch seine Lebensgestaltung schwerwiegend beeinträchtigt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahe stehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.

(3) Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahe stehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

(4) In den Fällen des Absatzes 1 wird die Tat nur auf Antrag verfolgt, es sei denn, dass die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält».

stessa della vittima o di un suo parente o di una persona ad essa vicina.

Dalla struttura della fattispecie si deduce la scelta legislativa di definire la condotta persecutoria attraverso un'indicazione di tipo casistico, sia pure 'temperata' dall'introduzione di una clausola di chiusura estremamente generica («compiendo azioni simili»), la quale, da una parte, risponde all'esigenza di 'tradurre' con sufficiente completezza il fenomeno che si intende perseguire ma, dall'altra, crea inevitabili tensioni con il principio di determinatezza.

Si tratta dunque di una scelta in un certo senso inversa rispetto a quella operata dal legislatore italiano con la fattispecie di atti persecutori: l'art. 612-bis c.p. delinea, infatti, come meglio vedremo più avanti[8], il comportamento persecutorio attraverso un generico riferimento alla 'reiterazione' di condotte aventi significato minaccioso o molesto, non fornendo alcuna indicazione tipologica sull'attività dello *stalker* .

Ulteriori divergenze strutturali riguardano la tipologia (ed il ruolo) dell'evento. Come già accennato, il § 238 del codice penale tedesco, a fronte di una dettagliata casistica comportamentale, àncora il perfezionamento del delitto alla realizzazione di un grave pregiudizio alla 'organizzazione di vita' del soggetto passivo, quindi ad un'offesa che, se pure specificamente riferibile – secondo la comune esperienza – al fenomeno di *stalking*, delinea comunque un'area di eventi piuttosto ampia. La norma di cui all'art. 612-bis, invece, differenzia le conseguenze della condotta rilevante – come già accennato[9] – in tre tipologie. Gli eventi contemplati, però, pur costituendo possibili forme di estrinsecazione dell'offesa tipicamente riconducibile ad un comportamento persecutorio, non sempre ne costituiscono espressione immediata (si pensi, a tal proposito, al "fondato timore per l'incolumità", specificamente riferibile al reato di minaccia)[10].

[8] Sull'interpretazione della natura degli atti integranti la condotta rilevante ai sensi dell'art. 612-bis c.p., v. *infra* (§ *3.2*)

[9] *Supra* (§*1*). Gli eventi contemplati dall'art. 612-bis sono: 1) un grave e perdurante stato di ansia e di paura; 2) un fondato timore per l'incolumità della vittima, di un suo congiunto o di persona alla stessa legata da relazione affettiva; 3) l'alterazione delle abitudini di vita della persona offesa. Sulla tipologia degli eventi, v. *infra* (§ *3.3*).

[10] A ben vedere, l'esperienza empirica fornisce risposte piuttosto attendibili sul piano della condotta persecutoria, che risultano, invece, inevitabilmente approssimative in ordine alle conseguenze ad essa riferibili. Il legislatore tedesco sembra aver costruito la fattispecie basandosi soprattutto sui dati empirici relativi, appunto, alla tipologia delle attività attraverso cui – generalmente – si concretizza lo *stalking*, mentre, a fronte di una indeterminata gamma di conseguenze, ha scelto di selezionarne soltanto una a perfezionamento della fattispecie, seppur descritta in modo tale da delineare un'ampia area di eventi. La fattispecie italiana, invece, sembra radicare la tipicità del 'fatto' *soprat-*

Anche il **Regno Unito** si è dotato, sin dal 1997, di una specifica normativa (*Protection from Harassment Act*) volta a contrastare il fenomeno delle molestie assillanti. La definizione legislativa della condotta vietata sembra incentrata sulla sua qualificazione in termini di 'molestia' (*harassment*). Secondo la definizione legislativa (art. 1)[11], infatti, è vietato attuare una condotta che costituisce molestia o che l'autore sa o dovrebbe sapere che costituisce molestia per terze persone.

La medesima considerazione può essere formulata in riferimento alla descrizione legislativa di cui all'art. 4, che vieta di ingenerare in un'altra persona il timore, in almeno due occasioni, che le sia usata violenza, nonostante la consapevolezza di tale effetto o la possibilità di prevederlo. In tal caso, l'unico riferimento idoneo a conferire maggiore determinatezza al divieto è costituito dalla indicazione della minima reiterazione degli episodi di minaccia. La condotta decritta configura un'ipotesi di responsabilità civile (in Inghilterra ed in Galles) e la vittima può ottenere un'ingiunzione del tribunale che imponga di porre fine al comportamento illecito. La violazione del relativo decreto integra gli estremi di un illecito penale.

Nella **legislazione belga**, invece, la definizione normativa della fattispecie si incentra sulla violazione della 'condizione di serenità' della vittima. L'art. 442*bis*[12] del codice penale, entrato in vigore nel 1998 (e no-

*tutto* nella fenomenologia delle conseguenze della condotta, differenziate in tre eventi. È, quindi, inevitabile che ciascuno di essi costituisca un importante riferimento ermeneutico per l'interprete ai fini dell'individuazione dei comportamenti rilevanti ai sensi dell'art. 612-bis. Un confronto tra le diverse articolazioni normative, volto a valutare la maggiore o minore idoneità delle stesse a 'rappresentare' il fenomeno dello *stalking* – e, quindi, a contrastarlo – non potrà, tuttavia, prescindere dall'analisi dell'esperienza giurisprudenziale, la sola in grado di mostrare la reale efficacia delle scelte legislative.

[11] **1 Prohibition of harassment**

(1) A person must not pursue a course of conduct—

(a) which amounts to harassment of another, and

(b) which he knows or ought to know amounts to harassment of the other.

(2) For the purposes of this section, the person whose course of conduct is in question ought to know that it amounts to harassment of another if a reasonable person in possession of the same information would think the course of conduct amounted to harassment of the other.

(3) Subsection (1) does not apply to a course of conduct if the person who pursued it shows

(a) that it was pursued for the purpose of preventing or detecting crime,

(b) that it was pursued under any enactment or rule of law or to comply with any condition or requirement imposed by any person under any enactment, or

(c) that in the particular circumstances the pursuit of the course of conduct was reasonable.

[12] Art. 442bis. «(inséré par <L 1998-10-30/34, art. 2, En vigueur : 27-12-1998>) "Qui-

vellato con interventi legislativi del 2002 e del 2003), punisce chiunque abbia molestato una persona pur sapendo o potendo sapere che il suo comportamento avrebbe gravemente disturbato la serenità della stessa («la tranquillité de la personne»). La condotta incriminata è, dunque, qualificata in ragione del solo riferimento al 'grave disturbo della quiete' della vittima: si lascia al giudice la possibilità di individuare le conseguenze empiriche concretamente riferibili all'evento descritto (es. lo stato di ansia o di timore).

Con riferimento al panorama extraeuropeo, assume particolare rilievo l'intensa ed articolata attività legislativa che caratterizza l'esperienza giuridica degli **Stati Uniti d'America**. Già dal 1990 lo stato della California approvò la prima legge anti-*stalking* in risposta alle pressanti richieste di intervento originate dal brutale assassinio dell'attrice Rebecca Schaeffer ad opera del suo *stalker*. E fu proprio sulla forte onda emotiva suscitata nell'opinione pubblica dall'episodio che venne introdotta una normativa penale specifica.

Seguendo l'esempio californiano, entro il 1994 tutti i 50 Stati americani ed il distretto di Colombia approvarono una legislazione anti-*stalking,* nell'ambito della quale il fenomeno persecutorio è generalmente definito come l'intenzionale, malevolo e persistente comportamento di seguire o molestare un'altra persona.

Nella maggior parte dei casi, gli elementi che delineano il fenomeno persecutorio sono: la *reiterazione* di comportamenti (*course of conduct*), la cui tipologia è piuttosto varia (comunicazione non consensuale, appostamenti ecc); la presenza di *minacce* implicite o esplicite; l'*intento* di ingenerare paura nella vittima. Con l'*Interstate Stalking Punishment and Prevention Act* (1996) lo specifico crimine di *stalking* è stato introdotto a livello federale.

L'ampia diffusione della rete internet come strumento di comunicazione personale ha spinto lo stato della California ad adottare, nel 1999, la prima *cyberstalking law,* finalizzata a contrastare i comportamenti persecutori attuati mediante i nuovi canali di contatto 'virtuali', quali la posta elettronica e le *chat*. A tale intervento legislativo è seguito, nel 2000, il *Violence Against Women Act* nell'ambito della legislazione federale posta a tutela

conque aura harcelé une personne alors qu'il savait ou aurait dû savoir qu'il affecterait gravement par ce comportement la tranquillité de la personne visée, sera puni d'une peine d'emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cinquante francs à trois cents francs, ou de l'une de ces peines seulement.

Le délit prévu par le présent article ne pourra être poursuivi que sur la plainte de la personne qui se prétend harcelee»

della donna da ogni forma di violenza. In tale contesto, si punisce, tra l'altro, anche l'uso di e-mail o di ogni altro mezzo di scambio interstatale o estero volto a perseguitare la vittima o i membri della sua famiglia.

### 1.2 *Le fattispecie penali applicabili agli atti persecutori prima della riforma*

Fino all'entrata in vigore del *DL* n. 11/09 la giurisprudenza italiana ha realizzato un'articolata opera interpretativa volta ad individuare, nell'ambito della complessa realtà fenomenica dello *stalking*, elementi riferibili a fattispecie di reato già contemplate. La condotta dello *stalker*, infatti, può essere realizzata attraverso atti che, nella loro autonoma dimensione, concretizzano i delitti di **minaccia** (art. 612 c.p.), **ingiuria** (594 c.p.), **percosse** (581 c.p.) o **violenza privata** (610 c.p.); in altri casi, invece, l'attività del soggetto attivo, pur se complessivamente connotata da un significato persecutorio, si estrinseca in atti singolarmente irrilevanti per l'ordinamento penale.

La giurisprudenza di legittimità ha considerato punibili ai sensi dell'art. 660 c.p. («Molestia o disturbo alle persone») le condotte che, non integrando alcun delitto specifico, risultano tuttavia moleste nei confronti della vittima. Ai fini dell'applicazione della contravvenzione citata, la Corte di Cassazione ha rilevato la ricorrenza della condizione della 'petulanza' in un comportamento pressante, ripetitivo e indiscreto che si manifesta in modo tale da realizzare una sgradevole intrusione nella sfera della quiete e della libertà delle persone[13].

Nell'ambito delle condotte persecutorie a sfondo passionale, la giurisprudenza ha qualificato *ex* art. 660 c.p. il continuo ed insistente corteggiamento, chiaramente non gradito, che si estrinsechi in ripetuti pedinamenti e/o in continue telefonate[14]. La Suprema Corte, inoltre, ha accolto un'interpretazione estensiva del riferimento normativo al «mezzo del telefono», equiparando ad esso analoghi mezzi di comunicazione a distanza[15].

[13] Nella specie, si considerava rilevante *ex* art. 660 c.p. la realizzazione di telefonate ingiustificate ad ogni ora. Cass., sez. I, 13555/98, in *Cass. Pen.*, 2000, p. 76

[14] Cass., sez. I, n. 6905/92, in *Giur. It.*, 1993, II, p. 230.

[15] È stata considerata rilevante *ex* art. 660 c.p. la molestia posta in essere attraverso l'invio di *short messages system* (*SMS*) trasmessi attraverso sistemi telefonici mobili o fissi, i quali – si specifica – non possono essere assimilati a messaggi di tipo epistolare, in quanto il destinatario di essi è costretto, sia *de auditu* che *de visu*, a percepirli, con corrispondente turbamento della quiete e tranquillità psichica, prima di poterne individuare il mittente; si realizza, così, l'obiettivo di recare disturbo al destinatario. Cass., 26 marzo 2004, n. 28680, in *Riv. Pen.*, 2005, p. 163.

La norma in esame contempla una fattispecie palesemente inadeguata a cogliere tutte le possibili estrinsecazioni della condotta persecutoria né si mostra capace di interpretare il maggior disvalore penale determinato dalla più grave lesione del bene giuridico coinvolto[16]. Le circostanze di luogo («in luogo pubblico o aperto al pubblico») e le modalità esecutive («col mezzo del telefono»), alternativamente rilevanti quali elementi costitutivi del reato non consentono di riferire alla previsione *ex* art. 660 c.p. le attività persecutorie non parimenti connotate, perché, ad esempio, realizzate attraverso strumenti di comunicazione diversi da quelli che la giurisprudenza comunque equipara al telefono.

La prassi ha evidenziato che la fattispecie di molestia non è idonea ad affrontare il fenomeno in esame, come si evince anche dall'evidente sproporzione tra la particolare tenuità della pena contemplata («con arresto fino a sei mesi o con ammenda fino a €516») e la gravità della lesione dei beni giuridici coinvolti, quali la libertà personale, la riservatezza nonché, spesso, la stessa incolumità psico-fisica nella forma dello stress emotivo.

Si è avvertita, inoltre, l'esigenza di predisporre misure di intervento immediato, finalizzato a prevenire l'*escalation* di violenza che, spesso, caratterizza la condotta persecutoria e che non conosce alcuna misura di contrasto nelle more della comminazione della sanzione.

Nello sviluppo evolutivo del comportamento criminale dello *stalker* possono verificarsi episodi di violenza riconducibili a fattispecie delittuose più gravi: lesioni personali, violenza sessuale e finanche omicidio[17]. In tali ipotesi, l'ordinamento giuridico offriva una risposta sanzionatoria cer-

[16] In virtù della peculiare collocazione codicistica dell'art. 660 c.p. ("*Delle contravvenzioni concernenti l'ordine pubblico e la tranquillità pubblica*"), il bene giuridico è stato tradizionalmente individuato nell'ordine pubblico, considerato sotto lo specifico aspetto dei perturbamenti della tranquillità pubblica che possono derivare dalla presenza di fatti di disturbo o molestia al singolo individuo, data l'astratta possibilità di reazione di quest'ultimo o di terzi spettatori. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, X, Torino,1986, p.157 e ss.; Cass., sez. I, 23 settembre 1994 - 9 novembre 1994, n. 11208, in *Mass. Cass. Pen*., 1995, II, p. 55; Cass., sez. I, 9 maggio 2002 - 1 luglio 2002, n. 25045, in *CED*, 222705. *Contra:* G.M.FLICK, *Molestia (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto, XXVI*, Milano, 1976, pp. 699 e ss; G.CONTENTO, *Molestie e disturbo alle persone*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XX, Roma, 1990, p. 1 e ss., favorevoli all'interpretazione – oggi condivisa dalla dottrina maggioritaria – orientata ad individuare il bene giuridico nella 'tranquillità personale'. Vedi anche *infra*, (§ 9).

[17] L'esigenza di predisporre misure dirette a contrastare l'*escalation* di violenza che spesso caratterizza l'evoluzione della condotta persecutoria, ha ispirato anche la novella dell'art. 576 c.p., introdotta dall'art. 1, let. b), del D.L. 11/09, e parzialmente modificata con la successiva legge di conversione (*L* 38/09). L'intervento legislativo ha inserito una nuova circostanza aggravante del reato di omicidio per l'autore del delitto di "atti perse-

tamente più incisiva – in quanto proporzionata alla maggiore gravità dell'autonomo fatto di reato – ma, comunque, riferibile esclusivamente al singolo delitto già contemplato dal sistema penalistico.

Risultava, così, sostanzialmente irrilevante la più complessa ed articolata condotta persecutoria, nell'ambito della quale pur si realizzava il delitto perseguito, ma che, considerata la sua peculiarità strutturale, esprimeva (ed esprime) un disvalore penale diverso ed ulteriore rispetto ad esso.

## 2. *La procedura di ammonimento*.

Prima di procedere all'esame della fattispecie contemplata dal nuovo art. 612-bis e rinviando ad altre sedi per una puntuale trattazione delle interessanti novità relative alle misure cautelari[18], appare opportuno fornire qui di seguito una sintetica illustrazione dell'art. 8 («*Ammonimento*»), con l'intento di evidenziarne i profili problematici più rilevanti che coinvolgono alcuni aspetti di diritto sostanziale.

Il *DL* n. 11/09 ha costruito attorno al delitto di *atti persecutori* un 'microsistema' normativo che si compone, oltre che di una serie di modifiche sul versante processuale (segnatamente in materia cautelare[19]) anche di una specifica misura amministrativa, avente il precipuo scopo di dissuadere il soggetto attivo dal proseguire il comportamento persecutorio.

cutori". Nell'art. 576, 1°c., dopo il numero 5), è stato inserito il seguente numero: «5.1) dall'autore del delitto previsto dall'art. 612-bis nei confronti dalla stessa persona». Il chiaro scopo dell'aggravante è quello di punire più severamente l'omicidio qualora costituisca il tragico epilogo di un comportamento persecutorio: in tal caso, dunque, al fatto di reato è riconosciuta una maggiore gravità oggettiva. L'articolazione dell'aggravante contemplata dal decreto legge citato non conteneva il riferimento all'identità tra le vittime dei due delitti, suscitando serie perplessità in ordine alla palese ambiguità dell'aggravante ed ampiamente evidenziate dalla dottrina (vedi commenti al *DL* 11/09 di R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Entra nel codice la molestia reiterata,* in *Guida al diritto,* n. 10/09, pp. 67 e ss.) . La modifica apportata in sede di conversione ha cancellato i pregressi dubbi interpretativi, senza tuttavia chiarire se l'omicidio debba risultare oggettivamente connesso alla condotta persecutoria, nel senso di rappresentarne il grave epilogo. Secondo il tenore letterale della norma, infatti, il delitto di cui all'art. 575, - ferma restando l'identità delle vittime - può anche concretizzarsi in circostanze totalmente avulse dalle dinamiche attraverso cui si realizza lo *stalking*. (A favore di un'interpretazione 'restrittiva' della nuova circostanza aggravante dell'omicidio: R. Bricchetti, L. Pistorelli in, *op. ult. cit.*, pp. 67, nonché *Sulla circostanza aggravante*, in *Guida al diritto,* n. 19/09, pp. 43 e ss.).

[18] Per l'analisi delle novità relative alle misure cautelari si rinvia al contributo di F. Albano, **Le innovazioni processuali introdotte dalla legge n. 38 del 2009: l'ennesimo intervento nel segno dell'emergenza.,** in questo volume.

[19] V. art. 9 del *DL* 11/09 (non modificato dalla legge di conversione).

In applicazione dell'**art. 8**[20] del decreto (non modificato dalla legge di conversione n. 38/09) «la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza, avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta».

La procedura di ammonimento risponde, evidentemente, all'esigenza di 'prevenire' l'*escalation* di violenza che spesso caratterizza l'attività persecutoria: si riconosce alla persona offesa la possibilità di ottenere un intervento (amministrativo) di agile attuazione, volto a contrastare con immediatezza l'evoluzione del comportamento criminoso[21].

Ai sensi del **2° comma**, infatti, il questore esegue l'ammonimento dopo aver valutato la fondatezza dell'istanza sulla base di informazioni necessariamente sommarie, in quanto assunte («se necessario») dagli organi investigativi nonché raccolte in occasione dell'audizione di persone informate sui fatti.

L'estrema agilità della procedura è, d'altronde, coerente con la scelta di una misura 'dissuasiva' particolarmente blanda, consistente nel mero invito a «tenere una condotta conforme alla legge»[22].

[20] **«Art. 8. Ammonimento**. *1*. Fino a quando non è proposta querela per il reato di cui all'art. 612-bis del codice penale, introdotto dall'art. 7, la persona offesa può esporre i fatti all'autorità di pubblica sicurezza avanzando richiesta al questore di ammonimento nei confronti dell'autore della condotta. La richiesta è trasmessa senza ritardo al questore.

2. Il questore, assunte se necessario informazioni dagli organi investigativi e sentite le persone informate dei fatti, ove ritenga fondata l'istanza, ammonisce oralmente il soggetto nei cui confronti è stato richiesto il provvedimento, invitandolo a tenere una condotta conforme alla legge e redigendo processo verbale. Copia del processo verbale è rilasciata al richiedente l'ammonimento e al soggetto ammonito. Il questore valuta l'eventuale adozione di provvedimenti in materia di armi e munizioni.

3. La pena per il delitto di cui all'art. 612-bis del codice penale è aumentata se il fatto è commesso da soggetto già ammonito ai sensi del presente articolo.

4. Si procede d'ufficio per il delitto previsto dall'art. 612-bis del codice penale quando il fatto è commesso da soggetto ammonito ai sensi del presente articolo.»

[21] Nei primi commenti all'art. 8 *DL* 11/09 si sottolinea la funzione 'preventiva' dell'ammonimento, in quanto misura diretta a – appunto – 'prevenire' la stessa commissione del delitto di cui all'art. 612-bis c.p.: si osserva, a tal proposito, che dal tenore letterale della norma sembra potersi escludere che i 'fatti' da esporre all'autorità di pubblica sicurezza debbano necessariamente avere ad oggetto una 'notizia di reato'. In tal senso, R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Entra nel codice*, *cit.*, pp. 69 e ss..

[22] In dottrina si osserva che da un'interpretazione sistematica delle disposizioni contenute nell'art. 8 in esame, sembra potersi dedurre che il contenuto dell'ammonimento consista, non tanto in un generico invito al rispetto della legge, quanto (piuttosto) in «uno specifico invito ad interrompere qualsiasi interferenza nella vita del richiedente in adesione al precetto contenuto nell'art. 612-bis del codice penale». V. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. ult. cit.*, p. 69. Secondo A. Cadoppi, *Atti persecutori: una normativa necessaria*, in *Guida al diritto*, n. 19/09, p. 54, l'ammonimento consiste semplicemente nell'invito «a tenere una condotta conforme alla legge»

Il profilo per noi più interessante (e critico) dell'ammonimento è tuttavia rappresentato dalla sua possibile 'interferenza' con la disciplina del reato, se questo viene successivamente commesso (o, comunque, perseguito[23]).

Secondo quanto dispone il **3° comma,** infatti, la pena prevista per il delitto di cui all'art. 612-bis è aumentata qualora lo *stalker* sia stato già ammonito[24]. La norma, però, non chiarisce se il comportamento valutato ai fini della misura in esame e la condotta oggetto di contestazione penale debbano essere stati realizzati a danno del medesimo soggetto. A tal proposito, sembra condivisibile l'interpretazione proposta, che riconosce la configurabilità della circostanza *de qua* solo nel caso in cui sussista identità tra le vittime[25].

L'aggravamento di pena può essere giustificato in considerazione del maggior disvalore rilevabile nel comportamento del soggetto che, nonostante sia stato ufficialmente invitato ad adottare una condotta conforme alla legge, abbia dato seguito alla sua attività persecutoria: tale comportamento è ragionevolmente interpretabile come sintomo di una determinazione criminosa particolarmente tenace, tale da giustificare un giudizio di maggiore rimproverabilità.

Degno di particolare attenzione è poi il **4° comma** che prevede la procedibilità d'ufficio per il delitto di cui all'art. 612-bis qualora il fatto sia commesso da un soggetto già raggiunto dal provvedimento *de quo*.

In dottrina si è sottolineata l'inopportunità di sottrarre alla vittima

[23] Il tenore letterale della norma in esame permette di identificare il presupposto dell'ammonimento con la realizzazione di un comportamento in senso lato 'persecutorio'. I 'fatti' valutati dal questore, quindi, possono indifferentemente presentare o meno gli elementi necessari alla configurabilità del reato di cui all'art. 612-bis c.p.. L'avvenuta integrazione del delitto di "atti persecutori" non inficia in alcun modo il potere della persona offesa di ricorrere comunque alla misura amministrativa di cui all'art. 8. L'attivazione della procedura di ammonimento, infatti, è rimessa alla discrezionalità della vittima, la quale può scegliere – sulla base di interessi personali ed insondabili – di evitare l'instaurarsi di un processo penale. Il riconoscimento del potere di scelta della vittima risponde, evidentemente, alle stesse valutazioni di opportunità che hanno ispirato la previsione del regime di perseguibilità a querela del nuovo delitto di **stalking**.

[24] Per l'analisi delle circostanze aggravanti contemplate dall'art. 612-bis c.p., v. *infra* (§ *5*).

[25] R. Bricchetti, L. Pistorelli, *op. ult. cit.,* p. 70, in cui si osserva che , qualora si assumesse il contrario, «l'aggravante in questione costituirebbe una sorta di recidiva "impropria" che non sembra collimare con le effettive intenzioni del legislatore». Nell'ambito dei lavori parlamentari (relativi al *Ddl* da cui è stata ampiamente mutuata la disciplina sullo *stalking*), infatti, non hanno trovato accoglimento gli emendamenti tesi ad introdurre una specifica circostanza aggravante per lo *stalker* già condannato in precedenza per il delitto di cui all'art. 612-bis.

la possibilità di condizionare la procedibilità del delitto. In particolare, si teme che in questo modo si possa produrre il pericoloso effetto di dissuadere il soggetto perseguitato dal presentare istanza di ammonimento[26]. Si osserva, inoltre, che il potere di interrompere il procedimento penale attraverso la remissione della querela, potrebbe essere un ulteriore strumento di difesa della persona offesa nella misura in cui lo *stalker* accetti di interrompere il comportamento criminoso[27] per evitare il pericolo di una condanna (considerato anche che a favore di tale determinazione potrebbe giocare un ruolo rilevante il rischio prospettato dall'ampia forbice edittale[28]).

Ma soprattutto non si comprende come il pregresso invito del questore («a tenere una condotta conforme alla legge»), elemento del tutto estrinseco rispetto al piano dell'offesa tipica, al quale esclusivamente viene ancorato il mutamento del regime di procedibilità, possa connotare il fenomeno persecutorio di profili pubblicistici tali da giustificare l'annullamento del potere decisionale della persona offesa sull'avvio (o sull'interruzione) del procedimento penale.

Da questo punto di vista, la norma suscita non poche perplessità nella misura in cui, oltre a 'deformare' il senso della tutela apprestata, rischia di incidere negativamente sulla disponibilità di uno strumento di mediazione spesso efficace nel definire pacificamente la composizione di rapporti interpersonali, senza, peraltro, che ricorrano esigenze superindividuali valutabili come prevalenti rispetto all'interesse – personalissimo – della vittima all'iniziativa procedimentale.

## 3. *La struttura del fatto tipico*

### 3.1 *Il bene tutelato*

Il tentativo ermeneutico volto ad individuare il bene giuridico tutelato dalla nuova fattispecie di *atti persecutori* è inevitabilmente condizionato, sin dal suo esordio, da una prima valutazione avente ad oggetto l'attuale collocazione codicistica della nuova norma tra i delitti contro la ***"libertà morale"*** (sezione III, capo II, titolo XII, libro secondo).

Dalla sistematica del codice Rocco si deduce che la *libertà* non è (più) dotata di autonoma rilevanza – in quanto «concezione astratta di

[26] R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Entra nel codice, cit.*, p. 71.
[27] Così A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 54.
[28] L'art. 612-bis prevede la pena della reclusione da sei mesi a quattro anni.

un bene naturale, preesistente alla costituzione della società giuridica» – esprimendo, invece, «il complesso delle condizioni necessarie allo svolgimento delle attività consentite per la libera esplicazione della personalità umana»[29]. Essa rileva in una dimensione sostanzialmente negativa e strumentale, perché riceve tutela penale in quanto – e nei limiti in cui – sia necessario assicurare all'individuo l'assenza di impedimenti all'esplicazione delle più elementari manifestazioni della sua personalità[30].

La tutela del bene giuridico in esame è funzionale alla garanzia del diritto di autodeterminazione del soggetto, di cui si sottolineano due momenti: la libera formazione della volontà e l'orientamento del comportamento in conformità della determinazione liberamente presa[31]. In particolare, si distinguono la facoltà di deliberare e la facoltà di agire in modo esternamente rilevante e riconoscibile e, quindi, una libertà di coscienza e di pensiero ed una libertà di azione.

La compressione della prima, concretizzandosi nella violazione dell'attività interiore attinente alla coscienza, all'intelletto e alla volontà del soggetto passivo, determina un'alterazione del personale processo motivazionale[32]. La libertà di azione, a sua volta, può essere offesa sia attraverso la repressione dei processi volitivi della vittima (c.d. minaccia-mezzo), sia attraverso atti di violenza, idonei a coartare il comportamento del soggetto passivo. In sintesi, nei delitti contro la libertà morale l'azione del soggetto attivo, incidendo nella sfera psichica della vittima, determina quest'ultima ad un comportamento che altrimenti non terrebbe (artt. 610 e 611 c.p.) ovvero cagiona una generica diminuzione del

[29] *Relazione del Guardasigilli sui libri II e III del progetto definitivo,* in *Lavori Preparatori del c.p. e del c.p.p.,* V, pt. II, Roma, 1929, p. 364.

[30] C. Fiore, *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XIX, Roma, 1988, p. 2 dell'estratto.

[31] M. Mantovani, *Violenza privata*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, p. 933; C. Fiore, , *op. cit*, p. 4; Nello stesso senso, F. Mantovani, *Diritto penale, parte speciale I, delitti contro la persona*, Padova, CEDAM, 2005, p. 295, il quale identifica la libertà morale con un particolare aspetto della libertà individuale, costituito dalla c.d. libertà psichica, da intendersi in senso lato come libertà della propria sfera psichica da interferenze esterne, nei suoi specifici aspetti: capacità di intendere e di volere, libertà di autodeterminazione secondo motivi propri e delle corrispondenti condotte nonché la *tranquillità psichica* contro turbative generatrici di timore.

[32] E. Mezzetti, *Violenza privata e minaccia*, in *Digesto delle discipline penalistiche,* XV, Torino, 1999, p. 271. In particolare, si osserva che il delitto di minaccia previsto ai sensi dell'art. 612 c.p., considerata la sua peculiare struttura, offenda in maniera diretta la libertà "interna" e, solo indirettamente, la libertà di azione (nel senso che il successivo "agire", già condizionato nella sua determinazione, non costituisce elemento essenziale ai fini del perfezionamento della fattispecie).

suo sentimento di sicurezza (art. 612 c.p.) - condizionandone, in tal modo, le scelte - o, ancora, ne annulla con mezzi insidiosi la stessa capacità di intendere e volere (art. 613 c.p.) [33].

Anche il nuovo delitto di atti persecutori è inserito nell'ambito delle fattispecie che il legislatore pone a tutela della libertà morale dell'individuo. Attraverso una prima analisi della fattispecie si deduce che la condotta persecutoria rilevante può concretizzare, alternativamente o cumulativamente, diverse forme di aggressione al bene giuridico coinvolto.

Il disvalore penale degli atti posti in essere dallo *stalker* sembra che si radichi non tanto nella condotta (a forma libera) quanto, piuttosto, nell'evento ad essa conseguente. In particolare, **analizzando autonomamente i singoli eventi, è possibile rilevare attitudini lesive parzialmente differenti**, idonee a conferire alla fattispecie una fisionomia 'plurioffensiva', la quale, pur non essendo riferibile a ciascun evento, potrebbe delinearsi nell'ottica di una loro realizzazione cumulativa.

Ad una prima valutazione, infatti, si può evidenziare, per ciascuno degli eventi, una peculiare direzione offensiva:

- il "fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto" concretizza almeno la lesione alla "libertà psichica" considerata nel momento della formazione del pensiero (libertà psichica c.d. interna);

- nel caso in cui la vittima sia costretta ad "alterare le proprie abitudini di vita", si realizza, in ultima analisi, un'offesa alla libertà di azione dell'individuo (libertà psichica c.d. esterna);

- nell'evento del "perdurante e grave stato di ansia o di paura" si può rilevare una ulteriore e maggiore specificità dei profili offensivi, nei termini in cui esso concretizzi una lesione alla "incolumità individuale". Valutando l'evento in modo autonomo rispetto alla specifica caratterizzazione dell'attività che ne costituisce la causa, l'interprete potrebbe collocare la norma di cui all'art. 612-bis (anche) tra i delitti posti a tutela della incolumità individuale[34], considerando coinvolto un bene giuridico diverso (ed ulteriore) rispetto alla libertà morale[35].

[33] C. Fiore, *op. cit.,* p.4.

[34] In dottrina si osserva che l'incolumità individuale, in ragione dell'elevazione della "dignità umana" a diritto inviolabile *ex* art. 2 Cost., è tutelata – oltre che nella dimensione dell'integrità psico-fisica - anche nella ulteriore dimensione della integrità estetica, costituendo questo un aspetto non secondario della dignità della persona umana nei limiti in cui essa condiziona la percezione, da parte del soggetto, della propria identità personale. Così F. Mantovani, *Diritto Penale, parte speciale I, cit.,* pp. 90 e ss.

[35] La norma sembra riferirsi a condizioni psichiche oggettivamente accertabili che, pur non essendo catalogabili in specifici quadri nosograficamente definiti, trovino comunque riscontro nella letteratura medica.

La complessa struttura della fattispecie in esame suggerisce, a ben vedere, una più ampia prospettiva di analisi, che consenta la valorizzazione delle necessarie e reciproche connessioni tra le peculiarità della condotta descritta e l'evento-conseguenza[36].

L'opportunità di preferire una lettura unitaria della fattispecie in esame impedisce di leggere, nella complessa articolazione della fattispecie, una mera *summa* di eventi, dotati – ciascuno – di autonoma rilevanza nell'ottica del perfezionamento del fatto tipico; la sistematica valutazione degli stessi, realizzata nell'ambito di una prospettiva il più possibile unitaria[37], impone all'interprete di ricostruire con maggiore compiutezza il tipo di fenomeno preso in considerazione dal legislatore e di rapportare ad esso ogni valutazione sul bene giuridico.

La ricostruzione dei profili di offensività e di disvalore della nuova figura delittuosa, infatti, è condizionata dalla considerazione dell'articolata fenomenologia della condotta tipica, caratterizzata dalla reiterazione di atti – a contenuto indeterminato - che, nella loro complessiva realizzazione, siano in grado di concretizzare una minaccia o una molestia (in senso lato) nei confronti del soggetto passivo e ciò è particolarmente evidente se si consideri una delle specifiche forme di perfezionamento della nuova fattispecie, vale a dire l'ipotesi in cui lo *stalker* ingeneri nella vittima un fondato timore per la sua incolumità: in tal caso, infatti, si può evidenziare un'offesa indubbiamente più grave rispetto a quella (anche solo potenziale[38]) realizzata ai sensi dell'art. 612

[36] Si condivide, in dottrina, l'idea che le istanze di tutela che caratterizzano lo specifico contesto storico-sociale si riversano nel diritto penale, determinandone il contenuto. L'individuazione del bene giuridico, in tale prospettiva, non può prescindere dalle valutazioni politico-criminali, le quali ispirano sia nuovi interventi legislativi sia l'interpretazione di fattispecie già contemplate, e ciò anche a prescindere dalle indicazioni deducibili dalla specifica collocazione codicistica. In tal senso, in particolare, v. F.P. PALAZZO, *Tendenze e prospettive nella tutela penale della persona umana*, in *La tutela penale della persona,* Milano, 2001, pp. 401 e ss., in cui si osserva che «il dibattito aperto sui confini della tutela penale della persona umana mostra a chiare lettere che i contenuti del diritto penale vengono dall'esterno del diritto stesso» e che «La funzione c.d. critica, selettiva e delimitativa del bene giuridico si esaurisce *[...]* nell'impedire al legislatore l'invenzione a suo lìbito di oggetti di tutela arbitrari e artificiali. Ma non ha la capacità di opporre resistenza alle pressioni che possono venire dalla società nel reclamare la tutela penale».

[37] Si consideri, inoltre, che nell'esperienza empirica la condotta persecutoria raramente è causa di uno solo degli eventi descritti dalla norma in esame, poiché gli stessi, spesso, si realizzano cumulativamente.

[38] Il delitto ex art. 612 c.p. è tradizionalmente ricondotto alla categoria dei reati formali ( v. V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, 1985, p.819; VANNINI, *Manuale di diritto penale italiano, parte speciale*, Milano, 1951, p. 315. *Contra*, F. DASSANO, *Minaccia*, in *Enciclopedia del diritto*, XXVI, Milano, 1976, p. 337 e ss.., E. MEZZETTI, *op. cit*.., pp. 283 e ss.

c.p. ed il punto di differenziazione sembra radicarsi proprio nell'elemento della ripetizione degli episodi delittuosi.

L'evento in esame, come strutturato nell'art 612-bis c.p., costituisce, a ben vedere, la conseguenza di un comportamento che – in quanto posto in essere attraverso la ripetizione di atti molesti o minacciosi – concretizza una vera e propria intrusione nella quotidianità della vittima, incidendo sulla sua complessiva tranquillità; la violazione di tale 'condizione', certamente comprende ed assorbe l'offesa alla libertà morale, ma non si esaurisce in essa.

È, quindi, possibile rilevare nei singoli eventi una **connotazione offensiva uniforme,** in quanto tutti sembrano esprimere una lesione della generale "condizione di serenità" della vittima.

L'offesa alla incolumità individuale, concretizzata attraverso il "perdurante e grave stato di ansia o di paura", può essere interpretata, più correttamente, come una peculiare forma di aggressione della libertà morale, data la indubbia incidenza negativa che essa esercita sul bene giuridico richiamato dalla sistematica codicistica. Tale opzione ermeneutica sembra maggiormente coerente non solo con la specifica collocazione della norma (che, ad ogni modo, non vincola in maniera assoluta l'individuazione del bene giuridico), ma anche con l'espressa scelta legislativa di limitare la rilevanza penale della lesione dell'integrità psico-fisica dell'individuo alla ricorrenza delle condizioni contemplate nelle fattispecie espressamente destinate alla tutela dell'incolumità individuale,[39] non essenziali, invece, ai fini del perfezionamento della fattispecie *ex* art. 612-bis c.p..

Non sembra preferibile la scelta interpretativa tesa a conferire alla fattispecie in esame il potere di introdurre un nuovo criterio di rilevanza penale delle lesioni al bene della incolumità individuale e, di conseguenza, una ricostruzione del delitto in termini di 'plurioffensività' per così dire 'alternativa'.

Emerge, allora, la necessità di delineare il contenuto del bene giuridico coinvolto, in modo da rendere maggiormente comprensibile il tenore complessivo della nuova fattispecie.

È evidente l'immediata attinenza della "condizione di serenità" con il diritto al libero svolgimento della personalità individuale di ciascun consociato; tale diritto è posto a garanzia del fondamentale valore

[39] Tra le altre, il sopraggiungere di una "malattia" come nel delitto *ex* art. 582 c.p., ovvero la condizione che il danno sia conseguente ad una condotta specifica, come quella (di "percosse") contemplata nel delitto *ex* art. 581 c.p.

della **persona**, il quale, secondo un'interpretazione pacifica, trova un primo riconoscimento nell'art. 2 Cost.[40]

La centralità del valore personalistico nella definizione degli attuali assetti costituzionali e la sua riconosciuta funzione 'fondante' ha dato luogo ad una complessa elaborazione del concetto di *persona*, finalizzata a specificarne i contenuti. Nell'ambito di tale operazione ermeneutica è stata proposta la nozione di "**dignità della persona**" come espressione fondamentale ed imprescindibile del valore personalistico[41].

Partendo dal presupposto che il concetto di 'soggetto' è necessariamente contrapposto a quello di 'oggetto', si tende ad identificare le violazioni della dignità con quelle circostanze che, sottraendo all'uomo il potere di determinarsi secondo il suo libero e consapevole pensiero, limitano sostanzialmente l'affermarsi di quella essenziale unicità intrinseca al concetto stesso di essere umano.

Nonostante l'assenza di una norma costituzionale che espressamente riconosca e garantisca il valore della "dignità umana", nella giurisprudenza della Consulta si ritrovano continui richiami alla necessità di rispettare il valore assoluto della persona. In particolare, si rilevano frequenti riferimenti al concetto di "dignità" quale parametro d'identificazione del nucleo essenziale ed inviolabile dei diritti fondamentali[42].

L'elaborazione della giurisprudenza e della dottrina avente ad oggetto la nozione in esame è resa necessaria dalla considerazione dei pe-

[40] In particolare, si riconosce alla norma costituzionale una capacità di formalizzazione del comando giuridico, respingendo l'idea di una sua rilevanza meramente "politica"; la tutela della persona si traduce, in tale contesto, nel comando che esprime un dovere giuridico di astensione. D. Messinetti, *Personalità (diritti della)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 371 e ss..

[41] In particolare, si ritiene che la Costituzione, con l'enunciato di cui all'art. 2 Cost., indichi incontestabilmente la realizzazione della persona umana - dunque della sua dignità - quale fine e compito precipuo dell'ordinamento repubblicano. Ruggiero-Spadaro, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 345.

[42] La Consulta ha inserito nell'ambito del "nucleo" essenziale ed incomprimibile dei diritti fondamentali – **in quanto espressione della dignità umana** – il diritto alla salute (Corte Cost. 20 novembre 2000, n. 509, in *Giur. It.*, 2001, p. 2372), il diritto alla libertà e segretezza delle comunicazioni (*Corte Cost. 23 luglio 1991, n. 366*, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 2914) ed il pudore e la libertà sessuale (Corte Cost. 19 febbraio 1965, n. 9; Corte Cost. 10 dicembre 1987, n. 561, in *Giur. Cost.*, 1987, I, p. 3535).

Anche la giurisprudenza CEDU compie frequenti riferimenti alla "dignità umana". In particolare, il valore personalistico è spesso utilizzato come parametro di interpretazione e valutazione dei diritti garantiti dalla Convenzione. V. Corte, *Carson e altri c. Regno Unito*, 4 novembre 2008; Corte, *Scoppola c. Italia,* 10 giugno 2008; Corte, *Stoica c. Romania,* 4 marzo 2008; Corte, *Vajnai c. Ungheria*, 8 luglio 2008. Le pronunce sono consultabili al seguente indirizzo internet: *www.osservatoriocedu.it.*

culiari profili di offensività che caratterizzano alcune fattispecie penali di recente introduzione, ovvero risultano correlati alle nuove forme di aggressione alla persona (si pensi, ad esempio, ai delitti di schiavitù riformulati dalla L. 228/03 e alle norme in materia di procreazione assistita, nonché, in generale, alle diverse modalità di aggressione realizzabili grazie ai nuovi strumenti messi a disposizione dal progresso tecnologico).

L'opera tesa a conferire una definizione *sub specie iuris* al valore in esame è ancora in *fieri,* ma non è difficile prevedere una progressiva riconduzione, nell'ambito della stessa, di tutti gli aspetti essenziali attraverso cui si sviluppa e si estrinseca la personalità dell'individuo[43].

In dottrina si riconosce alla "dignità umana" una fondamentale *funzione interpretativa dell'intervento penalistico*: il riferimento alla dignità, nel momento in cui permette di individuare il nucleo essenziale dei diritti inviolabili della persona, contribuisce anche a delineare l'ambito in cui il legislatore penale può (e deve[44]) intervenire.

La nozione in esame dunque, permette di identificare e definire quei profili della "libertà morale" che, proprio perché (e nei limiti in cui) garantiscono le essenziali manifestazioni della personalità, si collocano nell'ambito della tutela penale.

In tale prospettiva, la grave offesa della "complessiva serenità" della vittima di *stalking*, poiché determina una seria compromissione delle condizioni essenziali ad un pieno e libero sviluppo della personalità, concretizza un'offesa alla "dignità umana" che costituisce l'essenza stessa del concetto di *persona* e, entro tali limiti, è suscettibile di repressione penale.

### 3.2 *La condotta*

Nella descrizione della condotta persecutoria l'espressione utilizzata dal legislatore per individuare il comportamento delittuoso

[43] È solo il caso di osservare che tale nozione, vivendo in una dimensione fortemente storicizzata, riceve indubbiamente una certa concretizzazione concettuale dall'attuale condivisione nel "sentire sociale"; d'altronde, l'opera ermeneutica volta a delinearne il contenuto giuridico, evitando automatiche trasposizioni concettuali, dovrà essere realizzata nel rispetto dei principi di tolleranza e di pluralismo, al fine di preservare la caratterizzazione laica del diritto penale.

[44] Sull'obbligo di incriminazione derivante dalla necessità di garantire il rispetto della persona attraverso la tutela della sua dignità e direttamente discendente dalla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, principalmente, dagli artt. 3 e 4., v. A. Esposito, *Il diritto penale flessibile. Quando i diritti umani incontrano i sistemi penali*, Torino, 2008, pp. 298 e ss..

(«chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta») presenta almeno due profili di indeterminatezza: il generico riferimento alla reiterazione degli atti e la non chiara qualificazione delle condotte che lo integrano.

Il concetto stesso di 'persecuzione', accolto secondo il senso comune, evoca la necessaria realizzazione di una pluralità di atti posti in rapporto di consequenzialità temporale tra di essi. L'elemento della **reiterazione** è, infatti, necessario affinché si produca l'effetto comunemente riferibile allo *stalking*, vale a dire la sensazione di sgradita ed assillante molestia sofferta dalla vittima.

Volendo qualificare in termini giuridici il fenomeno persecutorio, è possibile ricorrere alla categoria del "reato abituale", caratterizzato dalla circostanza che la tipicità del fatto si radica nel significato di offesa che gli atti consequenziali assumono se collocati in una complessiva e significativa unitarietà. È dunque, riferibile alla categoria di "reato abituale" la fattispecie penale la cui condotta tipica si identifichi in una molteplicità di atti che, se cumulativamente considerati, siano in grado di esprimere la piena capacità offensiva del bene protetto[45].

Il legislatore ha omesso di indicare quante 'reiterazioni' siano necessarie affinché possa dirsi integrato il comportamento rilevante ai sensi dell'art. 612-bis, affidando inevitabilmente all'interprete il compito di riempire di contenuti l'elemento in esame. È, tuttavia, possibile trarre dalla complessiva struttura della nuova fattispecie indicazioni utili in tal senso; in particolare, la peculiare articolazione degli eventi tipici sembra offrire un significativo ausilio ermeneutico, soprattutto se si considera che – secondo quanto si deduce dall'esperienza empirica – raramente ciascuno di essi trova autonoma concretizzazione.

In particolare, il "perdurante e grave stato di ansia e di paura" descrive la condizione di sofferenza psicologica tipicamente riferibile ad una persistente e sgradita intrusione nella vita privata della vittima. Allo stesso modo, il mutamento delle "abitudini di vita"[46] è indicativo di una lesione della complessiva "condizione di serenità" dell'individuo, a sua volta realizzabile solo attraverso un comportamento integrato da un prolungato stillicidio di episodi aggressivi.

[45] In tal senso, C. Fiore, S. Fiore, *Diritto penale, parte generale*, Torino, 2008, p. 174; F. Mantovani, *Diritto penale, parte generale*, Padova, 2001, pp. 522 e ss.; G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte generale*, Bologna, 2002, p.171.

[46] Il riferimento alle "abitudini di vita", a sua volta, sembra prestarsi ad interpretazioni non univoche. Tale elemento potrebbe, dunque, non rendere semplice l'integrazione del significato da attribuire al già indeterminato concetto di 'reiterazione'.

Ulteriori elementi idonei ad orientare l'interprete potranno essere ricavati dalle circostanze del caso concreto, difficilmente collocabili in un elenco esauriente data la loro estrema eterogeneità e le infinite combinazioni possibili.

Il giudizio di indeterminatezza della condotta tipica è supportato anche dalla difficoltà di rilevare indicazioni precise sulla **qualificazione degli atti** integranti il comportamento persecutorio. La descrizione fornita dall'art. 612-bis, infatti, presta il fianco ad interpretazioni divergenti.

Dai primissimi commenti alla nuova norma e dagli atti delle procedure avviate nell'immediatezza della sua entrata in vigore[47], sembra prevalere la tendenza a conferire carattere di tipicità esclusivamente agli atti *di* molestia e *di* minaccia; invero, la formulazione legislativa non sembra escludere una diversa opzione ermeneutica, la quale rilevi nella medesima espressione il riferimento ad una peculiare connotazione che i singoli atti assumerebbero proprio perché inseriti nell'ambito di una condotta complessivamente persecutoria, e ciò a prescindere dalla loro autonoma qualificazione in termini di minaccia, molestia o, anche, violenza.

In tale prospettiva, la tipicità dei singoli episodi che concorrono ad integrare la condotta delittuosa si radicherebbe esclusivamente nel 'significato' minaccioso o molesto da essi acquisito nell'ambito del complessivo comportamento persecutorio, anche se non integranti atti *di* molestia o *di* minaccia, ma anche, ad esempio, *di* violenza.

L'accoglimento dell'una o dell'altra interpretazione non è priva di rilevanti effetti pratici, poiché potrebbe incidere significativamente sulla definizione dei rapporti del nuovo delitto con fattispecie criminose

[47] Nella **Scheda di lettura**, **cit**., p. 28, si legge: «Lo stalking si sostanzia dunque in un comportamento reiterato consistente in minacce o molestie». Nei primi commenti si legge «la condotta tipica si identifica, in definitiva, in quelle di minaccia e di molestia già contemplate dall'ordinamento penale», per poi specificare che, riguardo alle molestie, la presenza delle condizioni descritte dalla norma (reiterazione ed evento tipico) rende penalmente rilevanti fatti che altrimenti non lo sarebbero, in mancanza degli ulteriori elementi imposti dall'art. 660 c.p.. Non si rintraccia alcun accenno alle condotte **di** 'violenza' (vedi commenti al ***DL*** 11/09 di R. R. Bricchetti, L. Pistorelli, *Entra nel codice, cit.*, pp. 60 e ss.). Vero è che la minaccia o la molestia si realizzano con condotte a forma libera; è pur vero, d'altronde, che ben si distingue tra atto di 'minaccia' - o comportamento molesto - e atto di 'violenza'. O, forse, il senso dei commenti riportati è un altro, volendo intendere che, attraverso la reiterazione di condotte (non ulteriormente specificate, quindi anche di violenza) il persecutore ottiene l'effetto evocato dai concetti di minaccia o molestia. In tale prospettiva, ben si può immaginare che proprio la reiterazione di atti di violenza possano suscitare nella vittima anche il timore di un danno futuro, e, quindi, assumere un 'significato' minaccioso; in ogni caso, si può osservare che negli atti di violenza è implicitamente e necessariamente presente un effetto di "molestia"(nella prospettiva in cui si considera la violenza fisica come una forma grave di molestia).

meno gravi, caratterizzate da una condotta tipica sostanzialmente violenta (si pensi, ad esempio, ai reati di "violenza privata" e di "percosse")[48].

### 3.3 *L'evento*

Nell'ambito di previsioni normative poste a presidio di oggettività immateriali, data la difficoltà di cogliere nella realtà empirica (e, quindi, di dimostrare in sede processuale) l'avvenuta lesione del bene oggetto di specifica tutela, la descrizione dell'evento dannoso assurge ad espressione indiretta della realizzazione dell'offesa penalmente rilevante. Tale tecnica di tipicizzazione, oltre a fornire un necessario 'criterio di rilevanza' della lesione realizzata, consente di assorbire anche il coefficiente di estrema variabilità individuale che caratterizza la dimensione psicologica della persona, permettendo di verificare la reale incidenza della condotta incriminata sul bene giuridico presidiato.

Il legislatore ha scelto di costruire la fattispecie di atti persecutori come "reato di danno", obbligando l'interprete ad accertare l'avvenuta realizzazione di almeno uno degli eventi descritti, affinché possa dirsi configurato il delitto.

L'aggressione al bene giuridico tutelato non è, però, 'rappresentata' da un unico evento[49], bensì da tre possibili tipologie di effetti sulla vittima, ciascuno espressivo di una peculiare manifestazione dell'offesa penalmente rilevante[50] e singolarmente idoneo ad integrare il nuovo reato.

Si procederà, dunque, ad una sintetica analisi degli eventi tipici, nell'intento di evidenziare le eventuali problematiche connesse alla qualificazione del delitto in esame in termini di "reato di danno", vale a dire alla necessità di accertare la ricorrenza empirica degli stessi.

a) «cagionare un perdurante e grave stato di ansia e di paura»

L'evento descritto dalla norma può essere facilmente catalogato tra le conseguenze che, secondo l'esperienza comune, tipicamente si ricollegano ai comportamenti incriminati. Il legislatore, però, ricostruendo la fattispecie come reato di danno, non lascia spazio ad alcuna presunzione in tal senso.

[48] Per un approfondimento, v. *infra (§ 6).*

[49] La fattispecie delittuosa contemplata dalla legislazione tedesca, invece, prevede un unico evento tipico necessario ai fini della configurazione del reato, vale a dire il grave pregiudizio all'organizzazione di vita' della vittima. v. *supra (§ 1.1)* .

[50] A favore dell'individuazione di una *connotazione offensiva uniforme* degli eventi tipici, v. *supra (§ 3.1*)

Se, infatti, *prima facie*, non appare agevole l'interpretazione della struttura della fattispecie, a causa dell'ambiguità della formula utilizzata («in modo da cagionare»), dai lavori parlamentari risulta chiara l'opzione legislativa contraria alla ricostruzione del delitto come reato di pericolo. In particolare, la Commissione giustizia della Camera aveva riformulato il reato di atti persecutori come reato di pericolo concreto. Di conseguenza, il giudice avrebbe dovuto provvedere a verificare l'idoneità degli atti a provocare gli eventi descritti dalla norma e non il concreto verificarsi degli stessi, senza dover ricorrere ad accertamenti complessi sulla sussistenza dei danni psicologici e/o alla vita di relazione della vittima.

L'aula ha poi approvato l'emendamento 1.79 che ha riportato il reato alla sua struttura originaria, cedendo alla preoccupazione che, nella prassi giurisprudenziale, l'ambito di rilevanza penale avrebbe potuto ampliarsi in maniera eccessiva.

L'effettiva verificazione dell'evento descritto, dunque, dovrà essere provata. A tal proposito, si osserva che la norma in esame sembra riferirsi a condizioni psichiche oggettivamente accertabili, le quali, pur non essendo compiutamente catalogabili in specifici quadri nosograficamente definiti, trovino comunque riscontro nella letteratura medica.

L'evento in esame è fortemente indicativo dell'esistenza di una grave ed inaccettabile compromissione della condizione di serenità del soggetto passivo.

Lo stato di ansia e di paura, quando connotato da gravità e persistenza, differisce sensibilmente da quel sentimento di timore, generalmente transeunte, vissuto dal destinatario di un singolo atto di minaccia.

In particolare, il **carattere perdurante** dello stato psicologico descritto costituisce la chiara manifestazione di un'ingerenza costante nella vita quotidiana del soggetto passivo. Esso rappresenta, quindi, un chiaro indice della realizzazione di una condotta complessivamente "persecutoria", la quale, anche in ragione dell'evento in esame, si distingue dalla mera ripetizione di atti molesti o minacciosi.

Il riferimento alla **gravità** dello stato di ansia o di paura indica la necessità di valutare il grado di incidenza dell'interferenza realizzata - attraverso la reiterazione di condotte minacciose o moleste - nella complessiva condizione di serenità della vittima.

b) «ingenerare un fondato timore per l'incolumità propria o di un prossimo congiunto o di persona al medesimo legata da relazione affettiva»

La norma si riferisce ad un timore 'fondato' e non anche 'perdurante': a differenza degli altri eventi contemplati (che denunciano una sistematica intrusione nella vita privata della vittima), esso non sembra espressione immediata di un'attività persecutoria intesa nel senso comune e, quindi, non rappresenta un elemento idoneo a conferire sufficiente determinatezza al generale concetto di "reiterazione". Si consideri, a tal proposito, che l'evento in esame potrebbe conseguire anche ad un singolo atto di minaccia, integrando il delitto di cui all'art. 612 c.p..

Per tale motivo, l'interprete potrà (e dovrà) ricavare i peculiari profili offensivi del fatto attraverso una più attenta analisi della reiterazione, valutando, nel concreto, il significato che essa assume in termini di 'persecuzione'.

Dall'affermazione della natura di reato di danno deriva la necessità di provare l'effettiva ricorrenza dell'evento in esame. In tale prospettiva, la valutazione di idoneità (delle condotte), compiuta attraverso un giudizio di "prognosi postuma", potrà essere invocata esclusivamente per accertare la 'fondatezza' del timore ingenerato nel soggetto passivo. Il quadro probatorio relativo all'evento in esame, potrà, infatti, considerarsi completo solo provando, altresì – sulla base di un giudizio necessariamente *ex post* – che la vittima abbia effettivamente sofferto lo stato di timore descritto.

Le difficoltà applicative sono particolarmente evidenti se si considera che lo stato di timore, appartenendo all'interiorità della vittima, non è facilmente dimostrabile in quanto non sempre viene esteriorizzato in forme e manifestazioni interpretabili in senso univoco.

Il giudizio di idoneità, formulato al fine di accertare l'elemento della 'fondatezza', non può considerarsi sufficiente ad integrare la prova del più complesso evento-danno, il quale, a sua volta, necessita di riscontri empirici sull'effettiva sofferenza del timore decritto. Sarebbe, quindi, opportuno tener ben distinti i due piani probatori evidenziati al fine di evitare che le stesse preoccupazioni che hanno ispirato la scelta legislativa di conferire alla fattispecie la struttura tipica del "reato di danno" trovino comunque concretizzazione nella prassi giurisprudenziale.

Tuttavia, non è probabilmente azzardato pronosticare la tendenza della giurisprudenza ad oggettivizzare l'evento in esame, attraverso valutazioni che conferiscano alla 'fondatezza' del timore un maggior (se non esclusivo) significato probatorio. È possibile, ad esempio, che a fronte di chiari indici di "idoneità" delle reiterate minacce (dirette o indirette), si ritenga che sia sufficiente provare, altresì, l'avvenuta percezione delle stesse (e della loro serietà) da parte del

soggetto passivo[51].

Il fondato timore può riguardare l'incolumità della vittima stessa, di un prossimo congiunto o di una persona ad essa legata da relazione affettiva. Per l'individuazione del soggetto qualificabile come "**prossimo congiunto"** si rinvia al combinato disposto degli artt. 307, 4° c., e 540 c.p[52].

La nozione di "**relazione affettiva**" non presenta, invece, carattere sufficientemente determinato, essendo riferibile, indifferentemente, ad una pluralità eterogenea di rapporti. Essa, tuttavia, costituendo un elemento essenziale del fatto tipico, avrebbe certamente richiesto uno sforzo definitorio maggiore da parte del legislatore.

Un'interpretazione estensiva dell'espressione in esame appare maggiormente compatibile con la *ratio* dell'intervento legislativo e con il fine che, negli ordinamenti dei Paesi europei, si è inteso perseguire attraverso la previsione della fattispecie in esame, vale a dire la tutela della condizione di complessiva serenità della persona contro ogni grave forma di disturbo. Sarebbe, quindi, incomprensibile la scelta di escludere l'applicabilità della norma in esame alle ipotesi in cui nella vittima venga ingenerato un fondato timore per l'incolumità di una persona a cui essa sia legata solo da un rapporto di amicizia.

A tale proposito deve essere segnalato che il riferimento alla "relazione affettiva" è presente anche nella circostanza aggravante di cui al 2°comma dell'art. 612-bis.[53] Come meglio si vedrà in seguito[54], l'accostamento al rapporto di coniugio, nonché le dinamiche che hanno caratterizzato i lavori parlamentari, suggeriscono nel caso dell'ipotesi

[51] In tale prospettiva, potrebbe, altresì, concretizzarsi il rischio che la valutazione della 'fondatezza' (vale a dire della 'idoneità' della condotta a determinare l'evento in esame) sia, a sua volta, ancorata al solo elemento della reiterazione, tracciando un falso – quanto pericoloso – percorso ermeneutico.

[52] Art. 307, 4°c, c.p. «Agli effetti della legge penale, si intendono per «prossimi congiunti» gli ascendenti, i discendenti, il coniuge, i fratelli, le sorelle, gli affini nello stesso grado, gli zii e i nipoti: nondimeno, nella denominazione di prossimi congiunti, non si comprendono gli affini, allorché sia morto il coniuge e non vi sia prole».

Art. 540 c.p. «Agli effetti della legge penale, quando il rapporto di parentela è considerato come elemento costitutivo o come circostanza aggravante o attenuante o come causa di non punibilità, la filiazione illegittima è equiparata alla filiazione legittima. (c.2) Il rapporto di filiazione illegittima è stabilito osservando i limiti di prova indicati dalla legge civile, anche se per effetti diversi dall'accertamento dello stato delle persone».

[53] Art. 612-bis, 2° comma «La pena è aumentata se il fatto è commesso dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa».

[54] v. *infra* (§5).

circostanziale di conferire all'espressione il diverso e più ristretto significato di "relazione sentimentale".

L'accoglimento di interpretazioni divergenti sembra peraltro trarre ragionevole giustificazione dallo specifico contesto normativo in cui l'espressione è collocata. Nell'ambito del 2° comma, infatti, la "relazione affettiva" rileva – non come elemento costitutivo del reato, bensì – come circostanza aggravante del 'fatto' delittuoso, poiché descrive un peculiare rapporto tra la vittima e l'autore del reato (e si connota, quindi, di profili soggettivi diversi rispetto a quelli evidenziati nel 1° comma).

Considerata, inoltre, la gravità delle conseguenze sanzionatorie che il 2°comma connette alla ricorrenza dell'elemento in esame, sembra preferibile un'interpretazione che accolga l'accezione meno ampia tra quelle rese possibili dal tenore letterale dell'espressione "relazione affettiva".

Al fine di evitare possibili divergenze applicative sarebbe in ogni caso auspicabile un intervento legislativo, volto a conferire maggiore determinatezza al tipo di rapporto cui la norma si riferisce nei diversi contesti evidenziati[55].

c) «costringere lo stesso ad alterare le proprie abitudini di vita»

La norma, riconoscendo alla complessiva condotta persecutoria un significato minaccioso o molesto, suggerisce un'interpretazione della 'costrizione' nel senso di 'costrizione psichica': può dirsi realizzato l'evento in esame qualora si provi che la vittima abbia alterato le sue abitudini di vita proprio a causa della persecuzione subita (ad esempio per sottrarsi alle molestie o per assecondare le richieste del soggetto attivo, nel timore di subire, in caso contrario, conseguenze più gravi).

La formulazione originaria prendeva in considerazione anche l'alterazione delle "scelte di vita" della vittima, nozione poi soppressa dalla Camera in ragione di una scarsa capacità di oggettivizzazione della stessa.

È ragionevole prevedere, d'altronde, che il generico riferimento alle "abitudini di vita" concederà ampio spazio ad interpretazioni non univoche.

[55] L'espressione "relazione affettiva" è, altresì, riproposta nel contesto del nuovo art. 282-ter, 2°comma , c.p.p. (*«Divieto di avvicinamento ai luoghi frequentati dalla persona offesa»*), anch'esso introdotto con il *DL* n. 11/09. Anche in tal caso, dunque, l'interprete è tenuto a compiere un'articolata operazione ermeneutica volta a delineare i contenuti del riferimento normativo. Per l'analisi del nuovo art. 282-ter c.p.p. Si rinvia al contributo di F. ALBANO, *op. cit*.

### 3.4. *Il dolo*

La componente soggettiva richiesta dalla norma in esame è il dolo generico. La "rappresentazione" e la "volizione" del soggetto attivo devono riferirsi al fatto di reato considerato nel suo insieme.

In particolare, il dolo deve avere ad oggetto i singoli frammenti che contribuiscono a concretizzare la condotta tipica, e, ad esso, deve necessariamente accompagnarsi anche la percezione di una idoneità offensiva ulteriore rispetto a quella che caratterizza i singoli atti, in quanto complessivamente proiettati verso un esito persecutorio.

L'elemento soggettivo si identifica nella consapevolezza dello *stalker* di porre in essere un comportamento che aggredisce la "condizione di serenità" della vittima.

Trattandosi di reato di evento, il dolo dovrà ricomprendere, altresì, la rappresentazione dell'evento quale conseguenza della reiterazione abituale voluta dal suo autore.

In dottrina si è affermato che i singoli episodi integranti un reato abituale, sarebbero uniti tra loro, sul piano psicologico, dalla previa rappresentazione del fatto nella sua complessità, proprio alla stregua di quanto avviene nel reato continuato, per il quale è richiesta l'unità del disegno criminoso[56].

Prevale, tuttavia, l'orientamento che si oppone a tale identificazione, osservando che l'indubbio riferimento del dolo alla complessiva attività che concretizza il reato abituale non implica necessariamente l'esistenza di un 'programma predeterminato', ben potendosi ipotizzare la formazione successiva del piano criminoso. In particolare, si osserva che l'elemento psicologico del reato abituale, oltre a sorreggere le singole condotte della serie, deve: o preesistere a tutte, oppure svilupparsi *in itinere*, quale rappresentazione di tutti gli episodi precedenti, della loro frequenza e dell'apporto ulteriore che ad essi si arreca[57].

D'altronde, la condotta dello *stalker* varia il suo significato lesivo man mano che procede, segnando una dinamica progressiva che trova origine proprio in atti di cui, forse, si avverte solo un autonomo (e minore) disvalore penale o, addirittura, nessun profilo offensivo. Il dolo richiesto dal delitto in esame deve sussistere nel punto in cui l'*iter* crimi-

[56] G. Leone, *Del reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, pp. 133 e ss.. Limitatamente ad alcune ipotesi, M. G. Mosso, *L'elemento soggettivo nel reato abituale e nel reato continuato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1963, p. 200.

[57] G. Fornasari, *Reato abituale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVI, Roma, 1991, p.6; M. Petrone, *Reato abituale*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1967, p. 955.

noso realizza la condotta tipica: è in tale momento, infatti, che si può e si deve richiede la rappresentazione dei fatti nella loro dimensione unitaria e, quindi, della loro complessiva idoneità lesiva[58].

**4. *Consumazione e tentativo.***

Il perfezionamento della fattispecie di atti persecutori coincide con la realizzazione di uno degli eventi descritti dalla norma, quale conseguenza della reiterazione di condotte caratterizzate, nella loro dimensione complessiva, da un significato minaccioso o molesto.

Dal momento in cui la fattispecie si perfeziona, la consumazione del reato può protrarsi nel tempo attraverso il progressivo aggiungersi di altri episodi di azione, i quali contribuiscono a delineare (aggravandola) l'effettiva portata lesiva della condotta.

Si profilano, teoricamente, due fasi: la prima (necessaria), che si realizza nel momento in cui si concretizza il delitto nella sua dimensione offensiva minima; la seconda (eventuale), che prosegue fino alla realizzazione dell'ultimo atto lesivo.

Il legislatore non ha specificato quale debba essere la minima 'reiterazione' degli atti offensivi o minacciosi, lasciando sostanzialmente all'interprete il compito di stabilire quando, nel caso concreto, possa dirsi integrata la condotta tipica.

Gli eventi descritti dalla nuova norma – come già accennato[59] – possono fornire un importante contributo ai fini dell'individuazione della c.d. "serie minima", nella misura in cui si mostrano in grado di estrinsecare i profili lesivi della "condizione di serenità della vittima"[60]. Si pensi, in particolare, al "grave e perdurante stato di ansia o di paura":

[58] Considerazioni analoghe espresse in ordine ai maltrattamenti da V.ZAGHREBELSKY, in *Giurisprudenza Sistematica di diritto penale, parte speciale II*, V,1996, pp. 513 e ss.

[59] v. *supra* (§ *3.2*).

[60] Tale 'attitudine espressiva' è maggiormente evidente se si considera che, come evidenzia l'esperienza empirica, nella generalità dei casi la condotta persecutoria determina la contestuale realizzazione di più eventi. Si ricordino, ad ogni modo, le perplessità relative all'attitudine 'integrativa' del significato di 'reiterazione' espresse in relazione al terzo evento, la cui concretizzazione richiede il mutamento delle "abitudini di vita" della vittima, e, quindi, presenta anch'esso un riferimento alquanto generico. (**supra,** nota n. 46). L'interprete dovrà, invece, valutare più attentamente il significato lesivo manifestato dalla stessa 'reiterazione' nel caso in cui si realizzi il solo evento del "fondato timore per l'incolumità": in tale ipotesi, infatti, l'evento non rappresenta con immediatezza la sofferenza di una condotta persecutoria, pur costituendone una possibile forma di estrinsecazione. v. **supra** (§ **3.3**, lett. b).

si tratta di un evento capace di manifestare, immediatamente, l'esistenza della perdurante intrusione nella vita privata della vittima cui il legislatore penale conferisce rilevanza.

L'individuazione del momento in cui l'attività del soggetto attivo integra la condotta 'persecutoria', realizzando la c.d. serie minima implicitamente richiesta dalla nuova norma, assume particolare importanza in tema di **successione di leggi penali nel tempo.** Secondo l'opinione largamente condivisa in dottrina ed in giurisprudenza, infatti, ai fini dell'individuazione della norma applicabile, si considera la legge vigente al momento in cui si realizza la condotta tipica.

Secondo una tesi[61] certamente condivisibile, nell'ipotesi in cui venga introdotta una nuova fattispecie necessariamente abituale (come, appunto, quella di atti persecutori), gli episodi verificatisi prima dell'entrata in vigore della norma incriminatrice non possono essere considerati nella valutazione della 'serie minima' richiesta. Diversamente opinando, si attribuirebbe rilevanza penale ai fatti pregressi, violando il principio costituzionale di irretroattività in *malam partem.*

In particolare, con riferimento al reato abituale *improprio*, si rileva l'opportunità di verificare anche se l'applicazione della nuova legge sia *più favorevole* rispetto al regime penale precedente, valutando, in particolare, le concrete conseguenze sanzionatorie (es. se sussista un rapporto di continuazione o un concorso materiale tra i reati realizzati prima dell'entrata in vigore della nuova norma). Da tale confronto, infatti, potrebbe risultare più favorevole al reo l'applicazione (retroattiva) della nuova disciplina normativa e, quindi, la configurazione del reato abituale[62].

Il delitto di atti persecutori può (e tendenzialmente così accade[63]) essere integrato da atti dotati di rilevanza penale autonoma. Nelle ipotesi in cui il soggetto attivo abbia realizzato solo una 'parte' della condotta persecutoria sotto la vigenza della nuova normativa, dovrà, quindi, valutarsi se tale segmento esprima, *ex sé*, la capacità offensiva riferibile alla fattispecie di *stalking.*

Affinché possa considerarsi ricorrente l'elemento della 'reiterazio-

[61] M. Petrone, *Reato abituale,* in *Digesto delle discipline penalistiche,* XI, Torino, 1996, p. 203. Nello stesso senso, G. Fornasari, *op.cit..*, p. 7.

[62] E ciò a prescindere dalla questione se si tratti o meno di una successione di leggi o di nuova incriminazione. Il principio di irretroattività, infatti, opera solo in *malam partem.*

[63] Le molestie sono atti non dotati di singola rilevanza autonoma, e configurano, nell'insieme, il reato di cui all'art. 660 c.p. solo se ricorrono anche gli elementi di pubblicità richiesti dalla norma. Quindi può, teoricamente, configurarsi una condotta persecutoria molesta, senza che ricorrano le condizioni 'specializzanti' riferibili all'art. 660.

ne' è necessario, comunque, che almeno due episodi offensivi siano stati realizzati nel vigore dell'art. 612-bis; una volta accertata la ricorrenza di tale minima condizione, dovrà valutarsi la loro efficacia causale rispetto alla determinazione degli eventi contemplati dalla nuova fattispecie. A tal proposito, si può osservare che la pregressa attività persecutoria, seppur non riferibile alla condotta tipica, potrebbe assumere rilievo per aver 'eroso' la capacità della vittima di gestire emotivamente il comportamento dello *stalker*, conferendo agli atti successivi la forza causale sufficiente a determinare l'evento dannoso: si comprende come, in tal caso, anche solo due episodi criminosi potrebbero integrare la 'reiterazione' rilevante ai sensi dell'art. 612-bis.

Qualora non si ravvisi la concretizzazione di una 'serie minima' di atti riferibili al periodo di vigenza del decreto legge (25 febbraio 2009), non può dirsi configurato il delitto di 'atti persecutori', salvo l'ipotesi in cui, valutate le concrete conseguenze sanzionatorie, debba ritenersi *più favorevole* l'applicazione della nuova norma.

La configurabilità del **tentativo** non sembra essere esclusa dalla particolare struttura della fattispecie.

In particolare, il tentativo *perfetto* potrebbe configurarsi nel caso in cui la (potenziale) vittima riesca a gestire emotivamente l'attività persecutoria dello *stalker*, non cedendo a timori o a condizionamenti di sorta. La realizzazione degli eventi tipici, infatti, è fortemente influenzata dalla dimensione psicologica della persona, e ciò nonostante la obiettiva "idoneità" e "non equivocità" della condotta posta in essere.

La configurazione di un tentativo *imperfetto* non è facilmente dimostrabile, considerata la difficoltà di provare la ricorrenza delle condizioni di cui all'art. 56 c.p., sia in relazione alla direzione degli atti – i quali devono tendere inequivocabilmente alla 'integrazione' dell'attività persecutoria – sia in relazione alla idoneità degli stessi in ordine alla determinazione di (almeno) uno degli eventi tipici. Ad ogni modo, le difficoltà probatorie non sembrano costituire un argomento sufficiente ad escludere la configurabilità 'in astratto' del tentativo, considerato che la nuova fattispecie non presenta ostacoli strutturali in tal senso.

### *5. Circostanze aggravanti.*

La nuova norma contempla due circostanze aggravanti[64] del delitto di atti persecutori:

[64] A queste si aggiunge, come già abbiamo visto (v. *supra* §2), la ulteriore circostanza

- una **circostanza ad effetto comune** (2° comma), che valorizza i rapporti intercorrenti tra il reo e la vittima, prevedendo un aumento di pena qualora il fatto sia commesso «dal coniuge legalmente separato o divorziato o da persona che sia stata legata da relazione affettiva alla persona offesa»;

- una **circostanza ad effetto speciale** (3° comma) che determina un aumento della pena fino alla metà e si concretizza nel caso in cui il delitto sia commesso ai danni di un minore, di una donna in stato di gravidanza, di un disabile (come individuato dall'art. 3 della legge 104/1992), ovvero con armi o da persona travisata.

Nella previsione dell'aggravante di cui al 2° comma è chiaro l'intento del legislatore di apprestare una maggiore tutela della vittima che, nel subire la persecuzione dell'*ex partner*, soffre una condizione di particolare sensibilità psicologica in ragione del pregresso coinvolgimento emotivo. Un ulteriore elemento di disvalore è rintracciabile nella circostanza che il soggetto attivo sarebbe concretamente agevolato – proprio in virtù della precedente relazione – nella realizzazione della condotta persecutoria, grazie alle già acquisite informazioni relative alle abitudini di vita della vittima (quali il luogo di lavoro ed i relativi orari) e ai canali di contatto in suo possesso (es. recapiti telefonici, indirizzo *e-mail*).

Dall'interpretazione letterale del 2°comma si deduce la valorizzazione autonoma di tre condizioni, strutturate nell'ambito di una relazione chiaramente alternativa: la struttura della norma non permette, a rigore, di riferire la pregressa "relazione affettiva" ad uno *status* costitutivo degli altri due rapporti contemplati (e, quindi, da questi assorbito). Affinché operi l'aggravamento di pena è sufficiente che sia stata pronunciata una sentenza di separazione o di divorzio: l'effettiva ricorrenza di un precedente coinvolgimento sentimentale non sembra assumere alcuna rilevanza in tal senso 'costitutiva'.

Il legislatore, nel riproporre l'espressione "**relazione affettiva**", stimola un nuovo tentativo ermeneutico volto a definire compiutamente la circostanza in esame. L'accostamento di tale rapporto a quello di coniugio suggerisce, in questo caso, di conferire ad esso il significato di "relazione sentimentale". Il riferimento al più ristretto ambito delle relazioni sentimentali è, con ogni probabilità, ispirata ai rilevanti – e tristemente noti – dati statistici che hanno evidenziato una preoccupante

aggravante contemplata dall'art. 8 («*Ammonimento*»), 3°comma , del DL n. 11/09, che dispone un aumento di pena qualora lo *stalker* sia già stato destinatario del provvedimento amministrativo di ammonimento.

incidenza di condotte persecutorie perpetrate nei confronti di donne (e, più raramente, di uomini) ad opera dell'*ex partner.*

Nello stesso senso depongono i lavori parlamentari, dai quali è possibile desumere le motivazioni che hanno ispirato la previsione della circostanza aggravante. La formulazione del 2° comma era stata significativamente modificata durante l'esame in Commissione giustizia, prevedendo l'aggravamento della pena anche nell'ipotesi in cui il soggetto attivo fosse il coniuge – non separato né divorziato – o la persona ancora legata da relazione affettiva con la vittima. L'Aula ha, invece, approvato l'emendamento che ha escluso dall'ambito dell'aggravante l'esistenza di rapporti sentimentali *in itinere*, individuando il particolare disvalore che giustifica l'aggravamento della pena nel mancato rispetto, da parte dell'autore del reato, della rottura della relazione (da intendersi, in tale contesto, nel senso di 'relazione sentimentale'). L'equiparazione tra le due circostanze esaminate, dunque, non sarebbe stata ragionevole, considerata l'impossibilità di individuare un'identità di ratio.

La nozione in esame è, dunque, ragionevolmente riferibile alla sola relazione di tipo sentimentale. La suggerita interpretazione non contrasterebbe con l'accoglimento di una più ampia accezione della medesima espressione, qualora opportunamente contestualizzata nel disposto di cui al 1° comma[65]. In tale ambito, infatti, con "relazione affettiva" si qualifica il rapporto tra la vittima ed un terzo soggetto, la cui incolumità è fondatamente considerata in pericolo in ragione delle condotte tipiche poste in essere dal persecutore: si indica, quindi, una condizione che assurge ad elemento costitutivo del reato (in riferimento al secondo tipo di evento).

Nel contesto di cui al 2°comma , invece, la "relazione affettiva" rileva come circostanza aggravante del reato, descrivendo una peculiarità della relazione tra la vittima e l'autore del reato, vale a dire un soggetto necessariamente differente rispetto a quello cui si riferisce il comma1.

Nonostante l'identità delle espressioni utilizzate dal legislatore, una diversa interpretazione della nozione di "relazione affettiva" sarebbe, dunque, legittimata dalla opportuna – e necessaria – contestualizzazione dell'espressione negli specifici ambiti della complessa articolazione normativa, operazione attraverso cui è possibile rilevare un'evidente divergenza di *ratio* (e di soggettività).

[65] Per l'analisi dell'espressione "relazione affettiva" di cui al 1° comma, v. *supra* (§ *3.3,* lett. b).

Il riferimento ad una "relazione affettiva" sembra evocare la (trascorsa) esistenza di un coinvolgimento sentimentale, vale a dire una condizione la cui (pregressa) sussistenza è soggetta necessariamente ad accertamento empirico. È, tuttavia, ipotizzabile che in una relazione caratterizzata da manifestazioni interpretabili – secondo il senso comune – come indici dell'esistenza di un rapporto 'di tipo' sentimentale (es. un fidanzamento), in realtà non si riscontri un sentimento di *adfectio* tra i *partner* (es. nel caso in cui i *partner*, per motivi legati a convenzioni sociali imposte dal gruppo culturale di appartenenza, abbiano dovuto 'subire' un rapporto connotato nel senso descritto).

Se intesa in senso letterale, la norma richiede la ricorrenza di una preesistente relazione affettiva e, di conseguenza, non permette di considerare rilevante l'ipotesi formulata ai fini di un aggravamento di pena, con evidente ed irragionevole disparità di trattamento rispetto ai rapporti ugualmente caratterizzati e ai quali si aggiunga, inoltre, la formale condizione di separazione legale o di divorzio.

Nonostante il rischio di forzare il tenore letterale della norma, sembra opportuno accogliere un'interpretazione ampia della circostanza in esame, idonea ad includere ogni relazione socialmente percepita, almeno nelle sue manifestazioni, 'alla stregua' di un rapporto sentimentale (quindi anche a prescindere dall'esistenza di un reale coinvolgimento emotivo).

La tecnica descrittiva utilizzata dal legislatore non permette, *prima facie*, di conferire rilevanza alla condizione dell'autore del reato che sia solo 'di fatto' separato dalla vittima, giacché essa non trova corretta collocazione nell'ambito dell'attuale articolazione del 2°comma: la norma descrive tre circostanze strutturalmente differenti dalla "**separazione di fatto**" e autonomamente rilevanti ai fini dell'aggravamento di pena. Nelle prime due ipotesi, infatti, il legislatore richiede l'esistenza di una separazione legale o di un divorzio (quindi, l'avvenuta pronuncia delle relative sentenze) mentre, nella terza ipotesi, descrive una condizione caratterizzata dall'inesistenza (attuale) di un formale rapporto di coniugio (che, invece, ricorre senz'altro nella "separazione di fatto").

Data la *ratio* dell'aggravante nonché le peculiarità delle singole relazioni descritte dalla norma, risulta irragionevole la previsione di una pena meno grave in presenza della condizione non menzionata dalla norma, considerato che non sembra potersi rilevare alcun elemento in grado di giustificare una disparità di trattamento.

Una corretta interpretazione della norma non permette, a rigore, la collocazione della condizione di separazione di fatto tra le aggravanti in esame; d'altronde, è prevedibile l'accoglimento, nella prassi giudizia-

ria, di un'interpretazione meno rigorosa, che renda riferibile la "separazione di fatto" alla circostanza della pregressa "relazione affettiva" (rispetto alla quale essa si porrebbe in rapporto di specialità).

**6. *Rapporti con altre figure di reato.***

L'art. 612-bis c.p. esordisce con la seguente riserva «salvo che il fatto costituisca più grave reato».

La clausola di sussidiarietà, presente nell'originario progetto di legge, era stata soppressa durante i lavori della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, con l'intento di assicurare la configurabilità del concorso di reati nell'ipotesi in cui la progressione criminosa della condotta di *stalking* fosse culminata nella realizzazione di un delitto più grave. La modifica proposta rispondeva all'esigenza di evitare che, nell'ipotesi considerata, potesse essere contestato soltanto il reato più grave; eliminando l'inciso, invece, si lasciava che la questione relativa all'eventuale concorso apparente di norme venisse risolta, in concreto, in base ai principi generali che regolano la materia.

Accogliendo il parere espresso dalla Commissione Affari Costituzionali, l'Aula ha reintrodotto la clausola di sussidiarietà, mostrando di condividere le ragioni che motivano la modifica proposta; si osserva, in particolare, che «al fine del rispetto dei principi costituzionali di ragionevolezza e di uguaglianza, nonché del principio secondo cui la finalità della pena è rieducativa, occorre che vi sia proporzionalità tra la pena e l'offesa, per un verso, e tra diverse pene previste per fattispecie di reato omogenee, dall'altro»; si chiarisce, inoltre, che «lo scopo dell'inciso non è quello di ridurre l'intervento penale, bensì di evitare che possa trovare applicazione il reato speciale meno grave»[66]. La risoluzione della Camera è stata condivisa dal Governo in occasione dell'emanazione del *DL*. n. 11/09 e accolta nella successiva legge di conversione (legge 23 aprile 2009, n. 38).

Il motivo principale che ha suggerito l'inserimento della clausola di riserva è indicato nella necessità di evitare che si configuri un concorso apparente di norme tra il nuovo delitto ed un reato più grave, qualora il primo si ponga in rapporto di specialità rispetto al secondo: in assenza dell'inciso in esame, infatti, opererebbe il generale principio espresso dall'art. 15 c.p., determinando la prevalenza della norma speciale, seppur relativa ad una fattispecie (*stalking*) meno grave.

[66] In *Schede di lettura, cit.,* p. 29.

A ben vedere, è difficile escludere l'eventualità di un concorso tra il delitto di atti persecutori e reati più gravi, e ciò nonostante il reinserimento della clausola espressa[67]. Affinché possa affermarsi l'esistenza di un rapporto di sussidiarietà, infatti, è necessario ravvisare un'identità di 'fatto' tra i comportamenti delittuosi considerati.

Il 'fatto' descritto dall'art. 612-bis è caratterizzato da una fattispecie oggettiva ben più complessa rispetto alla struttura dei reati istantanei: l'attività persecutoria, infatti, si realizza necessariamente attraverso la reiterazione di atti che, considerati nella loro complessità, assumano un significato minaccioso o, quantomeno, molesto nei confronti della vittima, tale da causare almeno uno degli eventi descritti. È ipotizzabile, quindi, che un reato più grave del delitto di atti persecutori concretizzi soltanto un singolo segmento della condotta rilevante ai sensi dell'art 612-bis e che, in generale, non sia in grado di assorbire l'intero disvalore penale espresso dalla nuova fattispecie.

La *ratio* posta a base della regola di sussidiarietà richiede, affinché essa possa operare, l'assorbimento dell'interesse tutelato da una norma (sussidiaria) nell'interesse tutelato dall'altra (principale)[68], sicché risulti irragionevole l'eventuale cumulo delle sanzioni penali contemplate dalle stesse[69].

È difficile immaginare che un reato istantaneo possa, *ex sé*, esprimere il disvalore penale del delitto di *stalking*, identificabile nella grave offesa alla complessiva "condizione di serenità" della vittima, soprattutto se tale aggressione trovi causa in una condotta molesta e/o minac-

[67] In tal senso, A. CADOPPI, *op. cit*, p. 52, il quale osserva che «ben difficilmente lo *stalker* realizzerà con lo stesso "fatto" un altro più grave reato, visto che nella normalità delle ipotesi il più grave reato eventualmente commesso dallo *stalker* potrà essere costituito da reati di carattere istantaneo costituiti da un unico atto».

[68] Sui presupposti della sussidiarietà, nel senso della necessità di un rapporto strutturale di specialità reciproca, F.MANTOVANI, *Diritto penale, parte generale, cit.,* p. 490. Nel senso dell'irrilevanza di un qualsiasi rapporto strutturale tra le fattispecie, G. FIANDACA, E. MUSCO, *op. cit*., pp. 619 e ss.

[69] In dottrina si precisa che bisogna stabilire se gli scopi perseguiti dalle norme concorrenti si rivelino omogenei: in tal caso, infatti «la tutela sarebbe duplice e l'ammontare complessivo della sanzione non rispondente a quei principi generali di proporzione tra fatto illecito e pena, i quali informano tutto il nostro diritto positivo. Occorre allora prescegliere una delle norme, e precisamente quella che da sola esaurisce il significato antigiuridico del fatto». In tale prospettiva, il rapporto di omogeneità tra gli scopi delle norme concorrenti non può essere risolto nella identità del bene giuridico: l'interesse tutelato da una norma, infatti, può essere ricompreso nello scopo di un'altra, pur senza costituirne il nucleo essenziale e, pertanto, il bene giuridico. A. PAGLIARO, *Concorso di norme (dir. pen.),* in *Enciclopedia del diritto,* VIII, Milano, 1961, pp. 551 e ss.

ciosa reiterata per mesi o, addirittura, anni.

La clausola di riserva, quindi, non può operare automaticamente nelle ipotesi in cui l'attività persecutoria si realizzi con il contributo di un comportamento concretizzante un'autonoma e più grave figura delittuosa, in quanto è compito dell'interprete stabilire se tra le fattispecie astratte coinvolte sussista un rapporto di sussidiarietà secondo il senso chiarito.

Appaiono infondate, a tal proposito, le ragioni espresse durante i lavori parlamentari che motivavano l'opposizione alla reintroduzione della riserva in esame; in tale occasione, infatti, si esprimeva la preoccupazione che la realizzazione di un reato più grave, quale possibile esito della progressione criminosa del delitto in esame (nella specie ci si riferiva al delitto di violenza sessuale), rendesse sostanzialmente nulla la rilevanza penale dello *stalking*.

L'esperienza empirica, infatti, dimostra che lo sviluppo delle dinamiche persecutorie sfocia, spesso, in delitti connotati da particolare gravità, tra cui – in casi statisticamente rilevanti – quello di **violenza sessuale**.

Il reato contemplato dell'art. 609*bis* c.p. può assumere un significato 'minaccioso' se realizzato nel contesto di una condotta persecutoria, offrendo un rilevante contributo causale alla realizzazione di uno (o più) degli eventi che perfezionano la nuova fattispecie.

Tale ulteriore connotazione, tuttavia, non è sufficiente ad assorbire l'intero significato antigiuridico espresso dal delitto di atti persecutori, e, quindi, difficilmente potrà ravvisarsi l'identità del 'fatto' richiesta dalla clausola di sussidiarietà. La reiterazione degli atti attraverso cui lo *stalker* pone in essere la condotta criminosa è indice di una perdurante aggressione alla complessiva 'condizione di serenità' della vittima, ed è proprio in virtù di tale persistenza che essa assurge ad elemento causale dei peculiari eventi descritti dall'art. 612-*bis*[70].

La clausola di sussidiarietà ha la funzione di rendere espressa la volontà del legislatore di far valere l'eventuale 'contenenza di disvalore' tra reati altrimenti in concorso, in modo da evitare l'irrazionale cumulo di pena che si determinerebbe in mancanza di altri presupposti

[70] Considerate le diverse forme attraverso cui può estrinsecarsi la condotta tipica della violenza sessuale, è possibile immaginare la reiterazione di una serie di atti di 'minore gravità' (quali palpeggiamenti, sfregamenti). I singoli episodi, se connotati da una determinata reiterazione, possono acquisire, altresì, un significato minaccioso tale da assorbire anche i diversi profili offensivi tipicamente connessi alla condotta persecutoria. È chiaro che tali atti concretizzeranno il delitto di cui all'art. 609**bis** e, ricorrendo anche (almeno) uno degli eventi descritti dall'art. 612-bis, sembra potersi affermare la configurazione dell'identità del 'fatto' richiesta dalla clausola di sussidiarietà, escludendo il concorso di reati.

(normativi) necessari ad escluderlo. La giurisprudenza di legittimità, infatti, ha chiarito che il criterio strutturale della specialità ha portata generale, mentre il principio di sussidiarietà, pur se basato su considerazioni di pari ragionevolezza, opera soltanto in via eccezionale e, quindi, solo qualora costituisca oggetto di espressa previsione[71].

In particolare, analizzando il rapporto tra la nuova figura delittuosa ed il reato di «**Maltrattamenti in famiglia o verso fanciulli**», sembra potersi affermare che il disvalore espresso dalla fattispecie di cui all'art. 572 c.p. sia in grado di assorbire i peculiari profili offensivi del delitto di *stalking*. Elementi sintomatici di tale 'contenenza' sono rintracciabili sia nella struttura della condotta[72] – che richiede la reiterazione di atti causativi di una sofferenza fisica o morale – sia nel bene giuridico tutelato, che la dottrina identifica nella personalità della vittima. L'elemento discretivo tra le due figure delittuose si individua, in ultima analisi[73], nella diversa intensità lesiva dell'offesa al (medesimo) bene, in quanto connotata da profili di maggiore gravità nell'ipotesi di maltrattamenti[74].

[71] Ad avviso della Suprema Corte i criteri deputati a regolamentare il rapporto tra reati nel caso di concorso di norme penali sono esclusivamente i criteri 'normativi', vale a dire il generale principio di specialità (criterio *logico-strutturale*) espresso dall'art. 15 c.p. ed il principio di sussidiarietà *ove richiamato da espresse clausole di riserva*. Non riconosce agli altri criteri di 'valore' alcun fondamento normativo generalizzato (data la ritenuta impossibilità di ricondurre tali criteri nell'alveo dell'art. 15 c.p., il cui inciso finale si riferirebbe solo alle clausole di riserva espresse attraverso le quali il legislatore deroga al principio di specialità, determinando l'applicazione della norma generale, invece di quella speciale considerata sussidiaria). Cass., SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, in *D&G, VI*, 2006, p. 53.

[72] In dottrina si chiarisce che con l'espressione «maltratta» il legislatore non vuole indicare solo il raggiungimento di un certo risultato (avvilimento della personalità della vittima), ma anche, sinteticamente, le modalità dell'aggressione, necessariamente caratterizzata dalla reiterazione degli atti di offesa (come si deduce, tra l'altro, dalla lettera della rubrica). F. Coppi, *Maltrattamenti in famiglia*, in *Enciclopedia del diritto, XXV*, Torino, 1975, pp. 223 e ss. .

[73] Si sottolinea, in particolare, che la Cassazione (*sez.* VI, 22 settembre 1992, n. 49109, in *Cass. Pen.,* 2005, p. 62) ha riconosciuto il delitto di maltrattamenti in famiglia anche nell'ipotesi in cui il soggetto attivo si identifichi con il coniuge legalmente separato e non convivente con la vittima, individuando, anche in tal caso, la persistenza di specifici obblighi di solidarietà e assistenza che connotano i peculiari rapporti rilevanti *ex* art. 572 c.p.. Considerato che tale peculiare relazione concretizza l'aggravante di cui all'art. 612-bis, c.2, c.p., essa non può assurgere ad elemento che specifica e differenzia il carattere offensivo della fattispecie.

[74] Data l'eterogeneità degli atti attraverso cui è possibile realizzare il delitto di **stalking** e la particolare indeterminatezza della fattispecie obiettiva descritta dall'art. 572, si sottolinea l'opportunità di chiarire gli elementi discretivi (di carattere qualitativo) tra la condotta 'meramente' persecutoria e la condotta qualificabile in termini di 'maltrattamenti'. A tal proposito, si evidenzia che alcuni rapporti – ritenuti dalla giurisprudenza rilevanti ai sensi dell'art. 572 c.p. (es. separazione legale) – costituiscono anche una specifica circostanza aggravante del delitto di "atti persecutori", sicché perdono, in tale prospettiva, qualsiasi autonomo significato interpretativo in relazione alla offensività del fatto.

Sembra rilevabile, dunque, una 'identità di fatto' qualora, oltre agli elementi costitutivi del delitto di "atti persecutori", ricorrano anche le condizioni oggettive e soggettive che caratterizzano il delitto di maltrattamenti (sia pure nella forma del tentativo rilevante ex art. 56 c.p.[75]): in tal caso, dovrebbe escludersi il concorso di reati, operando la clausola di sussidiarietà espressa nel senso della configurazione del solo reato più grave[76].

Il rapporto tra il delitto di *stalking* e le fattispecie criminose meno gravi è, invece, disciplinato dalle norme generali che regolano il concorso di reati, non essendo rintracciabile alcuna espressa indicazione in senso di deroga.

Rispetto al delitto di **minaccia,** la nuova fattispecie assume la tipica fisionomia di reato complesso. È evidente, infatti, che il fatto delineato dall'art. 612 c.p. assurge ad elemento costitutivo del reato di *stalking,* rimanendone assorbito ai sensi dell'art. 84 c.p..

Sembra doversi escludere il concorso di reati anche in riferimento alla contravvenzione di "**Molestia o disturbo alle persone**", rispetto alla quale il reato di "atti persecutori" è posto in rapporto di 'specialità reciproca'.

L'indicazione del comportamento molesto (in senso ampio) tra quelli che concretizzano la condotta tipica del delitto di *stalking,* nonché il più grave disvalore della nuova fattispecie – considerata anche la presenza di un maggior numero di elementi specializzanti rispetto a quelli rinvenibili nell'art. 660 c.p. – suggeriscono di risolvere il rapporto tra le norme nel senso della 'prevalenza' dell'art. 612-bis.

La validità di tale soluzione è ancor più evidente se si condivide l'interpretazione – adottata dalla dottrina maggioritaria – che si oppone all'identificazione del bene giuridico del reato di molestia con l'ordine pubblico, individuando la funzione essenziale della fattispecie nella protezione della 'tranquillità della persona': in tale prospettiva, si assegna al requisito della pubblicità del fatto (e, quindi, agli elementi di specializzazione evidenziabili nel rapporto con la fattispecie di atti persecutori) il solo ruolo di elemento integratore della complessiva dimensione

[75] Per l'opinione favorevole alla configurabilità del tentativo di reato abituale, cfr. G.Fornasari, *op. cit.*,, p. 6; M. Petrone, *Reato abituale*, in *Digesto delle discipline penalistiche, XI, Torino, 1996,* p. 205. In riferimento al delitto di 'maltrattamenti', accoglie la configurabilità del tentativo F. Coppi, *op. cit.*, 1975, pp. 257 e ss.. *Contra: G.* Leone, *op. cit.*, p. 75; V. Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, VII, Torino, 1951, p. 930.

[76] In dottrina si osserva, peraltro, che il delitto di cui all'art. 572 c.p. probabilmente prevarrebbe comunque sul reato di 'atti persecutori', a prescindere dall'espressa previsione di una clausola di riserva. A. Cadoppi, *op. cit.*, p. 52.

di tutela della norma. Il bene giuridico, in ultima analisi, si ravvisa nel diritto del soggetto di disporre della propria persona e del proprio agire senza dover subire sgradite interferenze motivazionali che siano idonee ad alterare il normale processo di formazione della volontà[77].

Considerato il ridimensionamento dei caratteri di specialità del reato di molestia rispetto alla fattispecie di atti persecutori, non si rinviene alcuna argomentazione suscettibile di disconoscere la validità dell'interpretazione che, escludendo il concorso di reati, propone la prevalenza della norma di cui all'art. 612-bis.

Anche nel confronto tra il nuovo reato di *stalking* e la fattispecie di **violenza privata** si delinea un rapporto di specialità, segnatamente nell'ipotesi in cui la condotta persecutoria costringa la vittima ad alterare le abitudini di vita. È chiaro, infatti, che tale evento concretizza una specificazione del 'fare' (e, teoricamente, anche dell'omettere') rilevante ai sensi dell'art. 610 c.p.[78].

Sembra potersi affermare, quindi, che nell'ipotesi in cui il nuovo delitto si perfezioni proprio attraverso la realizzazione dell'evento considerato, si ravvisi un concorso apparente di norme, anch'esso risolto a favore della prevalenza dell'art. 612-bis.

Resta il dubbio sulla sorte degli episodi di violenza privata commessi mediante atti di 'violenza'[79]. Per affrontare l'argomento, infatti, è opportuna una premessa.

La descrizione della nuova fattispecie – come già osservato[80] – non è chiara nel definire la condotta tipica. L'espressione "*chiunque, con condotte reiterate, minaccia o molesta*" potrebbe essere oggetto di diverse interpretazioni.

In particolare, la formulazione della norma non preclude una diversa interpretazione, in base alla quale si riconosca il riferimento ad una particolare connotazione che gli atti – sia pure sostanzialmente di 'violenza' – obiettivamente (e soggettivamente) assumono proprio perché inseriti nell'ambito di un'attività persecutoria.

[77] G. Contento, *op. cit,.* pp. 1 e ss.. G. M. Flick, *op. cit.*, pp. 699 e ss.

[78] Art. 610 c.p (Violenza privata) «Chiunque, con violenza o minaccia, costringe altri a fare, tollerare od omettere qualche cosa è punito con la reclusione fino a quattro anni.

La pena è aumentata se concorrono le condizioni prevedute dall'art. 339»

[79] Dalle prime procedure attivate per **stalking** è difficile scorgere una 'tendenza' interpretativa, considerato il numero ancora (relativamente) esiguo delle stesse. Si rileva, tuttavia, la ricorrente contestazione della continuazione tra il reato di cui all'art. 610 ed il delitto di "atti persecutori", soluzione da cui traspare un'interpretazione favorevole al concorso materiale di reati.

[80] v. *supra* (§3.2).

Accogliendo tale soluzione ermeneutica, quindi, la tipicità della condotta si radicherebbe proprio nel 'significato' minaccioso o molesto espresso dalla complessiva attività dello *stalker.* Il singolo atto di violenza, quindi, potrebbe essere collocato nell'ambito della condotta tipica del nuovo delitto, perdendo autonoma rilevanza penale.

Un'argomentazione a favore di tale 'contenenza' si potrebbe desumere dalla collocazione dell'art. 610 tra le fattispecie poste a tutela della libertà morale: si evince, infatti, una sostanziale omogeneità degli scopi perseguiti (che, d'altronde, si deduce anche dal peculiare rapporto di specialità già evidenziato), sicché potrebbe affermarsi che il delitto di cui all'art. 612-bis esaurisce l'intero significato antigiuridico del fatto di "violenza privata"[81].

La Corte di Cassazione[82], però, ha adottato un chiaro orientamento, negando la possibilità di riconoscere un concorso di norme in assenza dei presupposti espressamente indicati dal legislatore in disposizioni di carattere generale (artt. 15 e 84 c.p.) o in clausole espresse (clausole di sussidiarietà).

L'interpretazione cui si è fatto cenno, inoltre, potrebbe porsi in contraddizione con il sistema sanzionatorio, dal quale è possibile ricavare indicazioni più precise sulle valutazioni compiute dal legislatore in ordine ai rapporti tra le diverse fattispecie.

A tal proposito, è solo il caso di osservare che le sanzioni previste per i delitti in esame coincidono nella misura massima (quattro anni di reclusione), sicché non potrebbe escludersi l'astratta possibilità (certamente estrema, ma reale) che un soggetto, realizzando il delitto di violenza privata, possa subire il medesimo trattamento sanzionatorio riservato ad un altro individuo, il quale, a sua volta, oltre ad aver compiuto il medesimo 'fatto' di violenza, risulti, altresì, autore di una più complessa condotta di *stalking.*

Pur non potendosi negare la difficoltà di concretizzazione dell'ipotesi formulata (soprattutto in considerazione delle dinamiche connesse alla dosimetria della pena, che difficilmente portano alla comminazione della sanzione più grave), tuttavia deve riconoscersi nella determinazione della misura massima edittale una valutazione del legislatore sul piano del disvalore che, come in questo caso, non può non orientare l'in-

[81] Condizione che, secondo la dottrina maggioritaria, evidenzia l'esistenza di un concorso di norme (e non di reati), risolvibile attraverso il riconoscimento della sola fattispecie più grave. Per tutti cfr. A. Pagliaro , *op. cit.*, pp. 551 e ss.

[82] Corte di Cassazione, SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164, *cit.*

terprete nell'analisi dei rapporti tra diverse fattispecie delittuose; l'irragionevole diseguaglianza di trattamento evidenziata nell'esempio formulato suggerirebbe, infatti, la preferenza per l'opzione ermeneutica favorevole alla configurazione del concorso di reati.

Altra tipologia di comportamento che è dato riscontrare con frequenza nella fenomenologia concreta dello stalking è certamente quella della realizzazione di atti di **percosse** a danno della vittima, da qui l'opportunità di definire anche il rapporto tra la nuova fattispecie delittuosa ed il delitto di cui all'art. 581 c.p.[83].

La prospettiva di analisi è, ancora una volta, inevitabilmente condizionata dai dubbi interpretativi già sollevati[84] in ordine alla caratterizzazione sostanziale della condotta tipica di cui all'art. 612-bis. Ed invero, a seconda dell'opzione ermeneutica ritenuta preferibile riguardo al significato da attribuire a comportamenti 'violenti', la realizzazione, in un contesto 'persecutorio', di atti di *percosse*, può dare luogo a due opposte soluzioni sul piano del concorso di reati.

**1)** Se si esclude la 'violenza' dagli elementi costitutivi del nuovo delitto, non può operare l'espressa riserva di cui al 2° comma dell'art. 581 «Tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato». La Suprema Corte – come già accennato[85] – è stata chiara nel delineare i criteri di soluzione del concorso apparente di norme, escludendo l'operatività di un generale principio di assorbimento.

In tal caso, dunque, si raffigura un concorso materiale tra il reato di cui all'art. 581 c.p. ed il nuovo delitto di atti persecutori, cui il legislatore riconosce un disvalore penale maggiore rispetto al primo[86].

Il concorso potrebbe essere giustificato dalla eterogeneità dei beni giuridici tutelati, vale a dire l'incolumità fisica nel delitto di percosse e la libertà morale nel delitto di *stalking;* i due delitti conservano un distinto significato offensivo, pur se considerati nell'ottica in cui concretiz-

[83] Art. 581 c.p. «Chiunque percuote taluno, se dal fatto non deriva una malattia nel corpo o nella mente, è punito, a querela della persona offesa, con reclusione fino a sei mesi o con multa fino a €309.

Tale disposizione non si applica quando la legge considera la violenza come elemento costitutivo o come circostanza aggravante di un altro reato».

[84] V. *supra* (§ *3.2*)

[85] Corte di Cassazione, SS. UU., 20 dicembre 2005, n. 47164*, cit.*

[86] Resterebbe, peraltro, il dubbio sulla ragionevolezza della configurazione del concorso nelle ipotesi in cui la condotta persecutoria sia attuata esclusivamente attraverso atti di percosse (quindi, di pura 'violenza'): si pensi, ad esempio, alla reiterazione sistematica di episodi di '**bullismo**' connotati esclusivamente in tal senso.

zano, sostanzialmente, diverse forme di aggressione ad un medesimo bene, a sua volta identificato nell'insieme delle essenziali estrinsecazioni della "persona"[87].

**2)** Se, invece, si accoglie un'interpretazione ampia della nuova norma (secondo cui la tipicità della condotta si radica nel significato minaccioso o molesto che la stessa assume nell'ambito dell'attività complessiva dello *stalker*), gli atti di 'percosse' possono essere collocati tra gli elementi costitutivi della fattispecie di *stalking*[88], e, di conseguenza, si esclude il concorso di reati a favore della configurazione del solo delitto di cui all'art. 612-bis.

La definizione del rapporto del delitto di cui all'art. 612-bis con il reato di **lesioni personali** non sembra, invece, presentare particolari profili problematici.

In tal caso, infatti, non si ravvisa quella comunanza di scopi che, secondo parte della dottrina, giustificherebbe il fenomeno dell'assorbimento.

Il diverso significato antigiuridico espresso dalle norme è reso più evidente dall'evento tipico di cui art. 582 («una malattia nel corpo o nella mente»). L'espresso riferimento ad una lesione all'integrità psico-fisica del soggetto qualificabile in termini di 'malattia' evidenzia maggiormente la diversa dimensione di tutela che il legislatore appresta alla persona attraverso le figure delittuose considerate e, quindi, rende comprensibile anche in termini di ragionevolezza la configurabilità di un concorso di reati.

[87] Si può osservare, tuttavia, che, operando la clausola di riserva di cui all'art. 581, 2° comma, la concretizzazione del delitto di violenza privata attraverso atti di percosse non permette il configurarsi di un concorso di reati, e ciò nonostante l'evidente divergenza di scopi tra le due norme, intesa nel senso chiarito.

[88] Secondo MANTOVANI, la riserva di cui all'art. 581, 2° comma, opera anche a favore di delitti a condotta solo *eventualmente* violenta (segnatamente in riferimento ai reati di cui agli artt. 571 e 572). Si tratta di fattispecie caratterizzate da una condotta 'sufficientemente indeterminata' da legittimare la collocazione della *violenza* tra le modalità di concretizzazione del fatto tipico. MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale, op. cit,* p 129. La fattispecie di *stalking*, invece, crea dubbi interpretativi proprio in ragione di una connotazione 'meno indeterminata' della condotta, a causa dell'equivoco riferimento a minaccia e molestia.

LUANA FIERRO

# Ascoltare con empatia

SOMMARIO: 1. La valorizzazione della salute organizzativa e lo sviluppo delle azioni multilaterali. - 2. La nuova dimensione del cittadino nel processo evolutivo della Pubblica Amministrazione. - 3. I Circoli di ascolto organizzativo. - 4. Le dimensioni emotive ed individuali. - 5. L'avvio del Cantiere competenze per l'ascolto organizzativo. - 6. Le Amministrazioni aderenti e la teoria del non ascolto. - 7. La classificazione delle competenze tramite lo Human Development Set. - 8. La conclusione della sperimentazione.

## 1. *La valorizzazione della salute organizzativa e lo sviluppo delle azioni multilaterali*

Nel dibattito sviluppatosi, nel corso degli anni Settanta, in molti paesi occidentali avanzati, in relazione alla necessità di una riforma della Pubblica Amministrazione[1] che fosse idonea a conciliare i principi di legalità con quelli, sino allora sottovalutati, di efficienza ed efficacia[2], furono gli Stati Uniti i primi operatori a pronunciarsi a favore del riconoscimento dell'importanza delle dimensioni mentali, oltre che fisiche dell'individuo, all'interno degli ambienti di lavoro.[3]

Ed è proprio in tale ambito che prese l'avvio un nuovo approccio alla materia, la cui fase preliminare fu caratterizzata da una intensa attività di studio e di ricerca, finalizzata all'innovazione ed all'individuazione di idonee strategie di intervento all'interno della organizzazione aziendale.[4]

[1] R. GIOVANNETTI, R. RUFFINI, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni: principi, logiche, metodologie*, Wolters Kluwer Italia, IPSOA, 2008.

[2] R. MERCURIO, *Efficienza e managerialità nella Pubblica Amministrazione,* http://formez.it [08 aprile 2009]; R. GIOVANNETTI, R. RUFFINI, *La direzione del personale nelle pubbliche amministrazioni: principi, logiche, metodologie*, cit., pp. 106-109; 145-146; Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la Funzione Pubblica, *Proposte per il cambiamento nelle amministrazioni pubbliche,* Rubbettino Editore srl, 2002, pp. 94-98.

[3] Le azioni devono essere incentrate sul miglioramento del benessere e della funzionalità delle persone, mettendone in evidenza i punti di forza e le risorse, rafforzandone la resistenza e stimolando i fattori di protezione esterni.

[4] Primi importanti passi, verso una nuova collocazione del concetto di salute sono già presenti nella "Carta"del WHO (*World Health Organization*) si intende per "*health*" (sa-

È solamente negli ultimi decenni tuttavia che ciò ha trovato corrispondenza nell'ambito della Unione Europea, non solo con lo svolgimento di ricerche e studi, ma anche con la predisposizione di una serie di azioni destinate alla protezione dell'individuo da ogni possibile ed eventuale minaccia alla salute,[5] ma ancor più di recente è stata finalmente avviata una serie di azioni contenenti misure di maggiore concretezza effettivamente finalizzate al miglioramento ed al rafforzamento del concetto di sicurezza sui luoghi di lavoro, che oggi viene concepito come principio universalmente riconosciuto.[6]

Tutto ciò in ossequio ad una nuova concezione di tutela di tale principio secondo la quale, se da un lato è sicuramente necessario procedere alla progettazione ed alla realizzazione di ambienti di lavoro più sicuri, dall'altro non si può comunque prescindere dalla cura degli aspetti psicosociali del lavoro.[7]

A tale fine è stato avviato un processo che ha interessato (ed ancora interessa) tutta la Pubblica Amministrazione (a livello locale, regionale, nazionale e internazionale) e che riconosce particolare attenzione alle indagini relative alla gestione di tutte le fasi di formulazione delle politiche pubbliche, la cui applicazione discende dall'interesse verso le nuove sperimentazioni e le nuove esperienze.[8]

Questo cambiamento ha così sancito l'avvio di un nuovo modo di relazionarsi con gli interessi sottesi agli ambienti lavorativi, il quale determina un necessario confronto con i bisogni emergenti all'interno dei contesti lavorativi e va a riconoscere, a fondamento della nuova Pubbli-

lute) «*a state of complete psysichal, mental and social wellbeing*», e nella "Carta di Ottawa" (I conferenza internazionale sulla promozione della salute del 17-21 novembre 1986) si riconosce la necessità di rendere il lavoro come uno degli "ambienti favorevoli" alla promozione della salute («*il lavoro dovrebbe contribuire a creare una società sana*»).

[5] Secondo l'art. 2, comma 1, lettera *o)*, D.Lgs. n. 81/2008, «*salute*» è, ai fini del decreto stesso, uno «*stato di completo benessere fisico, mentale e sociale, non consistente solo in un'assenza di malattia o d'infermità*».

[6] G. Arena, M. P. Chiti, *Public administration, competitiveness and sustainable development,* Firenze press University, 2003; United Nations, Public Administration Division, *Public administration in the second United Nations development decade: report*, United Nations, 1971.

[7] Siforp, Eu-tròpia, *Rischi psicosociali e benessere organizzativo in Asl*, Milano, Franco-Angeli, 2007.

[8] Nel processo di integrazione europea, ancora oggi in una fase di intenso sviluppo, i processi di cambiamento e di riforma che, negli ultimi anni hanno interessato, e tutt'oggi interessano la Pubblica Amministrazione, rappresentano la sintesi delle istanze di cambiamento, provenienti non solo dai cittadini, ma anche dai soggetti economici pubblici e privati operanti nello spazio comunitario, in virtù dei quali è stato necessario andare ad incidere sulle caratteristiche organizzative, e sui rapporti istituzionali intercorrenti tra organi dell'Unione, lo Stato, e chiaramente le Regioni e gli altri Enti Locali.

ca Amministrazione, i bisogni che sia in modo implicito che esplicito la condizionano.[9]

E così, in Italia, sul piano delle iniziative concrete, verso la fine degli anni Ottanta fu dato l'avvio ufficiale al processo di sviluppo della Pubblica Amministrazione, grazie al quale fu cambiato interamente il modo di relazionarsi con la stessa, e tramite il quale si giunse alla ridefinizione dell'obiettivo prioritario della futura e nuova Amministrazione, così favorendo il passaggio dalla cura dei rischi del lavoro all'attuazione del principio di prevenzione nei confronti degli stessi.

In questo modo, nell'intento prioritario di rispondere all'esigenza di elaborare azioni idonee a prevenire il verificarsi dei danni, si arrivò alla piena valorizzazione della cd. salute organizzativa,[10] che cessò così di essere intesa nel senso di semplice assenza di malattia nei luoghi di lavoro, in favore dell'affermazione di nuovi approcci metodologici, legati alla messa in opera di azioni incidenti sullo stato di benessere psicofisico dell'individuo.

Negli anni Novanta, senza discostarsi troppo dai passi già compiuti e dal nuovo approccio al tema da parte della Pubblica Amministrazione, le disposizioni normative svilupparono un intenso programma in virtù del quale, dopo una fase di annuncio delle novità che avrebbero interessato la stessa P.A., Governo e Parlamento concretamente diedero il via alla fase attuativa, caratterizzata dall'applicazione, nei confronti dei pubblici dipendenti, dei nuovi strumenti di gestione emersi dalle analisi e dagli studi condotti sino a quel momento.[11]

Prese così il via, nel sentiero percorso verso l'innovazione destinata al sostegno del concreto e reale cambiamento delle Amministrazioni Pubbliche,[12] "*un cambiamento intenzionale che comporta miglioramenti duraturi nei risultati e negli effetti delle politiche pubbliche, capaci di rendere af-*

[9] G. Vecchi, *Strumenti per la pianificazione integrata del cambiamento nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore, 2003.

[10] F. Avallone, A. Paplomatas, *Salute Organizzativa,* Raffaello Cortina, 2005.

[11] A. Berra, T. Prestipino, *La sicurezza del lavoro. Psicologia, prevenzione, organizzazione*, FrancoAngeli, Milano, 1996; T. Prestipino, *La sicurezza sul lavoro: evoluzione storica e nuovi orientamenti*, in A. Crescentini, A. Sada, L. Giossi (a cura di), *Elogio alla sicurezza*, Milano, Vita e Pensiero, 2007, pp. 17-30.

[12] L'inizio del Programma Cantieri viene fatto risalire al 20 febbraio 2002, alla presentazione, ad opera del Ministro della Funzione Pubblica, Franco Frattini, delle cinque priorità destinate ad individuare la strada del cambiamento a tutte le Amministrazioni Pubbliche italiane, insieme a tre politiche, che il Dipartimento della Funzione Pubblica avrebbe seguito, negli anni successivi, attraverso l'Ufficio Innovazione Pubblica Amministrazione (UIPA).

*fidabili le amministrazioni nei confronti dei cittadini e delle imprese"* [13], che vide coinvolti, sin dalla fase della costituzione, oltre al mondo accademico, non solo alcuni consulenti del Dipartimento della Funzione Pubblica ma anche gli stessi responsabili delle Amministrazioni Pubbliche destinatarie dei progetti.[14]

Chiaramente è trattato di un programma completamente nuovo rispetto alle iniziative promosse negli anni precedenti, eseguito sulla base delle indicazioni fornite dall'OCSE e delle modifiche del Titolo V della Costituzione e finalizzato all'affermazione di una nuova forma di innovazione, scaturente dal rafforzamento delle capacità interne delle amministrazioni e dal rifiuto delle riforme provenienti dall'alto.[15]

L'avvio delle nuova fase viene così fatto coincidere con l'attivazione del Programma Cantieri che, sin dal 2002, rappresenta un importante progetto di ricerca sul benessere organizzativo[16] destinato alla valorizzazione dei luoghi di lavoro identificati all'interno delle Amministrazioni Pubbliche italiane, prima con il Laboratorio e poi con il Cantiere di innovazione[17] il quale, nel proporre un percorso di sviluppo particolarmente diverso rispetto a quelli già realizzati nell'ambito dei progetti sul clima sul benessere organizzativo, ha iniziato ad operare a livello nazionale per sviluppare le competenze necessarie alla gestione dell'ascolto organizzativo, così passando dal rilevamento delle istanze dei dipenden-

[13] F. Verbaro, *La formazione e la gestione delle risorse umane a supporto dei processi di cambiamento*, EuroP.A. – Salone delle Autonomie Locali, sito Lavoro Pubblico, http://db.formez.it/Storicofontinor.nsf/6617caefd3322e49c1256b66003de10e/4991e3321874312bc1256d09003411f7?OpenDocument [2 marzo 2009].

[14] Dipartimento della Funzione Pubblica, Pubblica Amministrazione, *Programma "Cantieri" per il cambiamento nelle P.A.*, http://www.funzionepubblica.it/attivita_prodotti/politiche_ innovazione/servizi_3118.htm [16 aprile 2009]; P. Testa, *Guida operativa alle sponsorizzazioni nelle amministrazioni pubbliche*, Soveria Mannelli, Rubbettino Editore srl, 2003, pp. 9-11; 19.

[15] Definite con la dicitura di empowerment istituzionale.

[16] F. Marini, M. Mondo, *Il benessere nei contesti lavorativi e formativi*, Carocci, 2008; F. Avallone e M. Bonaretti (a cura di), *Benessere organizzativo. Per migliorare la qualità del lavoro nelle amministrazioni pubbliche*, Roma, Presidenza del Consiglio dei Ministri, 2003.

[17] Si afferma nella Circolare del 22 novembre 2006, Gabinetto del Ministro, Prot.n.15006/1/6: "Tenuto conto dell'esigenza di svolgere anche le attività relative al "Cantiere di Innovazione sulle Competenze per l'Ascolto Organizzativo", istituito per la prima volta nell'edizione 2006-2007 del Programma "Cantieri" del Dipartimento della Funzione Pubblica, nonchè al fine di proseguire la originale missione, il "Cantiere d'Innovazione sul Benessere Organizzativo" del Ministero dell'Interno, gruppo tecnico-scientifico di ricerca costituito con provvedimento del 24 settembre 2003, è rinominato "Cantiere d'Innovazione sul Benessere e l'Ascolto Organizzativo" ed è composto secondo quanto risulta dall'elenco in Allegato "B"."

ti alla fase della valorizzazione delle persone e del loro lavoro.[18]

In tale quadro sono state intraprese innumerevoli e nuove iniziative, focalizzate non solo sulla centralità e sulla qualità della relazione, ma anche sulle dimensioni emotive del rapporto intercorrente tra le persone e l'organizzazione, grazie alle quali è oggi stato possibile proseguire verso la valorizzazione e lo studio di nuove metodologie e nuovi strumenti di ascolto, irrinunciabili per il miglioramento della qualità e per l'innovazione dell'intera Amministrazione Pubblica.[19] Si è così ottenuto di poter valorizzare la qualità delle relazioni ed il benessere della persona nell'ambiente di lavoro, unitamente all'innalzamento del livello di efficacia dell'organizzazione nel suo complesso.[20]

Nello specifico, nell'ambito degli indirizzi internazionali ed europei, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha avviato, a partire dal 2007, una serie di iniziative finalizzate alla realizzazione di una Pubblica Amministrazione di qualità, basata sul miglioramento della qualità delle performance e dei servizi pubblici. A tal fine, il Dipartimento appena citato, insieme al Dipartimento per l'Innovazione e le Tecnologie,[21] ha iniziato ad operare in collaborazione sia con i responsabili delle Pubbliche Amministrazioni degli Stati esteri, sia con gli organismi internazionali interessati ai progetti di benessere organizzativo (tra i quali è opportuno citare: Unione Europea, Nazioni Unite, OCSE, Stati Uniti d'America, Canada, Giappone, Brasile e Cina).[22]

[18] M. Burley - Allen, *Imparare ad ascoltare* , F. Angeli, 2003; A. Bosi, A. Campanili, *La cultura dell'ascolto nel presente,* Unicopli, 1997; M. Sclavi, *Arte di ascoltare e mondi possibili. Come si esce dalle cornici di cui siamo parte* , Mondadori Editore, 2003.

[19] T. Cassidy ,*Stress e salute*, Il Mulino, Bologna, 2002; CNEL, Perini F. "*Documento Cnel relativo alla ' Salute e sicurezza dei lavoratori nei luoghi di lavoro"* Osservazioni e proposte, assemblea 19 dicembre 2002.

[20] "La salute da proteggere e alla quale commisurare lo sforzo datoriale deve essere, piuttosto, lo «*stato di benessere*» del lavoratore, vale a dire una condizione ben più elevata, lo star bene, la "soddisfazione", l'"appagamento" del lavoratore.

Peraltro, è implicito, essendo la salute, "per definizione", riferita al singolo lavoratore, che si tratta di uno stato individuale, in termini di soddisfazione di ciascuno dei lavoratori." Tratto da A. Monea, *Benessere fisico e mentale nella "nuova" idea di salute*, in Rivista *Ambiente e Sicurezza,* 17 giugno 2008 N. 12, pp. 19 ss.

[21] Confederazione generale italiana del lavoro, *L'Innovazione tecnologica nella Pubblica Amministrazione: seminario della Cgil nazionale 13 dicembre 1985*, Ediesse, 1986; Innovazione organizzativa, risorse umane e gestione della formazione nella Pubblica Amministrazione locale. Atti della 3/a Giornata di studio (Bologna, 7-6-1989), FrancoAngeli, 1989.

[22] Relazione al Parlamento sullo stato della Pubblica Amministrazione, Presidenza del Consiglio dei Ministri, Ministero per la Pubblica Amministrazione e l'innovazione, 2007, Volume I.

Fra tutti questi soggetti si è sviluppata una cooperazione particolarmente intensa la quale, pur interessando direttamente i Ministri e i Direttori generali responsabili della Funzione Pubblica dei vari Stati coinvolti ed andando avanti da almeno 20 anni, non ha mai beneficiato di un riconoscimento ufficiale all'interno di un accordo intergovernativo o all'interno degli stessi Trattati istitutivi dell'UE (dovendosi quindi qualificare come cooperazione "informale").[23]

Ora, ai fini del nostro discorso anche questo dato è importante in quanto contribuisce a dimostrare come l'acquisita ed indubbia consapevolezza dell'esigenza di dover agire sul capitale umano, sulle politiche retributive e sulle responsabilità, possa essere soddisfatta solamente grazie al supporto di azioni multilaterali.[24] A dimostrazione di tutto ciò si può richiamare il *Memorandum di intesa per la cooperazione* con il Ministro per la Funzione Pubblica francese, sottoscritto a Roma il 19 aprile 2007, seguito, il 5 febbraio 2008, dalla visita a Parigi del Capo del Dipartimento della Funzione Pubblica, giustificata sia dalla partecipazione ad un incontro con il Direttore Generale della Funzione Pubblica francese Paul Peny, sia dalla successiva partecipazione a un seminario sulla riforma del pubblico impiego in Italia, finalizzato al rilancio delle relazioni bilaterali con la Francia.[25]

Comprensibilmente, seguendo queste nuove strategie, sono stati rafforzati anche i rapporti bilaterali con gli Stati non appartenenti all'Unione Europea, quali Canada e Cina, anch'essi interessati al settore dell'*e-government* ed alla modernizzazione della Pubblica Amministrazione.[26]

## 2. *La nuova dimensione del cittadino nel processo evolutivo della Pubblica Amministrazione*

Nell'intraprendere un processo di sperimentazione finalizzato alla creazione di modelli coerenti di semplificazione, che possano influenzare gli schemi operativi della Pubblica Amministrazione, idonei a coniu-

[23] E. Gibellieri, F. Strambi, *La tutela della salute e sicurezza dei lavoratori nella Comunità Europea del Carbone e dell'Acciaio CECA)*, in (a cura di) A. Grieco, P. A. Bertazzi, *Per una storiografia italiana della prevenzione occupazionale ed ambientale*, cit., pp. 89-104.

[24] C. Kaneklin, F. Olivetti Manoukian, *Conoscere l'organizzazione*, Nuova Italia Scientifica, 1990.

[25] M. NcGill, *Valorizzare le persone*, in (a cura di) F. Perrone, *Manager del cambiamento. La gestione delle persone e dei processi nell'era post-industriale: la gestione delle persone e dei processi nell'era post-industriale*, Milano, FrancoAngeli, 2004, pp. 171-193; G. Iacono, *L'organizzazione basata sulla conoscenza*, Milano, FrancoAngeli, 2000, pp. 22-24; 213-214.

[26] F. D'Egidio, *L'impresa guidata dai valori*, Sperling e Kupfer, 1994.

gare la centralità della persona con la qualità e l'efficacia dei processi operativi, si punta oggi tutto sull'ascolto, e sulla dimensione emozionale degli individui, i quali vengono ad essere attivamente coinvolti nel perseguimento della finalità organizzative pubbliche, attraverso l'incoraggiamento e la promozione del proprio senso di partecipazione.[27]

In effetti, l'importanza dello qualità delle relazioni ben si è conciliata con l'instaurazione di questo nuovo modo di operare,[28] legato all'analisi degli assetti organizzativi, alle istanze delle persone, ma anche alle dinamiche che animano la convivenza organizzativa.[29]

Si è così indirizzato il sistema non solamente verso lo sviluppo della dimensione relazionale e verso l'ascolto orientato a favore dei clienti, nella loro qualità di fruitori delle prestazioni erogate, ma anche verso la raccolta di informazioni che si sono successivamente rivelate fondamentali per il nuovo approccio il quale, dopo il riconoscimento della giusta centralità del cliente, prova a spingere gli apparati della Pubblica Amministrazione verso nuove ed ulteriori sperimentazioni.[30]

Tuttavia, nonostante gli sforzi profusi, l'Amministrazione non è stata all'altezza delle aspettative, né ha risolto tutte le problematiche che da anni la affliggono, pur avendo finalmente avviato alcune delle necessarie azioni nei confronti di quella grave carenza del sistema, mai colmata, rappresentata dalla mancanza di una sperimentazione delle azioni di miglioramento organizzativo, carenza che risulta ora essere invece tendenzialmente monitorata ed affrontata con maggiore impegno all'interno delle amministrazioni.[31]

Si è così trattato di affrontare sfide sempre più impegnative, soprattutto a causa di nuovi fattori che vanno a incidere sull'organizzazione e sulle relazioni professionali, le quali sono interessate da un progressivo aumento della complessità dei processi tecnologici, organizzativi ed eco-

[27] S. Ugatti, D. Galasso, *I Circoli dell'Ascolto Organizzativo: per favorire la partecipazione, per recuperare efficienza, per governare la complessità, per accrescere la qualità della vita*, Direzione Regionale per i Beni Culturali e Paesaggistici della Campania in *Spesa pubblica e patrimonio culturale*, (a cura di) Forum PA, 19^ Mostra Convegno dell'innovazione nella P.A. e nei sistemi territoriali 12 – 15 maggio 2008.

[28] G. Vecchiato, *Relazioni Pubbliche*, Milano, FrancoAngeli, 2006, pp. 87-93; 135-145.

[29] R. J. Edelmann, *Conflitti interpersonali nel lavoro,* Trento, Erikson, 1996; F. R. Suggelli, *Gestire l'emotività sul lavoro,* Hoepli, Milano, 2005.

[30] D. Goleman, *Lavorare con l'intelligenza emotiva,* Rizzoli, Milano, 1999 (ed. orig. 1988).

[31] C. Fanelli, D. Camerino, E. Fattorini, *Psicologia e salute psichica dei lavoratori nel contesto di sviluppo della medicina del lavoro*, in (a cura di) A. Grieco, P. A. Bertazzi, *Per una storiografia italiana della prevenzione occupazionale ed ambientale,* Milano, FrancoAngeli, 1997, pp. 189-217.

nomici, e sono influenzate dalla moltiplicazione esponenziale del numero delle relazioni esistenti tra gli individui. Così, in risposta al moltiplicarsi delle interazioni presenti all'interno dei sistemi, si forniscono, all'interno di nuovi progetti, competenze relazionali specifiche e innovative le quali riescono a sfruttare la complessità come una risorsa e non vanno a temerla come se si trattasse di un problema.[32]

Da tutto questo è derivato l'avvio di un percorso incentrato non solo sulla condivisione delle conoscenze, ma anche sulla valorizzazione delle potenzialità e delle competenze delle persone, in virtù della centralità acquisita dai rapporti professionali, che va ad introdursi nel procedimento di rinnovamento scaturente dall'integrazione tra l'innovazione tecnologica ed i modelli organizzativi.[33]

Sulla base delle esigenze dell'amministrazione, il Dipartimento della Funzione Pubblica ha avviato un progetto tramite il *Cantiere di innovazione competenze per l'ascolto organizzativo* il quale, partendo dai risultati emersi dalle ricerche sul benessere organizzativo, ha dato il via alla creazione dei Circoli di *ascolto organizzativo*, nella consapevolezza della necessità di sviluppo della condivisione e dell'affiancamento del capo al collaboratore, al fine di far affiorare, in una dimensione di apertura e di ascolto, i punti di forza di quest'ultimo, quale strumento indispensabile del processo di sviluppo intrapreso.[34]

In particolare, all'interno dei Circoli i gruppi di lavoro hanno iniziato ad operare sull'ascolto, isolando valori comuni e condivisi idonei a sviluppare la stessa dimensione dell'ascolto, per favorire non solo il confronto tra gli individui, ma anche la crescita ed il perfezionamento degli stessi all'interno delle singole organizzazioni.[35] Si opera, quindi, per l'insediamento di un nuovo modello di lavoro, centrato sulla valorizzazione delle risorse interne delle persone,[36] focalizzato sulla promozione dell'ascolto all'interno dell'organizzazione, e soprattutto indirizzato verso la ricerca ed il superamento delle criticità presenti nei vari contesti la-

[32] C. G. Cortese, *Motivare,* Cortina Raffaello, 2005; E. Caruso, *Gestire e motivare le persone*, Milano, Tecniche Nuove, 2005.

[33] C. Casula, *Il modello post-burocratico, tra management e governante, nel processo di riforma della Pubblica Amministrazione*, in (a cura di) G. Sangiorgi, *Management e governance nella pubblica amministrazione,* Milano, FrancoAngeli, 2008, pp. 65-121.

[34] *Competenze per l'ascolto organizzativo: apre un nuovo Cantiere per l'Innovazione*, Lavoro p.a., Il portale del sistema camerale per la gestione delle risorse umane, http://www.lavoropa.it/archivio/1000/1600/1690/1692/circoliascolto_cantieri.html [12 aprile 2009].

[35] E. Spaltro, P. De Vito Piscicelli, *Psicologia per le organizzazioni* , Carocci, 2002.

[36] C. Manzoni, L. De Martin, *Benessere e cambiamento in azienda*, Milano, FAG, 2007.

vorativi. Il tutto al fine di favorire l'incremento della motivazione, elemento imprescindibile per il miglioramento delle performances.[37]

### *3. I Circoli di ascolto organizzativo*

Sulla base delle osservazioni sin ora evidenziate, all'interno del Programma Cantieri, specificamente nel *Cantiere di innovazione competenze per l'ascolto organizzativo,* sono stati avviati i *Circoli di ascolto organizzativo,*[38] i quali, nell'ottica dell'incoraggiamento all'uso dello strumento della comunicazione all'interno dei contesti di lavoro, cercano di individuare, nelle singole organizzazioni, persone motivate a utilizzare le proprie risorse relazionali, al fine di collocare all'interno di un contesto operativo un nuovo modello di lavoro, centrato sulla valorizzazione delle risorse interne delle persone, allo scopo di ottimizzare al meglio le loro qualità.[39]

I lavori, nel periodo che va da gennaio a ottobre 2007, hanno coinvolto nella sperimentazione dei Circoli ben cinquantadue Amministrazioni Pubbliche[40] e circa 500 operatori del pubblico impiego[41] i quali, coinvolti nella creazione di un metodo di sviluppo idoneo a creare un progetto ampio e sistematico di cura e sviluppo delle persone, hanno finalizzato il loro ope-

[37] Il progetto si muove verso la definizione e lo sviluppo di azioni di miglioramento del contesto organizzativo, il quale servendosi della creazione di "Circoli per l'ascolto attivo", porta all'affermazione della centralità della visione relazionale dei rapporti professionali, che ricorre alla valorizzazione delle competenze e delle potenzialità delle persone, come strumento di innovazione, oltre che fattore fondamentale di crescita per l'organizzazione.

[38] B. Pellizzoni, *Glossario Ascolto Organizzativo*, in Magellano, http://www.wiki.magellanopa.it/ (S(vem0kjqy0bd3qizporjpu455))/Glossario%20Ascolto%20organizzativo.ashx [17 aprile 2009].

[39] R. Buat, *Le persone nell'impresa. Strumenti e consigli per gestire le risorse umane nell'economia della conoscenza: strumenti e consigli per gestire le risorse umane nell'economia della conoscenza,* Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 12-16; 95-105.

[40] Tra le amministrazioni aderenti possiamo citare l'Università degli Studi di Foggia, la quale ha aderito all'iniziativa proposta per l'anno 2007 da Cantieri, il programma che il Dipartimento della Funzione Pubblica ha predisposto al fine di accelerare e dare concretezza ai processi di innovazione nelle Amministrazioni Pubbliche, tramite la sperimentazione di un percorso formativo destinato a sviluppare e diffondere nell'organizzazione la presenza di "Competenze per l'ascolto organizzativo".

[41] Tutti i soggetti che operano nel progetto, sono stati scelti, sin dalle fasi di avvio della sperimentazione, solo tra coloro che, impiegati all'interno della Pubblica Amministrazione, hanno dimostrato di avere piena fiducia nel cambiamento. Si riconosce, infatti, che per poter realizzare la visione innovativa del lavoro, riconosciuta nel programma proposto da Cantieri, è necessario che tutti vadano a sfruttare, nella consapevolezza di poter concretamente realizzare l'obiettivo perseguito, appieno le proprie abilità relazionali, la loro creatività, e la voglia di costruire.

rato verso la creazione di un sistema, destinato a mettere in pratica l'ascolto organizzativo inteso come fattore fondamentale di crescita.[42]

Ha preso così il via l'impegno concreto delle amministrazioni, coinvolte in un processo di sperimentazione attiva che sta portando alla modifica degli assetti istituzionali, allo sviluppo di nuove politiche di gestione ed alla semplificazione dei procedimenti.[43]

## 4. *Le dimensioni emotive ed individuali*

Date le esigenze preliminari di obiettività e le difficoltà incontrate dalle Pubbliche Amministrazioni nella gestione delle risorse umane, si decise nel 2005 di dare l'avvio ad un nuovo percorso che, nella costituzione del *Laboratorio delle competenze organizzative dei dirigenti* e nello sviluppo delle istanze per il perseguimento della corretta *gestione per competenze*,[44] ha posto in essere un'attività finalizzata alla messa a punto di un nuovo modello di direzione del personale che, in un contesto di lavoro meno burocratico (oltre che più stimolante ed aperto all'innovazione) potesse rispondere alle esigenze di valorizzazione della dimensione individuale del lavoratore.[45]

Così, partendo dai risultati emersi nell'ambito delle iniziative del Programma Cantieri, il Dipartimento della Funzione Pubblica si è poi avvalso della collaborazione di molte amministrazioni pubbliche italiane, attraverso l'iniziativa del Laboratorio, il quale, unitamente con il Cantiere sul Benessere organizzativo ha segnato, nel periodo che va dal settembre 2002 al giugno 2004, un precipuo percorso di continuità e sviluppo.

[42] Nel nuovo D.Lgs. n. 81/2008, si "ritiene che il benessere deve essere «*completo*», da intendere nel senso di soddisfazione individuale piena, totale, non priva delle sue parti significative. Per valutare la completezza è necessario tenere presente che il benessere deve riguardare tutte (e solo) le dimensioni fisiche, mentali e sociali individuate dalla legge, in quanto, in questo vasto ambito, rileva e deve essere perseguito, almeno ai fini giuridici, il benessere del lavoratore." Tratto da Tratto da A. Monea, *Benessere fisico e mentale nella "nuova" idea di salute*, in Rivista *Ambiente e Sicurezza,* [17 giugno 2008 N. 12, p. 22].

[43] R. Ruffini, P. Mastrogiuseppe (a cura di), *Regole e regolamenti di organizzazione nelle amministrazioni pubbliche,* Soveria Mannelli, Rubettino, 2003, pp. 13-35.

[44] I processi di cambiamento economico e sociale che coinvolgono l'operato delle amministrazioni, non si limitano ad un ripensamento profondo all'interno delle organizzazioni pubbliche, incentrato sul miglioramento gestionale, ma necessitano, inoltre, del ricorso a tutte le risorse intellettuali e relazionali presenti nelle organizzazioni pubbliche.

[45] (A cura di) M. Bonaretti, P. Testa, *Persone al lavoro,* Soveria Mannelli, Rubbettino Editore srl, 2003; M. Barone, A. Fontana, (a cura di) G. Del Mare, *Prospettive per la comunicazione interna e il benessere organizzativo: appartenere, integrarsi e comunicare nell'organizzazione che cambia*, Milano, FrancoAngeli, 2005.

Il Laboratorio è nato da una sfida che Cantieri ha voluto lanciare alle Pubbliche Amministrazioni italiane, invitate ad avviare un percorso di rilevazione e di analisi della salute organizzativa, oltre che della qualità della convivenza all'interno dei contesti lavorativi pubblici, attraverso la sperimentazione di un'indagine volta a misurare il grado di *benessere* e di *malessere* dei dipendenti. Questo percorso ha poi sviluppato, all'interno di quasi tutte le amministrazioni coinvolte, l'interesse verso l'avvio dell'indagine sul benessere organizzativo, il quale ha spinto il Dipartimento della Funzione Pubblica ad estendere ed approfondire l'indagine sulle tematiche in esame, oltre che a sviluppare i temi legati alle relazioni ed alle reciproche influenze operanti tra l'individuo ed il contesto di lavoro.[46]

Pertanto è risultato doveroso procedere verso la prosecuzione delle politiche interessate al fattore umano, che, fino al 2002, hanno poco o per nulla valorizzato le risorse umane all'interno dei contesti pubblici.[47]

Ma da quel momento il DFP ha finalmente compreso che gli individui impiegati nelle Pubbliche Amministrazioni sono spesso affetti da malessere, perché non riescono neppure ad identificarsi nelle organizzazioni alle quali appartengono, non riescono a sentirsene parte, né (tanto meno) a percepire il riconoscimento delle proprie aspirazioni all'interno del contesto lavorativo nel quale esercitano le proprie funzioni.[48] Sarebbe, invece, opportuno legare le persone all'organizzazione, stimolando da un lato il sentimento di appartenenza nei confronti della stessa, dall'altro il coinvolgimento nei valori e negli obiettivi che animano l'attività aziendale.[49]

È stata ormai acquisita la coscienza di dover operare sulle dimensioni emotive del rapporto esistente tra le persone e l'organizzazione, oltre che sulla valorizzazione e sul potenziamento della dimensione emozionale del lavoro, al fine di poter avviare progetti strutturati verso la promozione dell'ascolto dei bisogni e delle opinioni di coloro che operano all'interno dell'organizzazione, nell'ottica di uno sviluppo concreto ed

[46] TTG, Associazione per le Teorie e per le Tecniche di gruppo, E. Spaltro (a cura di), *Progetto-ricerca*, su *La Filosofia del Benessere e del Buon Lavoro,* Regione Toscana, 2001.

[47] R. D'Amico, E. Attagiule, M. Cerruto, *L'analisi della pubblica amministrazione. Teorie, concetti e metodi*, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 133-200; Università di Bologna Scuola di perfezionamento in scienze amministrative, L. Praga, *Problemi della pubblica amministrazione, Zanichelli*, 1958.

[48] P. Fantozzi, *Politica, istituzioni e sviluppo: un approccio sociologico*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2001, pp. 114-120.

[49] W. J. Siffin, *Problem of Development Administration,* in (a cura di) A. Farazmand, *Handbook of Comparative and Development Public Administration*, CRC Press, 2001, pp. 1-8.

effettivo della Pubblica Amministrazione.[50]

## 5. *L'avvio del Cantiere competenze per l'ascolto organizzativo*

In seguito alla pubblicizzazione delle nuove attività ed alla raccolta delle adesioni provenienti dalle amministrazioni interessate, ha preso definitivamente il via, nel dicembre 2006, la preparazione del nuovo Cantiere di Innovazione *Competenze per l'ascolto organizzativo* che, nel portare avanti il percorso sul benessere organizzativo, prova ora a gestire adeguatamente e con efficacia di risultati, le situazioni ed il personale rinvenibili nei vari contesti.[51]

È così iniziata la nuova fase della sperimentazione che, nell'ambito del *Cantiere sulle competenze per l'ascolto organizzativo*, va ad attribuire al concetto di benessere organizzativo un contenuto nuovo e maggiormente ricco di significati, in virtù del quale non ci si limita ad un termine che possa indicare un semplice modo di pensare il benessere, ma si evoca un concreto sistema di azione che consente di sfruttare le competenze e le esperienze acquisite, permette di procedere verso il rilevamento e lo sviluppo delle competenze di ascolto, faro insostituibile per tutte le attività intraprese all'interno dei gruppi di lavoro avviati nell'ambito del progetto.[52] Ebbene, è attraverso questo nuovo progetto che, da un lato viene ad essere affermata la nuova visione del benessere, dall'altro, si riconosce la centralità della capacità e della qualità dell'ascolto, alla luce della considerazione per cui l'ascolto di sé stessi e degli altri deve rappresentare un punto di partenza fondamentale ed imprescindibile per il miglioramento della persona, del gruppo, e dell'organizzazione.[53]

Dopo il primo seminario di avvio del Cantiere,[54] realizzato tra la fine

[50] R. T. Golembiewski, W. B. Eddy, *Organization development in public administration: in two parts*, New York, CRC Press, 1978, pp. 3-26; Ias, International Institute of Administrative Sciences, United Nations, *Public Administration and Development: Improving Accountability, Responsiveness and Legal Framework*, Netherlands, IOS Press, 1998, pp.107-120.

[51] A. Farazmand, *Comparative and Development Public Administration*, in (a cura di) A. Farazmand, *Handbook of Comparative and Development Public Administration*, cit., pp. 9-22.

[52] F. Avallone, *Psicologia del Lavoro: storia, modelli, applicazioni,* Nuova Italia scientifica, 1994.

[53] M. L. Iavarone, *Il benessere nei luoghi di lavoro*, in F. Sabatano (a cura di), *La formazione del soggetto per lo sviluppo organizzativo*, Napoli, Liguori Editore, 2008, pp. 35-49; G. Negro, R. Grandis, *L'organizzazione del benessere: logiche, principi e modello applicativo*, Cantieri di innovazione - Benessere Organizzativo, Dipartimento della Funzione Pubblica, Roma, 2003.

[54] S. Totaro, *I circoli di ascolto organizzativo*, Forum PA al centro dell'innovazione, http://www.forumpa.net/forumpa2007/convegni/relazioni/706_stefania_totaro/706_stefania_totaro.pdf [14 aprile 2009].

di gennaio e l'inizio di febbraio del 2007, alla presenza di ben 120 amministrazioni intenzionate ad aderire al programma, 90 amministrazioni hanno espresso l'intenzione di procedere con i lavori, sottoscrivendo l'effettiva adesione all'iniziativa che nell'immediato, avrebbe determinato la concreta attivazione dei *Circoli di ascolto organizzativo*.[55]

Ma è solo nel periodo intercorrente tra il marzo e l'aprile di quello stesso anno che le amministrazioni hanno realizzato i primi incontri dei Circoli, posti sotto la sorveglianza di un apposito team di lavoro, costituito all'interno del Cantiere nell'intento di favorire un reale e concreto incontro tra i soggetti interessati.[56]

Si è così passati alla sperimentazione delle competenze di ascolto all'interno di Unità organizzative ristrette, funzionali alla valorizzazione delle persone e del lavoro, nell'ottica del perseguimento di un risultato ottimale, il quale può essere ottenuto solo tramite il ricorso alle prestazioni dei *capi* e dei *collaboratori*. Collaboratori, questi, che dovevano però essere preparati al confronto ed alla collaborazione, essendo questi gli elementi imprescindibili nelle attività di miglioramento del clima e delle *performance* nel settore lavorativo interessato dalla sperimentazione.[57]

Anche se abbiamo commentato solo per brevi cenni quanto attiene alla nuova fase di sviluppo e sperimentazione, riteniamo che sia comunque emerso in modo alquanto chiaro come, nel cambiamento che ha investito l'intero operato degli innovatori, si sia andati ben oltre la modifica formale del contesto di riferimento, per approdare ad una concreta trasformazione dell'organizzazione di tutti quei soggetti pubblici, che ora, con grande interesse, si dedicano alla cura della qualità delle relazioni, dell'ascolto e del proprio sviluppo organizzativo, nell'interesse della dimensione emozionale e motivazionale.[58] Ed è proprio tale dimensione, fortemente intrecciata con il senso di partecipazione degli individui, che va a modificare il

[55] B. Pelizzoni, F. Minchillo, *I Circoli di ascolto organizzativo*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2007.

[56] T. E. Harris, *Small Group and Team Communication* in *Applied organizational communication,* USA, Lawrence Erlbaum Associates, 2002, pp. 332-374; T. E. Harris, M. D. Nelson, *Listening* in *Applied Organizational Communication: Theory and Practice in a Global Environment*, CRC Press, 2007, pp. 253-272.

[57] D. Antonioli, L. Delsoldato, M. Mazzanti, P. Pini, *Dinamiche innovative, relazioni industriali, performance nelle imprese manifatturiere: seconda indagine sul sistema locale di Reggio Emilia*, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 175-196.

[58] P. Argentero, I. Setti, *L'indagine di clima organizzativo*, in (a cura di) P. Argentero, *Psicologia del lavoro e interventi organizzativi. Teorie e strumenti per la gestione delle risorse umane, la promozione della qualità e la prevenzione dei rischi psicosociali,* Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 129-150.

rapporto intercorrente tra le persone ed il lavoro, al fine di creare una simbiosi partecipativa tra le persone e lo sviluppo perseguito.[59]

In generale sembra ormai chiaro che gli studi e le analisi precedentemente condotte, dopo aver fornito gli elementi necessari per le operazioni di codificazione delle condizioni necessarie all'avvio della *sperimentazione dell'ascolto, oltre che alla costruzione delle competenze di ascolto,* necessitavano del passaggio dalla fase teorica a quella operativa. Ed è proprio per rendere effettivo questo passaggio, che nel mese di maggio si partì con l'avvio della fase esecutiva, dalla quale si è poi passati alla verifica del lavoro svolto, destinata a consentire il confronto tra differenti esperienze di lavoro ed organizzative.[60]

A questo punto, tutto il percorso si compendia nella *Convention* 2007 del Programma Cantieri dell'11 e 12 luglio la quale, da un lato, ha segnato la fine delle attività del Programma e, dall'altro, ha esibito i risultati emersi dall'indagine sul *benessere organizzativo*, per poi affrontare ed approfondire le tematiche dell'*ascolto organizzativo*, per offrire la preziosissima testimonianza dei gruppi di lavoro di tutti quei Circoli che hanno concretamente concluso il percorso.

Ma la fine delle attività del programma, segnata proprio dalla Convention, non ha segnato affatto la chiusura della sperimentazione, in quanto ciò avrebbe impedito alle amministrazioni ritardatarie di portare a termine il percorso intrapreso. Al contrario, data la necessità di impedire il fallimento del progetto, si decise di rinviare la chiusura del Cantiere ad un ultimo seminario, che nel mese di novembre, dopo 11 mesi di attività, avrebbe dovuto confrontare ed elaborare le proposte per lo sviluppo dei Circoli, da raccoglierle in un apposito *instant book*.[61]

## 6. *Le Amministrazioni aderenti e la teoria del non ascolto*

Considerando che, all'interno del progetto *Cantiere sulle competenze per l'ascolto organizzativo*, sull'intero territorio nazionale sono stati av-

[59] A. Zinola, *Promozione della Qualità e del Benessere Organizzativo*, in (a cura di) P. Argentero, *Psicologia del lavoro e interventi organizzativi. Teorie e strumenti per la gestione delle risorse umane, la promozione della qualità e la prevenzione dei rischi psicosociali*, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 93-110.

[60] A. Alessandrini, L. Alfonso, M. Coruzzi, F. De Fabritiis, *La nuova comunicazione dell'ente locale. Organizzare l'ascolto, l'informazione e la partecipazione degli stakeholder*, Milano, FrancoAngeli, 2006, pp. 73-98.

[61] L'instant book è un documento che raccoglie le proposte progettuali dei Circoli di ascolto organizzativo.

viati solamente cinquantadue Circoli di ascolto organizzativo, è indubbio che nonostante il reale entusiasmo indirizzato all'iniziativa promossa, non tutte le Amministrazioni sono state in grado di dare concreta attuazione ai programmi previsti[62]. In verità, nel mese di dicembre dell'anno 2006, i lavori sono stati avviati all'interno di tutte le 180 Amministrazioni interessate all'iniziativa, ma dato che molte di siffatte organizzazioni non potevano far affidamento su tutti gli strumenti necessari al successo dell'iniziativa, sono solamente 54 quelle approdate all'avvio della fase operativa.[63]

Nello specifico, data la complessità e l'ampiezza del progetto, relative non solo alla prima fase dell'iniziativa ma anche ai successivi sviluppi della stessa, non tutti gli operatori sono stati in grado di gestire i lavori e consentirne la prosecuzione, tanto che nel gennaio 2007, all'*avvio del ciclo di seminari* ben il 31% degli aderenti si è tirato indietro, per poi essere seguito da un ulteriore 24% dei riconfermati che nel mese successivo hanno amaramente declinato le attività intraprese. Ma, al lancio della fase concernente l'*adesione alla sperimentazione,* anche il 43% degli ultimi riconfermati ha abbandonato il percorso. Così, dato l'elevato numero di rinunce, l'avvio della sperimentazione ha riguardato solo 54 amministrazioni, delle quali ben due hanno rinunciato al progetto arrestando lo svolgimento di tutte le attività sino a quel momento intraprese.[64]

Ma la grande novità, caratterizzante le azioni coordinate nell'ambito dell'Ascolto Organizzativo, non è rappresentata tanto dal modo in cui è stata diretta la sperimentazione, quanto piuttosto dal fatto che le attività delle varie fasi del progetto, nelle cinquantadue amministrazioni superstiti, hanno portato a compimento un'esperienza di lunga durata, gestita direttamente dai gruppi di lavoro appartenenti ai settori interessati, nella quale il Cantiere ha ricoperto un ruolo di mera regia. Tutto que-

[62] Il circolo di ascolto organizzativo ha comportato un'intensa adesione all'iniziativa di Cantieri, da parte di diverse amministrazioni, proprio in virtù dell'interesse sorto dopo le recenti ricerche realizzate nell'Amministrazione sulla prevenzione del burn out e la promozione del benessere organizzativo.

[63] B. Pelizzoni, F. Minchillo, *I Circoli di ascolto organizzativo,* cit., pp. 86-89.

[64] T. Russo, N. Negri, *"Il Benessere Organizzativo", appunti di una esperienza*, ASL Pavia, http://www.asl.pavia.it/RicercaBenessereOrganizzativo.pdf [ 15 aprile 2009 ]; Agenzia Sanitaria Regionale, *Il clima organizzativo nelle Aziende sanitarie ICONAS*, Dossier 125-2006, Regione Emilia-Romagna, Bologna, aprile 2006; Assessorato all'Agricoltura e alle Attività Produttive (Piano di Miglioramento, Strategie ed azioni per la Qualità AGC Sviluppo Attività Settore Primario), *Risultati emersi dall'analisi di clima realizzata sul personale dell'Area impegnato nell'ambito della gestione del POR*, 2006, http://www.qualita.energiaallaterra.it/fileadmin/docs/Risultati_dell_indagine_sul_benessere _organizzativo.pdf [16 aprile 2009].

sto non si era mai verificato nell'ambito degli esperimenti intrapresi all'interno dei precedenti tentativi di riforma, destinati all'innovazione ed al progresso degli apparati, ma spesso falsamente conclusi.

Nello specifico, sono state estese le indagini al problema dell'ascolto,[65] soprattutto tramite l'intensificazione dello stesso, nell'intento di conoscere il disagio avvertito da coloro che operano negli apparati organizzativi e di sviluppare le relazioni umane. Si ritiene che tutto questo faccia sentire gli individui più sicuri, forti, uniti e legati, producendo anche una serie di consequenziali effetti positivi, non solo nella sfera personale degli stessi ma anche nell'apparato all'interno del quale tali soggetti sono destinati ad integrarsi.[66]

Per citare un esempio pratico, relativo al concreto e costruttivo modo di operare tenuto dai soggetti interessati, in relazione ai principi individuati e perseguiti, possiamo far riferimento alla *Camera di Commercio Industria e Artigianato di Bergamo*,[67] nei cui atti, in relazione all'analisi dell'ascolto, si fa esplicitamente menzione della *teoria del non ascolto*, elemento che, a prescindere dal fatto di poter scaturire dai gesti o dal tono della voce, può provocare una reazione di chiusura ed escludere interamente la relazione, oltre che lo sviluppo degli aspetti umani, facendo dimenticare come l'ascolto sia un bisogno di tutti, non solo nella propria sfera personale, ma anche sul luogo di lavoro.[68]

Si afferma, pertanto, negli atti della Camera di Commercio di Bergamo che, al fine di operare concretamente a favore dell'ascolto, sarebbe opportuna la scelta di comportamenti finalizzati all'adozione di ido-

[65] D. Borisoff, M. Purdy, *Listening in everyday life: a personal and professional approach*, University Press of America, 1991; L. Segil, *Dynamic leader, adaptive organization: ten essential traits for managers*, New York, John Wiley and Sons, 2002, pp. 69-100.

[66] Harald Ege, *Mobbing - Conoscerlo per vincerlo*, Milano, Angeli, 2006; Harald EGE, *Il mobbing in Italia*, Pitagora, Bologna, 1996; N.Botta, C.Longobardo, R.Staiano, A.Zingaropoli, *Mobbing , stress e diritti violati*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003.

[67] "Si tratta di un obiettivo certamente "alto", e noi componenti del Circolo ne siamo consapevoli, ma nessuno si è sottratto dal "mettersi in gioco", portando ciascuno la propria esperienza e le proprie capacità per cercare di dare delle risposte efficaci. Il percorso si presenta difficile ed impegnativo e non sono infatti mancati momenti di confronto anche piuttosto forti. Ma l'obiettivo in comune ed il riconoscimento reciproco hanno contribuito a ritrovare, all'interno del Circolo, quel senso di appartenenza e quella spinta al miglioramento che si percepisce un po' sopita all'interno del nostro Ente e che è fondamentale per affrontare questo compito." Tratto da S. Ferri, *Dal circolo di ascolto organizzativo*, Numero 6, Aprile-Giugno 2007, www.bg.camcom.it/release/macroaree/camera/urp/canali/cameraedintorni/numero06.pdf [17 aprile 2009].

[68] R.Panzarani, *Gestione e sviluppo del Capitale Umano –Le persone nel bilancio intangibile di una organizzazione,* Angeli, Milano, 2004.

nee condotte di ascolto empatico, all'interno del Circolo stesso, condotte di ascolto che richiedono non solo di non interrompere colui che parla, ma anche, in conseguenza, di non sovrapporre la propria voce a coloro che hanno la parola e di rinunciare ad ogni comportamento che miri alla convinzione degli altri sulla validità del proprio punto di vista ed a ogni commento con i vicini sui contenuti che il collega sta esprimendo.[69]

Ma se quanto sopra pare richiesto in un'ottica di astensione, da quella fattiva è inoltre auspicabile che si presentino domande finalizzate alla ricerca della corretta interpretazione di quanto espresso dal collega, che si ascoltino, senza alcun pregiudizio, i propositi e i contenuti di chi esprime il proprio pensiero, ma soprattutto è necessario che il discorso ed i contenuti dichiarati non vengano filtrati dalla lente deformante di chi ascolta né dalle sue idee personali sulla persona che si esprime.[70]

## 7. *La classificazione delle competenze tramite lo Human Development Set*

Una volta terminato il primo stadio del progetto, estrinsecatosi in sei incontri, è stato possibile passare dalla fase di acquisizione dei dati e di avvio della sperimentazione, al lancio della seconda fase, durante la quale i Circoli di Ascolto Organizzativo hanno potuto, facendo leva su quanto rilevato nelle fasi precedenti, operare concretamente sui due aspetti dell'*ascolto organizzativo*: da un lato gli atteggiamenti personali, che possono essere modificati e migliorati al fine di facilitare non solo le relazioni, ma anche la comunicazione tra le persone; dall'altro la risoluzione dei problemi organizzativi. Così, non appena completati i passaggi concernenti il sesto incontro, in occasione del settimo appuntamento, fu possibile dare il via all'individuazione delle competenze necessarie alla realizzazione del modello di ascolto organizzativo.[71]

Partendo dalle seguenti fasi è stato possibile definire le principali attività dei periodi seguenti, e consentire l'immediata proposizione del lavoro sulle competenze di *ascolto organizzativo* finalizzato all'acquisizio-

[69] Daminelli Srl, Buone prassi RSI 2007 - (Brembilla, BG), Camera di Commercio di Bergamo, http://www.bg.camcom.it/release/macroaree/promozione/supporto_alle_imprese/ responsabilita/buoneprassi/daminelli.jsp [ 17 aprile 2009 ]; BuoniEsempi.it, *La Comunicazione: Funzione Strategica del Sistema di Qualità della Camera di Commercio,* http://www.buoniesempi.it/print.asp? protocollo=2195 [17 aprile 2009].

[70] M. Bonaretti, *Governo locale e innovazione: le amministrazioni in trasformazione*, in *Risorse umane nella PA*, n. 2.

[71] G. Carlo Manzoni, R. Malorgio, *Relazione e comunicazione efficace*, Milano, FAG Srl, 2007; E. CHELI, *Teorie e tecniche della comunicazione interpersonale*, Milano, Franco Angeli, 2004.

ne, da parte dell'organizzazione, di competenze e strumenti necessari alla realizzazione delle dimensioni positive auspicate e ricercate dai Circoli.[72] Ne deriva, in questo processo, l'avvio di una serie di azioni destinate a consentire alle diverse modalità di *ascolto organizzativo* sperimentabili di diffondersi, per poi influenzare attivamente il lavoro dei soggetti impiegati nel pubblico impiego, interessati e coinvolti nella realtà interumana e intersoggettiva dell'organizzazione.

Pertanto, è muovendo da tali premesse che i gruppi hanno potuto mettere a fuoco la mappa ideale delle competenze necessarie alla realizzazione di un modello di *ascolto organizzativo,* all'interno delle singole e specifiche realtà professionali.[73]

Da ciò è emerso come, dal punto di partenza, rappresentato dal perseguimento e dalla creazione di una serie di azioni di miglioramento utili alla realizzazione di fondamentali condizioni di attuazione del processo di *ascolto organizzativo*, si sia giunti, nella fase conclusiva del progetto, all'interno di molti Circoli, a gestire un particolare e complesso lavoro sulle competenze, che ha portato alla classificazione condivisa dell'HDS - *Human Development Set,* il *set* delle competenze per l'*ascolto organizzativo*[74], costituendo così un modello proposto dal protocollo di *Cantieri* nonché, per mezzo di quest'ultimo, all'individuazione di tutte quelle competenze che possono coniugare la realizzazione della performance organizzativa con la creazione del modello di ascolto organizzativo.[75]

Da tutto ciò è derivata una classificazione unitaria delle competenze per *l'ascolto organizzativo*, grazie alla quale è stata riconosciuta una serie di competenze riconducibili ai fattori e alle dimensioni che, più di altre, incidono sul livello di *benessere organizzativo*, quali: la gestione delle risorse umane, lo sviluppo delle potenzialità delle persone, la gestione efficace di un gruppo di lavoro, l'organizzazione dei processi di lavoro, la comunicazione efficace ed, infine, la facilitazione e lo sviluppo delle relazioni.[76]

[72] Comelit Group Spa, *Buone prassi RSI 2007 - Comelit Group Spa (Rovetta, BG),* http://www.bg.camcom.it/release/macroaree/promozione/supporto_alle_imprese/responsabilita/buoneprassi/comelit.jsp [17 aprile 2009].

[73] B. Burnes, *Managing Change: A Strategic Approach to Organisational Dynamics*, Prentice Hall, 2004; D. R. Conner, *Leading at the Edge of Chaos: How to Create the Nimble Organization,* John Wiley Sons, 1998.

[74] HDS - Human Development Set è un modello di competenze nato dalla visione dello sviluppo personale e organizzativo del counseling di processo, e presenta 15 competenze centrali per lo sviluppo delle potenzialità nelle organizzazioni.

[75] L. Tivelli, A. Agostini, *Verso una nuova cittadinanza: le best practice nell'e-government*, Roma, Fazi Editore, 2003, pp. 15-21; 66-67.

[76] Tutto ciò in conseguenza dell'identificazione degli indicatori soggettivi di benessere, effettuata nell'ambito della tematica del benessere organizzativo, dal prof. Avallone,

In realtà, nell'immediato, deve ammettersi che la scala riassuntiva non poté essere destinata alla produzione di un risultato tempestivo, ma comunque giocò un ruolo fondamentale nell'incontro successivo, il quale utilizzando il *set Human Development* per l'*ascolto organizzativo* produsse un piano di sviluppo delle competenze a livello organizzativo, finalizzato sia al miglioramento delle competenze strategiche per la realizzazione di un modello di *ascolto organizzativo,* all'interno di ogni amministrazione, sia all'accompagnamento della sperimentazione verso il traguardo finale.[77]

Finalmente nel corso del nono incontro è stata avviata la fase di valutazione dell'esperienza dei Circoli di ascolto organizzativo, tramite la somministrazione, a ciascuno, di un questionario idoneo ad effettuare una prima valutazione individuale del significato e dei risultati della sperimentazione.

Chiaramente, il risultato emerso è stato ritenuto più che positivo e la sperimentazione gradita sia ai gruppi di lavoro che ai facilitatori[78] i quali, nella creazione dei Circoli di ascolto organizzativo, hanno ricoperto un ruolo fondamentale, per il quale da un lato hanno perseguito l'allineamento dei partecipanti agli obiettivi del gruppo, e dall'altro hanno dovuto creare le condizioni idonee a favorire l'instaurazione di una comunicazione fluida e paritaria all'interno del contesto lavorativo.[79]

la quale isola i seguenti fattori: costruzione di relazioni interpersonali positive, soddisfazione per l'organizzazione, voglia di impegnarsi per l'organizzazione, sensazione di far parte di un team, voglia di andare al lavoro, sensazione di autorealizzazione, convinzione di poter cambiare le condizioni negative attuali, il rapporto equilibrato tra vita lavorativa e privata, i valori organizzativi condivisi, percezione di successo dell'organizzazione.

[77] M. Dimitri, *Al centro il miglioramento continuo*, Il Sole 24 Ore; G. Alberto, *I sette strumenti della qualità totale,* Milano, 1992.

[78] All'interno di ogni Circolo è prevista la figura centrale di un *facilitatore,* il quale deve avere sempre presente "il duplice obiettivo di lavoro: da un lato raggiungere risultati di analisi concreti e specifici, dall'altro garantire la qualità delle relazioni e le modalità di lavoro all'interno del gruppo. Lo scopo del *facilitatore* non è soltanto presentare i temi di lavoro e i punti di discussione da toccare all'interno dei Circoli (livello del contenuto), ma anche quello di applicare all'interno dei singoli incontri un modello di lavoro centrato sulla valorizzazione delle competenze di *ascolto organizzativo* (livello del processo). Affinché un Circolo di *ascolto organizzativo* sia efficace e generi un percorso di cambiamento positivo più ampio all'interno dell'organizzazione è fondamentale che applichi in primo luogo al suo interno un processo relazionale positivo basato sulla connessione *empatica* tra i partecipanti." Tratto da B. Pellizzoni, F. Minchillo (a cura di), *I Circoli di ascolto organizzativo*, cit.

[79] Ministero per la pubblia amministrazione e l'innovazione, Glossario Ascolto Organizzativo, http://www.wiki.magellanopa.it/(S(vem0kjqy0bd3qizporjpu455))/Glossario%20Ascolto%20organizzativo.ashx [12 maggio 2009].

E stato dunque valutato come l'intero percorso, giunto così al punto di arrivo, abbia permesso di acquisire nuove conoscenze ed abbia consentito alla maggioranza dei partecipanti di dimostrare come, nei vari incontri, siano gradualmente migliorate, non solo le relazioni all'interno dei Circoli, ma anche lo stile relazionale delle persone coinvolte negli stessi.[80]

## 8. *La conclusione della sperimentazione*

In conclusione pare opportuno rilevare come l'obiettivo finale sia stato raggiunto solo nell'ultimo incontro, il quale ha portato alla presentazione delle proposte per la collocazione dei Circoli di *ascolto organizzativo* all'interno delle singole realtà lavorative, nell'intento di sostenere il senso di appartenenza, la motivazione e la progettualità verso il futuro, in tutti i soggetti coinvolti.[81]

Una volta giunta a termine la sperimentazione, molti gruppi ritennero tuttavia di dover garantire la continuità all'esperienza dei Circoli, tanto che non solo furono proposti possibili modelli di sviluppo e di diffusione degli stessi, ma molti *facilitatori* manifestarono la necessità di continuare il confronto sul tema, in vista di una possibile prosecuzione del percorso intrapreso, sin dall'inizio del 2007. [82]

È stato così organizzato un ultimo seminario, al cui termine è stato redatto un *instant book* destinato alla raccolta delle idee progettuali emerse, relative alla proposizione di quattro possibili modelli di sviluppo della sperimentazione.

E così, tramite la sperimentazione dei Circoli, ed il contributo di tutte le persone[83] che hanno saputo mettersi in discussione, partecipando

[80] "Imparare e mettere in pratica le regole di un ascolto attivo ed efficace, avviare dentro di noi un'autocritica sul nostro modo di lavorare e di relazionarci con gli altri, abbandonare i pregiudizi e i comportamenti passivi, nocivi per la corretta e funzionale relazione interpersonale e adottare, viceversa, comportamenti costruttivi e collaborativi, appaiono passi fondamentali per creare un circolo virtuoso e raggiungere l'alto obiettivo" Tratto da S. Ferri, *Dal circolo di ascolto organizzativo,* N. 6, cit.

[81] R. Kreitner A. Kinicki, *Comportamento organizzativo*, Apogeo Editore, 2004, pp. 295-328; P. H. Wilson, *The Facilitative Way: Leadership That Makes the Difference,* Team Tech Press, 2003.

[82] S. Pasquali, *Innovare le Amministrazioni*, N. 2 anno IX, Febbraio 2008, http://www.leduecitta.com/articolo.asp?idart=2088 [13 aprile 2009].

[83] Anche coloro che hanno aderito al progetto con un certo scetticismo hanno gradualmente acquistato fiducia rispetto alla validità della sperimentazione, la quale, gradualmente, nel corso degli incontri, ha attribuito al progetto le dimensioni di un vero e proprio laboratorio di idee, in cui ciascuno ha ricoperto consapevolmente il suo ruolo, ed ha operato per la promozione del cambiamento.

e impegnandosi in un percorso sperimentale di miglioramento dei luoghi di lavoro, possiamo rilevare come il programma Cantieri abbia concretamente consentito il perseguimento dello sviluppo organizzativo e la valorizzazione dell'individuo, finalmente animato dalla consapevolezza di poter raggiungere un maggior grado di benessere organizzativo solamente partendo dall'ascolto delle istanze dei propri dipendenti.[84]

Si è ritenuto di dovere attribuire una maggiore attenzione nei confronti di azioni che incentivino la predisposizione delle competenze di relazione e di facilitazione all'interno dell'organizzazione, mirando alla qualità della relazione come presupposto centrale per il miglioramento e considerando il valore dell'individuo come risorsa necessaria ed imprescindibile per il futuro sviluppo del sistema delle Pubbliche Amministrazioni.[85]

Gli studi appena descritti hanno così permesso di giungere all'importante determinazione che, oggi, il cittadino deve essere inteso non più come mero fruitore di beni e di servizi, erogati e distribuiti dalle aziende private o dalle Pubbliche Amministrazioni, ma deve divenire il punto focale del sistema, valorizzato e protetto nella propria individualità.[86]

Oggi, pertanto, il cittadino deve dunque essere considerato in modo completamente diverso rispetto al passato e vagliato in uno scenario ad ampio raggio, nel quale non è solo colui che fruisce delle attività e dei servizi garantiti dalle Pubbliche Amministrazioni, ma anche (soprattutto) colui che consente agli altri di fruire, in Italia come in Europa, di determinate prestazioni.[87]

[84] "Come afferma Ugo Cappucci: "L'organizzazione efficiente è quella che consente il massimo utilizzo delle risorse individuali e collettive, e quindi la strada per massimizzare l'efficienza non è quella della regolazione razionale dei compiti e dei ruoli ma quella del miglioramento delle relazioni tra i soggetti attivi nell'ambito dell'organizzazione" tratto da U. Cappucci, *L'organizzazione delle risorse umane.* Quaderni di formazione, Pirelli, n. 31, marzo, 1980.

[85] A. Galgano, *La qualità totale*, Il Sole 24 Ore, 1990.

[86] R. S. Sisodia, D. B. Wolfe, J. N. Sheth, *La ricchezza delle emozioni. Passione e partecipazione nella cultura del profitto,* Casarile (MI), Mondadori, 2007, pp. 77-112.

[87] Università degli Studi di Messina, Direzione Coordinamento di Sviluppo, *Report sull'indagine "Benessere Organizzativo"*, Luglio 2006, http://dircosvi.unime.it/download/RELAZIONE%20Benessere_31AGOSTO06.pdf [17 aprile 2009].

FIORE FONTANAROSA

# Il principio di sussidiarietà: dal diritto tedesco all'Unione Europea

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Il principio di sussidiarietà: origini e distinzioni. - 3. La sussidiarietà nell'ordinamento tedesco. - 4. La sussidiarietà comunitaria. - 5. La sussidiarietà negli ordinamenti nazionali. - 6. Conclusioni.

## 1. *Premessa*

La perdurante attualità del principio di sussidiarietà, l'interesse che (ancora oggi) lo circonda, si spiega con la necessità di risolvere il problema del sempiterno rapporto autorità-libertà: la necessità, cioè, di conciliare (armonizzare) la legittima esigenza di autonomia dei gruppi sociali con la necessità dell'autorità (politica).

Il fondamento concettuale e valoriale del principio di sussidiarietà deve rinvenirsi nella tutela della persona, destinataria finale dei benefici derivanti dalla convivenza, nonché dalla organizzazione politica e sociale: le comunità politiche e sociali debbono infatti aiutare, in modo suppletivo, le comunità minori (e i singoli), pur senza sostituirsi ad esse e senza togliere loro, la possibilità di provvedere autonomamente ai propri bisogni[1].

Invero, la definizione della sussidiarietà sarebbe, per concorde dottrina, difficoltosa, caratterizzata da una eterogenea polisemia[2]: si tratterebbe, infatti, di una formula *double face*[3], di un "Giano bifronte"[4]. La parola "sussidiarietà", probabilmente a causa di una inadeguata riflessione, viene sovente ricollegata ad altre parole chiave, quali autonomia, *deregulation*, privatizzazione[5] e federalismo. In effetti, quando si discorre

[1] P. DE CARLI, *Sussidiarietà e governo economico*, Milano, 2002, p. 3.

[2] L. GRIMALDI, *Il principio di sussidiarietà orizzontale tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Bari, 2006, p. 14 e p. 21.

[3] C. PANZERA, *Il doppio volto della sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2003, p. 849.

[4] P. CARETTI, *Il principio di sussidiarietà e i suoi riflessi sul piano dell'ordinamento comunitario e dell'ordinamento nazionale*, in *Quaderni costituzionali*, 1993, pp. 7 e ss., ora in AA.VV., *Scritti in onore di Alberto Predieri*, Milano, 1996, p. 386.

[5] A. ALBANESE, *Il principio di sussidiarietà orizzontale: autonomia sociale e compiti pubblici*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 57, la quale sottolinea come il frequente richiamo alla sussidiarietà sia proposto quale soluzione a qualsivoglia problema che involge i rapporti tra diversi livelli istituzionali o tra Stato e società, fino a farla divenire una parola magica.

di sussidiarietà, il pensiero corre subito al fenomeno della c.d. decentralizzazione: dunque, per taluni, il decentramento altro non sarebbe se non la trasposizione giuridica del concetto politico della sussidiarietà[6]. In realtà, nonostante (è un dato di fatto) l'istituto della sussidiarietà richiami direttamente in causa la decentralizzazione, i due concetti, pur presentando indubbie assonanze, debbono tuttavia restare distinti[7].

Il termine sussidiarietà si è imposto nel vocabolario delle istituzioni e della politica soprattutto negli ultimi venti anni. In origine, si ritrova il termine *subsidium*, nel lessico militare romano, al fine di indicare le truppe di riserva, cioè quelle che dovevano essere utilizzate solo in caso di necessità[8]: l'etimologia latina rimanda ai concetti di sostegno e di soccorso, ma anche di integrazione e di complementarietà[9].

Nel corso del XX secolo, il principio alimenta dibattiti in Svizzera, Germania, mentre è assente in Francia: l'idea di sussidiarietà sopravvive sostanzialmente nei paesi federalisti, propensi a valorizzare l'autonomia, non solo del singolo, ma anche dei gruppi sociali; discorso diverso, invece, per le organizzazioni politiche caratterizzate dallo "Stato-provvidenza" e per i paesi dell'Europa centrale ed orientale, dominati, fino a poco tempo fa, dallo Stato totalitario[10].

L'idea di sussidiarietà, oggi, ha ripreso piede soprattutto per tre ordini di motivi: il processo in atto di costruzione dell'Europa come entità politica; la crisi in Occidente della concezione del provvidenzialismo dello Stato, a causa del *deficit* di cittadinanza; la caduta del totalitarismo nell'Est europeo, a seguito del crollo dell'Impero sovietico[11]. In particolare, buona parte della dottrina insiste sull'attuale crisi dello Stato moderno, cioè dello Stato-nazione[12] dovuta alle spinte di in-

[6] La tesi è sostenuta da A. Gentilini, *La sussidiarietà appartiene al diritto mite? Alla ricerca di un fondamento giuridico per l'«attrazione in sussidiarietà»*, in *Giur. costit.*, 2008, p. 1612.

[7] La necessità di tenere ben separate le due fattispecie è sottolineata da Aa.Vv., *La distribuzione dei poteri nell'Unione europea. Un'analisi delle implicazioni del principio di sussidiarietà nel processo di integrazione europea*, Bologna, 1995, p. 11.

[8] Così R. Marra, *Significati e aporie della sussidiarietà*, in *Materiali storia cultura giur.*, 2004, p. 245.

[9] L. Grimaldi, *op. cit.*, p. 23.

[10] C. Millon-Delsol, *Il principio di sussidiarietà*, (trad. it. a cura di M. Tringali), Milano, 2003, p. 2. In particolare, secondo M. Panebianco, *Il federalismo euro-nazionale*, in *Jus*, 1999, p. 430, il modello federale è, per sua natura, sistematico e multi-statuale, mentre il modello statual-nazionale non è sistematico e tende a rinchiudersi nell'unità irriducibile dello Stato-Nazione.

[11] C. Millon-Delsol, *op. loc. cit*.

[12] L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, Milano, 2005, p. 1023.

dividui e gruppi che tentano di rinvenire delle forme di accorpamento istituzionali più vicine al proprio sentire etnico, economico o alle affinità territoriali (è il caso degli Stati dell'*ex* Unione sovietica) o più consone alla propria convenienza ad insediarsi in aree maggiormente civilizzate (come nel caso delle recenti migrazioni dal Sud verso l'America del Nord e verso i paesi dell'Europa occidentale)[13]. In proposito, autorevole dottrina sottolinea come tre concetti, quelli di "confine" (territoriale), "cittadinanza" (nazionale) e "sovranità" (normativa), abbiano perso, nell'ambito del processo di integrazione comunitaria, il carattere monista per assumere invece, nella dimensione comunitaria, una doppia valenza: in particolare, la sovranità è oggi "condivisa" per determinati settori e a determinati scopi, in virtù proprio del principio di sussidiarietà, intesa quest'ultima quale principio di differenziazione funzionale delle competenze[14].

Il principio di sussidiarietà cerca di definire, scevro da implicazioni politiche, le cc.dd. libertà d'azione, definendone i limiti e le condizioni di esercizio: «un altro tipo di cittadinanza, di cui abbiamo perso l'abitudine»[15]. Esso svolgerebbe, negli ordinamenti ove è operativo, la funzione di *Rule of Law*, vale a dire di garanzia di legalità dell'azione dell'ente sovraordinato rispetto alle autorità gerarchicamente inferiori[16].

L'idea di sussidiarietà richiama direttamente quella di federalismo, in quanto la sussidiarietà e la proporzionalità trarrebbero linfa vitale dal modello federalista, ove coesistono più livelli di governo e di istituzioni[17]: tale sistema giuridico, tuttavia, secondo autorevole dottrina, frammentando l'unità dello Stato originario, darebbe l'illusione di far esercitare i poteri sovrani alle comunità minori limitandone la portata e la forza in termini di concrete disponibilità di risorse collettive. Quest'ultimo obiettivo sarebbe invece garantito (solo) dalla sussidiarietà, con l'avvertenza che essa operi in stretta sinergia con il principio di solidarietà[18]. In effetti, la dottrina insiste sulla necessità di non slegare il

[13] La constatazione è di C. De Rose, *Il principio di sussidiarietà dal «Quadragesimo» anno all'era della globalizzazione: quale mondo, quale Europa, quale Italia?*, in *Cons. Stato*, 1997, II, p. 80.

[14] L'osservazione è di L. Moccia, *Appunti sull'idea di 'diritto privato multilivello'*, in Aa.Vv., *Il diritto privato regionale alla luce del nuovo titolo V della Costituzione* (a cura di F.P. Traisci), Napoli, 2007, pp. 308 e s.

[15] La citazione è di C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 5.

[16] A. Moscarini, *Competenza e sussidiarietà nel sistema delle fonti. Contributo allo studio dei criteri ordinatori del sistema delle fonti*, Padova, 2003, p. 33.

[17] M. Poto, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità nei sistemi a "vocazione federale". Una comparazione tra modello europeo, tedesco ed italiano*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2363.

[18] Le critiche al sistema federalista sono espresse da F.P. Casavola, *Dal federalismo alla sussidiarietà: le ragioni di un principio*, in *Foro it.*, 1996, V, col. 180.

concetto di sussidiarietà da quello di solidarietà[19]; quest'ultimo principio viene qui richiamato al fine di dissipare dubbi, avanzati da taluni i quali mettevano in guardia dal rischio che, l'utilizzo della clausola di sussidiarietà, potesse portare (addirittura) ad una involuzione della società verso un liberismo estremo, scevro di garanzie sociali[20].

Un altro rischio è stato denunciato da chi, partendo dal presupposto che la sussidiarietà tenda, in linea generale, a riportare l'individuo al centro della società, in quanto destinatario dei benefici della convivenza[21], ipotizza un (possibile) assorbimento dell'individuo (persona) nei livelli intermedi, nonché di quest'ultimi nello Stato, generandosi una confusione tra l'interesse individuale e quello privato; con il rischio, dunque, di degradare l'interesse generale a mero interessi di privati, svincolando, in ultima analisi, gli obiettivi individuali da quelli collettivi[22].

In ogni caso, quando si discute di sussidiarietà è necessario, come peraltro sottolineato dalla dottrina, contestualizzarne la nozione, in quanto l'elevazione a principio richiederebbe importanti valutazioni ermeneutiche, oltreché la (necessaria) individuazione dei valori di fondo sottesi al principio in questione[23].

Ai nostri fini, la sussidiarietà rappresenta un esempio emblematico di circolazione di modello giuridico da un ordinamento ad un altro. Nel caso in esame si tratta di una circolazione "mediata" dall'attività degli organi comunitari; questa si verifica allorquando le istituzioni comunitarie scelgono un modello (o una determinata regola), lo recepiscono, per poi imporlo agli Stati membri: è il caso del principio in parola, circolato attraverso l'opera della legislazione (comunitaria), preso a prestito dall'ordinamento tedesco (c.d. fase ascendente del fenomeno), inserito, con il Trattato di Maastricht nel Trattato CE ed imposto quindi a tutti i paesi comunitari (c.d. fase discendente)[24].

Per finire, occorre sottolineare come il principio di sussidiarietà richiami direttamente in causa lo stesso processo di unificazione del diritto privato. È fuori discussione che tale processo si sia finora svolto a

[19] A. Moscarini, *op. cit*., pp. 31 e s.

[20] Le preoccupazioni erano state espresse da G. Ferrara, *Revisione costituzionale e principio di sussidiarietà: due figurazioni*, in *Nuova fase*, 1997, pp. 61 e ss.; Id, *La revisione costituzionale come figurazione: sussidiarietà, rappresentanza e forma di governo nel progetto della Commissione bicamerale*, in *Politica del diritto*, 1998, pp. 93 e ss.

[21] P. De Carli, *op. loc. cit*.

[22] L. Grimaldi, *op. cit*., p. 31.

[23] V. per tutti, L. Grimaldi, *op. cit*., pp. 31 e s.

[24] M. Poto, *op. cit*, p. 2359.

livello "centrale", cioè comunitario (c.d. "euroattivismo"); tuttavia, la dottrina tedesca si è interrogata su quale soggetto, Comunità o Stati membri, debba "guidare" questo percorso di europeizzazione (*rectius* di comunitarizzazione) del diritto privato[25].

## 2. *Il principio di sussidiarietà: origini e distinzioni*

Comunemente si ritiene che il principio di sussidiarietà, così come oggi risulta formulato, sia la risultante di tre filoni fondamentali: la dottrina sociale della Chiesa cattolica, con l'affermazione della superiorità etica della persona nei confronti dello Stato; il costituzionalismo liberale, particolarmente quello americano, con l'enfasi che pone sul legame necessario tra libertà e potere, per cui l'uomo è libero se può amministrarsi da sé e delega ad altri (solo) i poteri che eccedono le sue capacità; la riflessione e l'elaborazione in materia di federalismo, con il contributo di tradizioni giuridiche diverse (quella inglese e tedesca) come riflessione sulle tecniche di divisione verticale del potere[26].

Il principio di sussidiarietà può essere riguardato sia da un punto di vista filosofico-politico, sia da un punto di vista giuridico[27].

Limitandoci per ora al primo aspetto, la nozione di sussidiarietà, per la quale soltanto ciò che l'individuo non è in grado di compiere adeguatamente da solo può essere affidato ad un livello più alto dell'organizzazione sociale, si manifesta già nella società descritta da Aristotele; una concezione poi ripresa nel Medioevo da S. Tommaso d'Aquino[28], che vi apporta ulteriori giustificazioni; in ogni caso, il principio sarebbe stato formulato per la prima volta dal giurista tedesco Johannes Althusius (1557-1638)[29].

L'elaborazione più compiuta del principio in questione, per concorde dottrina[30], deve però ricercarsi nella dottrina sociale della Chiesa cattolica: esso, dunque, sarebbe (soprattutto) un principio di filosofia sociale[31].

[25] H.W. Micklitz, *Prospettive di un diritto privato europeo: ius commune praeter legem?*, in *Contratto e impr. – Europa*, 1999, pp. 54 e s.

[26] A. D'atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, pp. 14 e ss.; il ragionamento è ripreso sostanzialmente da R. Marra, *op. loc. cit.*

[27] P. Vipiana, *Il principio di sussidiarietà "verticale". Attuazioni e prospettive*, Milano, 2002, p. 1.

[28] P. Vipiana, *op. cit.*, pp. 1 e s.

[29] J. Ziller, *La sussidiarietà come principio del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 295.

[30] V. per tutti, P. Vipiana, *op. cit.*, pp. 2 e s.

[31] F.P. Casavola, *op. cit.*, col. 181.

La prima (esplicita) formulazione del principio si rinviene nell'Enciclica di Pio XI "*Quadragesimo Anno*" del 1931: «siccome è illecito togliere agli individui ciò che essi possono compiere con le forze e l'industria propria per affidarlo alla comunità, così è ingiusto rimettere ad una maggiore e più alta società quello che dalle minori e inferiori comunità si può fare»[32]; «oggetto naturale di qualsiasi intervento della società stessa è quello di aiutare in maniera suppletiva le assemblee del corpo sociale, non già distruggerle ed assorbirle»[33]. Invero «è necessario che l'autorità suprema dello Stato rimetta ad associazioni minori e inferiori il disbrigo degli affari e delle cure di minor momento, dalle quali essa del resto sarebbe più che mai distratta; ed allora essa potrà eseguire con più libertà, con più forza ed efficacia le parti che a lei sola spettano, perché essa sola può compierle: di direzione, cioè di vigilanza, di incitamento, di repressione»[34].

L'elaborazione del principio in questione è il prodotto del tentativo della Chiesa di opporsi alla condanna liberale dei cc.dd. corpi intermedi tra l'individuo e lo Stato[35]. Al fine di fronteggiare la crisi che, nel corso della seconda metà del 1800, l'attanagliava, il Magistero pensò di formulare un neologismo che potesse servire a continuare a sostenere la superiorità assiologia, dunque, normativa, delle società naturali, al cui vertice si collocava (evidentemente) la Chiesa, rispetto alle altre organizzazioni artificiali, *in primis* allo Stato moderno[36]. In definitiva, la Chiesa si trovò quasi "costretta" a teorizzare questo principio generale di filosofia sociale: lo Stato, così come le sue articolazioni interne, sono sussidiarie perché organizzazioni volontarie, artificiali, logicamente e naturalmente secondarie rispetto alle associazioni naturali[37]. La Chiesa cattolica propugnava una dottrina dello Stato sussidiario, sottolineando la crisi di quest'ultimo, in quanto individualista e rappresentativo e criticando la classe dirigente poiché sostenitrice di un accentramento dello Stato che metteva in secondo piano il ruolo svolto dagli enti intermedi, ovvero la famiglia, il comune, la provincia[38].

[32] Lettera Enciclica *Quadragesimo Anno*, Torino, 1991, p. 28.

[33] *Op. loc. cit.*

[34] *Op. loc. cit.*

[35] I. Massa Pinto, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Napoli, 2003, p. 4.

[36] I. Massa Pinto, *op. cit.*, pp. 6 e ss., secondo la quale in un periodo storico caratterizzato dall'attuazione (messa in pratica) dei principi ereditati dalla Rivoluzione francese, la Chiesa avvertì la necessità di formalizzare un principio *ad hoc* che riassumesse la concezione che vedeva la società come corrispondente ad un ordine naturale superiore.

[37] I. Massa Pinto, *op. cit.*, p. 10.

[38] I. Massa Pinto, *op. cit.*, p. 15.

Il principio di sussidiarietà, che papa Ratti chiama "principio importantissimo nella filosofia sociale"[39], viene poi sostanzialmente confermato e ribadito da due Encicliche di Giovanni XXIII: la "*Mater et magistra*" (1961), la "*Pacem in terris*" (1963). Secondo la prima, l'azione dei pubblici poteri «che ha carattere di orientamento, di stimolo, di coordinamento, di supplenza e di integrazione, deve ispirarsi al principio di sussidiarietà»; la seconda, invece, afferma l'operatività del principio in ambito sovranazionale: «Come i rapporti tra individui, famiglie, corpi intermedi, e i Poteri pubblici delle rispettive Comunità politiche, nell'interno delle medesime, vanno regolati secondo il principio di sussidiarietà, così nella luce dello stesso principio vanno regolati pure i rapporti fra i poteri pubblici delle singole Comunità politiche e i poteri pubblici della Comunità mondiale». Infine, il "principio della funzione sussidiaria" è stato confermato dall'enciclica di Giovanni Paolo II "*Centesimus Annus*" (1991): «Disfunzioni e difetti dello Stato assistenziale derivano da un'inadeguata comprensione dei compiti propri dello Stato. Anche in questo ambito deve essere rispettato il principio di sussidiarietà: una società di ordine superiore non deve interferire nella vita interna di una società di ordine inferiore, privandola delle sue competenze, ma deve piuttosto sostenerla in caso di necessità ed aiutarla a coordinare la sua azione con quella delle altre componenti sociali, in vista del bene comune».

In definitiva, il principio di sussidiarietà avrebbe la funzione di aiutare i governi nel trovare un punto d'equilibrio, sempre da ridefinire, poiché le società e i bisogni cambiano di continuo: la dottrina sociale, dunque, non esclude l'intervento statale, ma solo allorquando ne venga dimostrata l'assoluta necessità[40]. In realtà, vi è chi ritiene che la dottrina sociale, valorizzando in modo indebito i gruppi sociali, indispensabili per concretizzare il suo pensiero, si sia esposta al rischio di sfociare nel c.d. corporativismo, il che parrebbe essere avvenuto con l'elevazione del principio di sussidiarietà a sistema, finendo così col snaturarlo. Invero, secondo l'ideologia corporativistica, l'individuo non può nulla senza le comunità di appartenenza: non vi sarebbe libertà individuale[41].

Sempre rimanendo nell'ambito della dottrina sociale della Chiesa, si è pure sottolineato come il principio in questione, in molti documenti, sia stato messo in stretto collegamento con il principio di solidarietà in quanto entrambi i principi cooperano al fine di garantire la tutela della

[39] La precisazione è di P. De Carli, *op. cit.*, p. 11.
[40] C. Millon-Delsol, *op. cit.*, p. 23.
[41] La critica al corporativismo è espressa con fermezza da C. Millon-Delsol, *op. loc. cit.*

dignità della persona umana[42]; si tratta di un collegamento operato, peraltro, dalla stessa dottrina moderna, segnatamente da quella comunitaria.

Prima di passare ad esaminare l'ordinamento giuridico tedesco, ove il principio di sussidiarietà risulta maggiormente operante, è necessario dar conto della partizione fondamentale in materia. Infatti, il principio in questione può operare in due direzioni, a seconda dei rapporti cui viene applicato. Esso opera in senso orizzontale, allorquando si applichi ai rapporti tra i singoli individui (o formazioni sociali espressi da questi) ed i pubblici poteri, vale a dire tra società ed istituzioni, con lo scopo di delimitare le competenze incidenti nella sfera privata e quelle proprie delle autorità pubbliche[43]. In senso verticale, invece, il principio si applica ai rapporti tra pubblici poteri (intesi quali enti pubblici territoriali) situati a diversi livelli, al fine di delimitare le competenze spettanti ai vari livelli istituzionali[44].

In particolare, nel primo caso viene in rilievo il ruolo svolto dalle autonomie funzionali, che rappresentano una delle esplicazioni della sussidiarietà orizzontale: una proiezione dell'essenziale funzione delle comunità intermedie nelle quali si sviluppa la personalità dell'uomo (art. 2 Cost.)[45]. L'ambito di operatività del principio in senso orizzontale possiede un'indubbia priorità logica[46], poiché la sussidiarietà prima di potersi esplicare nel rapporto tra i diversi livelli dei pubblici poteri si sostanzia nella relazione tra quest'ultimi, complessivamente considerati e gli individui. Si rammenti, inoltre, che il principio è stato originariamente formulato proprio riguardo ai rapporti tra gli individui (ed organismi sociali) da un lato ed i soggetti pubblici[47], dall'altro.

Altra distinzione operata da una parte della dottrina è quella fra sussidiarietà positiva, nei casi in cui questa comporti un obbligo per i livelli superiori di agire (ove necessario) e sussidiarietà negativa, nel caso in cui essa preveda solo un divieto di intromissione (eccessiva) in capo ai livelli superiori[48].

[42] L'osservazione è di P. De Carli, *op. cit.*, p. 13.

[43] P. Vipiana, *op. cit.*, p. 6.

[44] P. Vipiana, *op. loc. cit.*

[45] A. Poggi, *Le autonomie funzionali «tra» sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano, 2001, pp. 67 e s.

[46] G. Pastori, *I decreti di attuazione della legge "Bassanini" e la sussidiarietà orizzontale*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto* (a cura di A. Rinella-L. Coen-R. Scarciglia), Padova, 1999, p. 170.

[47] P. Vipiana, *op. loc. cit.*

[48] G. D'agnolo, *La sussidiarietà nell'Unione europea*, Padova, 1998, p. 5.

### 3. *La sussidiarietà nell'ordinamento tedesco*

Svolte queste importanti distinzioni, si può passare ad analizzare il sistema giuridico tedesco, ove maggiormente ha attecchito la clausola di sussidiarietà; l'analisi di tale ordinamento rileva, ai nostri fini, sia per il rilevante ruolo svolto dalla Germania nel processo costituente europeo, sia per la spinta politica, particolarmente dei *Länder*, ai fini dell'inserimento nel Trattato di Maastricht della clausola di sussidiarietà[49]. In proposito, taluni Autori ritengono, al di là dell'introduzione della clausola di sussidiarietà, che l'influenza della Repubblica federale tedesca nel processo costituente comunitario sia stata in ogni caso fortissima[50].

In Germania, il *Bonner Grundgesetz* (Legge fondamentale di Bonn, abbr. GG; correntemente Costituzione tedesca) del 1949 definisce all'art. 20, comma 1, la Germania come uno Stato federale: oggi lo Stato tedesco, c.d. *Bund*, è costituito da *Länder*, ciascuno dei quali si articola poi in Comuni (*Gemeinden*)[51].

Il principio di sussidiarietà è stato espressamente sancito dall'art. 23 GG, secondo il quale la Germania «collabora allo sviluppo dell'Unione Europea che deve osservare» alcuni principi (quali quello democratico, quello dello Stato di diritto, sociale e federativo), fra i quali "il principio di sussidiarietà". Si rammenti che l'art. 23, abrogato dal Trattato di unificazione tedesca del 1990 (31 agosto), è stato riformulato *ex novo* dalla legge di revisione costituzionale del 21 dicembre 1992 in vista della ratifica del Trattato di Maastricht. In proposito, si può osservare fin d'ora, ma il discorso sarà ripreso successivamente, come gli altri paesi (membri) si siano "limitati" a prevedere nei propri testi costituzionali, delle clausole di trasferimento della sovranità verso le istituzioni sovranazionali: è il caso dell'Italia o semplici clausole di raccordo con l'Unione europea (Spagna ed Olanda)[52].

In realtà, la dottrina tedesca più attenta fa osservare come la formulazione della clausola di sussidiarietà compaia, non quale principio posto in essere in funzione dell'intima struttura della Repubblica federale tedesca, bensì quale principio il cui rispetto la Costituzione attende

[49] A. Moscarini, *op. cit.*, p. 36.

[50] Cfr. N. Emiliou, *Subsidiarity: An Effective Barrier Against "the Enterprises of Ambition*, in *European Law Review*, 1992, p. 388; M. Wilke-H. Wallace, *Subsidiarity: Approaches to power-sharing in the European Community, discussion paper n. 27* del *Royal Institute of internationals affairs*, 1990, p. 16; A. Scott-J. Peterson-D. Millar, *Subsidiarity: A "Europe of the regions" v. the British Constitution*, in *Journal of Common Market Studies*, 1994, p. 47.

[51] P. Vipiana, *op. cit.*, p. 108.

[52] A. Moscarini, *op. cit.*, pp. 36 e s.

dall'Unione europea[53]. A prescindere dalla statuizione contenuta nell'articolo citato ove, come si è detto, il principio in questione è considerato più con riguardo all'Unione europea che all'ordinamento interno, manca nel *Grundgesetz* un'esplicita menzione del principio: da qui l'idea, sostenuta da una parte della dottrina, che la sussidiarietà non avrebbe rilievo costituzionale, mentre altri Autori sostengono la valenza, sia pur implicita del principio[54].

In ogni caso, la dottrina concorda nel ritenere che il principio traspaia quantomeno da talune norme costituzionali, precisamente dagli artt. 2, 6, 9, 28, 30 GG, dettati in materia di individui, famiglie, associazioni, Comuni e *Länder*[55]. In particolare, viene in rilievo l'art. 30 GG, secondo il quale, in generale, l'esercizio delle competenze statali e l'adempimento dei compiti statali spettano ai *Länder*, ove la Legge fondamentale non disponga o preveda una diversa disciplina: ebbene, proprio questa presunzione di competenza in favore dei *Länder* costituirebbe un'esplicazione del principio di sussidiarietà[56].

In merito alla funzione legislativa, che è quella che ci interessa più da vicino, l'art. 70, comma 1, GG, stabilisce che i *Länder* hanno il diritto di legiferare nella misura in cui la Legge fondamentale non riservi al *Bund* le competenze legislative: tale previsione legislativa sarebbe (come quella precedentemente menzionata) espressione del principio di sussidiarietà, che si esplicherebbe, dunque, nella sua valenza negativa.

In realtà, nella sua formulazione originaria l'art. 72, comma 2, GG, stabiliva che in materia di competenza legislativa concorrente il *Bund* potesse legiferare solo ove si rivelasse necessaria una disciplina federale: da ciò si deduce che, ove non ricorresse tale necessità, la competenza legislativa spettasse ai *Länder*, il che risulta conforme al principio di sussidiarietà, in forza del quale fra due livelli di governo deve intervenire quello inferiore se è in grado di agire efficacemente[57]. Il *Bund* possedeva il potere di legiferare in tre casi: ove una questione non potesse essere efficacemente disciplinata dalla legislazione dei singoli *Länder*; ove la disciplina di una questione mediante una legge del *Land* potesse

[53] La puntuale lettura dell'art. 23 GG è operata da V. Götz-M. Hecker, *Il principio di sussidiarietà nel diritto costituzionale tedesco con particolare riferimento alla sua dimensione federale*, in Aa.Vv., *Sussidiarietà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., p. 47.

[54] La disputa teorica sulla valenza costituzionale o meno del principio *de quo* è ben riassunta da P. Vipiana, *op. cit.*, pp. 111 e s.

[55] V. per tutti, P. Vipiana, *op. loc. cit.*

[56] P. Vipiana, *op. cit.*, p. 115.

[57] P. Vipiana, *op. cit.*, p. 117.

pregiudicare gli interessi degli altri *Länder* o della collettività; infine, ove richiesto dalla tutela dell'unità giuridica o economica dello Stato, in particolare dalla tutela dell'uniformità delle condizioni di vita e prescindendo dai confini territoriali di ogni singolo *Land*. Tale enunciazione esprimeva la c.d. *Bedürfnisklausel* o "clausola di necessità"[58].

In ogni caso, il *Grundgesetz* precisa come, mentre nelle materie di competenza esclusiva del *Bund* (elencate nell'art. 73), i *Länder* hanno competenza legislativa fino a quando e nella misura in cui vi siano espressamente autorizzati da una legge federale (art. 71), nelle materie di legislazione concorrente (elencate nell'art. 74) i *Länder* sono dotati di competenza legislativa solo quando e nella misura in cui il *Bund* non abbia già legiferato (art. 72, comma 1 GG). Sempre l'art. 72 (comma 2) prevede che, nell'ambito della legislazione concorrente, il *Bund* «ha il potere di legiferare quando e nella misura in cui la creazione di condizioni di vita equivalenti nel territorio federale o la tutela dell'unità giuridica o economica nell'interesse generale renda necessaria una disciplina legislativa federale: tale disposto contiene la c.d. *Erforderlichkeitsklausel* o "clausola di necessarietà"[59]. A titolo di esempio, il diritto privato rientra tra le materie oggetto di competenza concorrente (del *Bund* e del *Länder*).

In ogni caso, il Tribunale costituzionale federale ha evitato di pronunciarsi sulla clausola di bisogno individuando, piuttosto, un'area grigia, c.d. cuscinetto, nella quale gli interventi delle due parti sono disciplinate dal c.d. "principio del buon comportamento federale" (*Bundesfreundliches Verhalten*)[60]. Nell'applicare la c.d. clausola di bisogno, il Tribunale ha tentato di garantire la discrezionalità politica del legislatore federale, giustificando, dunque, le "intromissioni" del *Bund* nella sfera di competenza dei *Länder* e motivando il tutto con l'insindacabilità della scelta politica del legislatore centrale in merito alla sussistenza delle condizioni di bisogno richieste dall'art. 72 GG[61].

## 4. *La sussidiarietà comunitaria*

L'introduzione, a livello comunitario, del principio di sussidiarietà sembra essere il frutto di un difficile compromesso politico volto a con-

[58] P. Vipiana, *op. loc. cit.*
[59] P. Vipiana, *op. cit.*, p. 119.
[60] A. Moscarini, *op. cit.*, p. 41.
[61] BverfGE 13, 230, 233 f; BverfGE 2, 213, 224; BverfGE 33, 224, 229.

trobilanciare interessi comunitari ed esigenze nazionali. Buona parte della dottrina, in effetti, concorda nel ritenere che il principio sia stato introdotto quale contropartita dell'allargamento delle funzioni dell'Unione europea[62]. Nonostante non possa essere sottaciuto il ruolo che hanno rivestito i *Länder* ai fini dell'adozione del principio in parola, la formulazione dello stesso, nel Trattato di Maastricht, si deve particolarmente all'opera del governo britannico[63]; l'introduzione della clausola si deve anche, però, alla volontà degli Stati membri di andare avanti nel processo di costruzione comunitaria, superando sia le resistenze dei *Länder* tedeschi che dell'Inghilterra[64]. In realtà, già qualche anno addietro, il Progetto di Trattato sull'Unione europea, elaborato dal Parlamento europeo (c.d. Progetto Spinelli, dal nome dell'europarlamentare che lo sostenne strenuamente) non superò il processo di ratifica, a causa dell'opposizione proprio dell'Inghilterra, la quale temeva che l'introduzione della clausola di sussidiarietà potesse dar vita ad un forte processo accentratore[65]. La dottrina più attente sottolinea come, a favore dell'introduzione del principio in esame, giocò la stessa ambivalenza del termine[66]: tale circostanza fu infatti determinante ai fini del raggiungimento dell'accordo finale, poiché avrebbe permesso la firma contestuale «di soggetti con riserve mentali opposte»[67].

In merito ai pregi di cui sarebbe dotata la clausola di sussidiarietà, i sostenitori del principio in questione, ne mettono subito in rilievo la sua natura elastica[68], l'essere un dispositivo dinamico[69] che, nella realtà

[62] S. Cassese, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea,* in Aa.Vv., *Sussidiarietà e pubblica a amministrazione* (a cura di F. Roversi Monaco), Atti del Convegno per il 40° anno della Spisa, Bologna, 25-26 settembre 1995, Rimini, 1997, p. 76.

[63] J. Ziller, *op. cit*., p. 294, secondo cui la verbalizzazione del principio non si riferirebbe ad alcuna esperienza giuridica concreta (reale) degli Stati membri al momento della stipula del Trattato.

[64] F. Pizzetti, *Il principio di sussidiarietà tra retorica e realtà*, in *Non profit*, 2001, p. 268, ora in *Il principio di sussidiarietà nell'Unione europea e in Italia tra retorica e realtà: il rispetto del cittadino di fronte alle nuove esigenze di democrazia*, in Aa.Vv., *Le trasformazioni dello Stato regionale italiano* (a cura di V. Angiolini - L. Violini - N. Zanon), Milano, 2002, p. 182.

[65] G. D'agnolo, *op. cit*., pp. 43 e ss., spec. p. 48.

[66] L'ambivalenza del termine sussidiarietà è rilevata, tra gli altri, da P. Caretti, *op. loc. cit*.

[67] R. Marra, *op. cit*., p. 246. Per una definizione di sussidiarietà (segnatamente di quella verticale), ci si deve rivolgere all'art. 4 della Carta europea delle autonomie locali, ratificata dall'Italia con l. 30 dicembre 1989, n. 439: la sussidiarietà verticale comporta che le responsabilità pubbliche spettano alle autorità più vicine ai cittadini, dunque agli enti locali

[68] C. Panzera, *op. loc. cit*.

[69] L.P. Vanoni, *Fra Stato e Unione europea: il principio di sussidiarietà sotto esame della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, p. 1464.

giuridica, può giocare a favore del decentramento, ma anche dell'accentramento, in base a valutazioni, peraltro difficilmente sindacabili, di adeguatezza dell'esercizio di una funzione all'uno o all'altro livello[70].

Nel Trattato di Maastricht, il principio di sussidiarietà statuisce che «nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio di sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati» (art. 5, *ex* art. 3B).

Il principio di sussidiarietà è stato ripreso dal Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007 dai *leaders* dell'Unione europea, mettendo fine, tra l'altro, a diversi anni di negoziati sulla riforma istituzionale. In particolare, il Trattato di Lisbona modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato che istituisce la Comunità europea, attualmente in vigore, senza tuttavia sostituirli: quest'ultimo assume il nome di Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). Il nuovo Trattato dota l'Unione del quadro giuridico e degli strumenti necessari per far fronte alle sfide del futuro e rispondere alle aspettative dei cittadini.

Secondo l'art. 5, comma 3 TUE (*ex* art. 5 del TCE) «In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione». Il Trattato di Lisbona introduce un'importante novità in materia di sussidiarietà poiché, per la prima volta, vengono esplicitate quali sono le materie di competenza esclusiva e quelle concorrenti (art. 4, comma 2, Tit. 1), ponendo così fine alle forti critiche che erano state in passato espresse in merito all'assenza, nel Trattato, di una norma che indicasse in modo esplicito l'elenco delle materie esclusive e concorrenti[71]. La stessa dottrina statunitense, che si è interessata della sussidiarietà comunitaria, aveva posto in luce come «The problem here is that no distinction is made in the EC Treaty between exclusive and concurrent competences»[72]. Senza contare che la di-

Sul punto cfr. A. D'ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella Costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1997, p. 610, secondo il quale le norme che fanno applicazione del principio trovano espressione in due tipi di dispositivi: quelli dinamici e quelli statici.

[70] E. DE MARCO, *Sussidiarietà e autonomia nell'attuale quadro normativo costituzionale*, in AA.VV., *Problemi attuali della "sussidiarietà"* (a cura di E. DE MARCO), Milano, 2005, p. 11.

[71] G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità europea*, Padova, 2008, pp. 66 e s., nt. 21.

[72] A. ESTELLA, *The EU Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, 2002, p. 90.

stinzione tra competenze esclusive (o di attribuzione) e competenze concorrenti (o ripartite), era stata considerata una distinzione poco più che formale, essendo le competenze esclusive destinate ad espandersi in seguito all'esercizio concreto della Comunità europea[73].

Ora, le competenze, delimitate sulla base del principio di attribuzione e dei suoi correttivi, si distinguono in: esclusive; concorrenti; di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri; la distinzione fra tali competenze, nonché la loro identificazione, è contenuta negli artt. da 2 a 6 del TFUE.

Nei settori ove l'UE ha competenza esclusiva, solo essa può adottare atti giuridicamente vincolanti; i settori interessati sono: unione doganale; regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; politica monetaria per gli Stati membri che hanno adottato l'euro; conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; politica commerciale comune[74].

Nei settori di competenza concorrente, sia l'UE che gli Stati (membri) possono adottare atti giuridicamente vincolanti, con la precisazione che gli Stati non possono più esercitare le loro competenze nel caso in cui l'UE abbia già esercitato le proprie. I settori richiamati sono: mercato interno; politica sociale; coesione economica, sociale e territoriale; agricoltura e pesca[75]; ambiente; protezione dei consumatori; trasporti; reti transeuropee; energia; spazio di libertà, sicurezza e giustizia; problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica[76].

Da ultimo, nei settori ove l'UE esercita solo una competenza di sostegno, coordinamento o completamento dell'azione degli Stati membri, essa non può sostituirsi a quest'ultimi; l'attività deve inoltre riguardare una "finalità europea", dunque non una dimensione esclusivamente nazionale. I settori chiamati in causa sono: tutela e miglioramento della salute umana; industria; cultura; turismo; istruzione, formazione professionale, gioventù e sport, protezione civile; cooperazione amministrativa[77].

Quando si discorre di sussidiarietà, occorre precisare che nell'ordinamento comunitario, il principio in questione è strettamente collegato ai principi di proporzionalità e di necessità. Tale imposta-

[73] A. Moscarini, *op. cit.*, p. 47.

[74] Art. 3, n. 1, TFUE.

[75] Fa eccezione la conservazione delle risorse biologiche del mare, che rientra tra le competenze esclusive.

[76] Art. 4, n. 2, TFUE.

[77] Art. 6 TFUE.

zione è stata accolta in un Protocollo allegato al Trattato che istituisce la Comunità europea. Secondo tale Protocollo, la Commissione deve presentare al Consiglio europeo ed al Parlamento, una relazione annuale dedicata principalmente all'applicazione del principio di sussidiarietà[78].

Dopo aver delineato il riparto di competenze, così come risulta dal Trattato di Lisbona, si può passare ad analizzare la qualificazione giuridica del principio in esame. In particolare, una parte della dottrina ritiene che la clausola di sussidiarietà comunitaria sia stata concepita quale regola sull'esercizio delle competenze esistenti[79]; secondo altri Autori, invece, si tratterebbe di un principio generale di riparto delle competenze[80]. La discussione è resa maggiormente difficoltosa dalla mancanza, nell'art. 3 B del TCE, di una (espressa) definizione del principio di sussidiarietà: in pratica, è lo stesso principio che ne costituisce la *ratio* ispiratrice[81].

Si rammenti che il principio di sussidiarietà introdotto dal Trattato di Maastricht non esaurisce i meccanismi attraverso i quali opera il principio: in proposito, si fa l'esempio dell'art. A, comma 2, Trattato di Maastricht (ora art. 1, comma 2, TUE), a tenore del quale il Trattato persegue, tra gli altri, l'obiettivo di creare un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa «in cui tutte le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini»; ebbene, il Preambolo del Trattato stesso chiarisce che questo modello è conforme al principio di sussidiarietà[82].

Il principio in questione avrebbe permesso di garantire che l'esercizio delle funzioni fosse avvenuto nell'esclusivo interesse del cittadino considerato, quindi, come il fondamento essenziale di qualsivoglia intervento[83]. La giustificazione del principio di sussidiarietà è stata rinvenuta, dunque, nella volontà (comunitaria) di creare una unione di popoli ove le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini; "vicinanza" peraltro intesa non (solo) in senso spazio-ter-

[78] P. Bilancia, *Il carattere bifronte del principio di sussidiarietà*, in Aa.Vv., *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, cit., pp. 76 e s.

[79] R. Hofmann, *Il principio di sussidiarietà. L'attuale significato nel diritto costituzionale tedesco ed il possibile ruolo nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1993, p. 36.

[80] L.P. Vanoni, *op. cit.*, pp. 1464 e s.

[81] C. De Rose, *op. cit.*, p. 83.

[82] A. D'atena, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, cit., p. 20.

[83] F. Pizzetti, *op. cit.*, p. 269.

ritoriale, cioè quale vicinanza del "livello di governo" ai cittadini[84]. Invero, dall'analisi della letteratura giuridica in materia, si deduce, piuttosto, che "la decisione adottata il più vicino possibile ai cittadini" coincida con quella del singolo Stato membro, perché più prossimo al cittadino; in realtà, la decisione deve essere presa secondo le modalità e con i contenuti più idonei a rispettare la libertà dei cittadini, nonché a garantire la loro piena capacità di autodeterminazione e di realizzazione[85].

Detto ciò, si può passare ad analizzare la giuridicità della clausola di sussidiarietà. Si disquisisce, particolarmente in dottrina, in merito al valore giuridico, in aggiunta a quello etico-politico, del principio in esame. Alcuni Autori ritengono che questo non abbia valore giuridico, bensì solo etico; altri, al contrario, sostengono la piena giuridicità del principio *de quo*[86]. Buona parte della dottrina considera il principio di sussidiarietà in termini di idea politica, di criterio di politica legislativa[87], piuttosto che in termini di (effettivo) criterio d'azione: la filosofia politica, sottesa al principio in questione, dunque, sarebbe difficile da concretizzare (mettere in pratica) in assenza di ulteriori chiarificazioni[88]. Non manca chi, infine, sposta il tema della discussione inquadrandolo in quello, più ampio, delle norme di principio le quali sarebbero dotate delle caratteristiche di elasticità ed indeterminatezza, finendo quest'ultime, inevitabilmente, nella loro applicazione concreta, coll'involgere valutazioni di natura squisitamente metagiuridica[89].

Quest'ultimo problema richiama direttamente in causa la possibilità di operare un controllo giurisdizionale sull'applicazione del principio: la natura squisitamente politica dell'apprezzamento operato dalla

[84] F. Pizzetti, *op. cit.*, p. 278. Sul punto cfr. G. D'agnolo, *op. cit.*, pp. 2 e s., il quale osserva che, nel rapporto tra due centri, quello più lontano dai cittadini è anche gerarchicamente sovraordinato all'altro: si pensi ai paesi, federali o meno che siano, nei quali i centri di potere sono organizzati in una struttura tendenzialmente piramidale; invero, nel caso della sussidiarietà comunitaria, poiché le istituzioni, comunitarie e nazionali, sono dotate di pari grado di "rappresentatività", le prime sono indubbiamente più lontane delle seconde rispetto ai cittadini, pur mancando, tra le stesse, un rapporto gerarchico.

[85] L'importante precisazione è di F. Pizzetti, *op. cit.*, pp. 278 e s. e pp. 280 e s., il quale svaluta di significato la stessa distinzione tra la sussidiarietà orizzontale e quella verticale.

[86] Tra questi, v. E. TOSATO, *Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale*, in *Nuova Antologia*, vol. CDLXXVI, 1959, pp. 451-462, ora in *Persona, società intermedie e Stato*, Milano, 1989, pp. 85-101, che afferma la piena giuridicità del principio *de quo*, prendendo spunto dal dibattito apertosi nella letteratura tedesca.

[87] R. Bin, *I decreti di attuazione della legge "Bassanini" e la sussidiarietà verticale*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., p. 185.

[88] Aa.Vv., *op. cit.*, p. 33.

[89] L. Grimaldi, *op. cit.*, p. 43.

Comunità in merito alla necessità dell'intervento comunitario, segnatamente la maggior efficacia di quest'ultimo rispetto all'azione (individuale) degli Stati membri, escluderebbe, ad avviso di taluni, la possibilità di un sindacato giurisdizionale[90]. In realtà, il problema della giustiziabilità del principio è dovuta particolarmente alla natura dinamica dello stesso[91]: il principio di sussidiarietà, esprimendo in forma sintetica una determinazione del legislatore fa nascere importanti problemi di natura interpretativa[92], anche se la collocazione dell'art. 3B (ora art. 5 TCE) nella prima parte del Trattato, comprendente principi giustiziabili e l'orientamento assunto in merito dalla Corte di Giustizia, non dovrebbero più lasciare adito a dubbi, quantomeno in ordine alla possibilità di operare un sindacato giurisdizionale[93]. Il problema del controllo giurisdizionale sull'operatività del principio in questione, peraltro, è comune all'ordinamento giuridico tedesco, piuttosto che al nostro ordinamento giuridico, in materia di riparto di competenza tra Stato e Regioni[94].

Dopo aver analizzato l'operatività del principio in Germania e in ambito comunitario, è possibile operare un raffronto tra le due forme di sussidiarietà. Innanzitutto, si può osservare come esse si siano reciprocamente influenzate: il principio di sussidiarietà tedesco, quello contenuto nell'art. 72, comma 2, GG (testo originario), è stato preso in prestito dal legislatore comunitario ed inserito nell'art. 3B, par. 2, Trattato CEE, introdotto dal Trattato di Maastricht (7 febbraio 1992; ora art. 5 del testo rinumerato). La circolazione del modello di sussidiarietà si è svolta non (soltanto) in senso "unidirezionale", bensì "bidirezionale", poiché proprio l'introduzione a livello comunitario del principio in esame ha determinato la riformulazione della clausola di sussidiarietà tedesca (nel 1992), cioè dell'art. 23 GG, oltre ad aver influenzato la modifica (avvenuta nel 1994) del comma 2, dell'art. 72 GG, in un senso più conforme al principio di sussidiarietà, di cui si è dato conto dianzi. La dottrina tedesca parla, in proposito, di «un caso atipico di fecondazione reciproca e di irraggiamento (*rayonnement*) in ambiti che superano di gran lunga

[90] A. Moscarini, *op. cit.*, p. 86.

[91] A. D'atena, *op. ult. cit.*, p. 21.

[92] Le difficoltà interpretative della clausola di sussidiarietà son ben messe in evidenza da V. Italia, *Prime considerazioni sul principio di sussidiarietà nella sua collocazione nella gerarchia delle norme e sulla sua interpretazione*, in Aa.Vv., *Problemi attuali della "sussidiarietà"*, cit., p. 20, il quale, con riferimento all'ordinamento italiano, ritiene che il principio, poiché non è stato ancora sviluppato in disposizioni normative dipendenti dallo stesso, debba essere interpretato tenendo in considerazione l'intenzione del legislatore.

[93] A. D'atena, *op. loc. ult. cit.*.

[94] A. Moscarini, *op. loc. cit.*

le competenze della Comunità e dell'Unione»[95]. Sempre per tale dottrina, si tratterebbe di un principio atipico, poiché l'elevazione a principio comunitario sarebbe dovuta (principalmente) all'opera della politica (pur se nella funzione di legislatori o di costituenti), a dispetto del principio di proporzionalità, che avrebbe avuto una circolazione mediata dalla giurisprudenza[96].

Il risultato ultimo di questa interazione sarebbe stato, secondo talune voci, una svalutazione della sussidiarietà tedesca, ad opera della sussidiarietà comunitaria: in breve la norma comunitaria che disciplina la sussidiarietà, assumendo il valore di norma sulla competenza delle competenze nel rapporto tra *Bund* e *Länder*, avrebbe determinato una sostanziale inapplicabilità del principio nell'ordinamento tedesco[97]. In realtà, è pur da considerare che la perdita di competenze da parte dei *Länder*, a causa dell'aumento dei poteri dell'Unione europea, è compensata dall'incremento dei diritti di partecipazione degli stessi *Länder* alla politica comunitaria[98]; dunque, tale compensazione «corrisponde ad un'applicazione conseguente del principio di sussidiarietà anche nell'ordinamento interno»[99].

Tuttavia, non può sottacersi come, nonostante la presenza di garanzie costituzionali, volte a tutelare i *Länder*, si riscontri, storicamente, un forte processo di centralizzazione, pur non assumendo le dimensioni del suo "corrispondente" statunitense grazie, verosimilmente, all'attività della Corte Costituzionale, nonché alla nascita del c.d. "federalismo cooperativo"[100].

Il principio politico sotteso a quest'ultimo, si esprime nel coordinamento "contrattato" fra i diversi livelli di potere in merito all'esercizio delle rispettive competenze: tale coordinamento si è espresso mediante le agenzie comuni tra *Länder*, oppure tra questi e il Governo federale, nonché mediante l'influenza politica dei *Länder* nel processo di formazione delle leggi federali coinvolgenti gli interessi di quest'ultimi[101].

[95] J. Ziller, *op. loc. cit.*

[96] J. Ziller, *op. loc. cit.*

[97] G. Schmidt, *Die neue Subsidiaritätsprinzipregelung des Art. 72 GG in der deutschen und europäischen Wirtschaftsverfassung*, in *DÖV*, 1995, p. 667.

[98] P. Vipiana, *op. cit.*, pp. 131 e s.

[99] Così J. Woelk, *Quale futuro per il federalismo tedesco? Sviluppi istituzionali in Germania nell'ultimo decennio*, in *Le Istituz. del Feder.*, 2000, p. 267.

[100] G. D'agnolo, *op. cit.*, p. 24.

[101] G. D'agnolo, *op. cit.*, pp. 24 e s.

## 5. *La sussidiarietà negli ordinamenti nazionali*

La sussidiarietà comunitaria, intesa quale criterio regolatore di competenze tra Comunità e Stati membri, ha determinato taluni Stati ad adeguare la propria struttura costituzionale, al fine di renderla funzionale al processo di integrazione comunitaria, finendo con l'assumere, quest'ultimi, il modello di competenze concorrenti di cui all'art. 3B (ora art. 5 TCE) nell'ambito della forma di governo interna[102].

Il principio di sussidiarietà, dopo essere stato introdotto a livello comunitario, è stato ripreso da un numero crescente di ordinamenti nazionali. Molti paesi, infatti, hanno optato per l'introduzione, nel sistema delle fonti, del principio, normalmente a livello costituzionale[103], nonostante la costituzionalizzazione del principio presenti notevoli problemi, in ragione della difficoltà di formulare una sua precisa enunciazione giuridica[104].

In ogni caso, l'influenza che la sussidiarietà comunitaria ha esercitato su alcuni dei paesi membri dell'UE, particolarmente l'Italia e la Francia, non deve far pensare ad una trasposizione, più o meno integrale del principio, sia dal punto di vista del merito, che dal punto di vista strettamente procedurale[105]. Detto ciò si può passare ad esaminare l'operatività del principio nei paesi membri, concludendo con l'analisi di un paese extracomunitario, quale gli Stati Uniti d'America, paese tipicamente di *common law*, caratterizzato da una tradizione federalista.

### *a) L'Italia*

In Italia, la sussidiarietà, almeno come recepita dalla normativa costituzionale, attiene essenzialmente alle funzioni amministrative, piuttosto che a quelle legislative[106]. La consacrazione del principio si ha con la c.d. prima legge Bassanini (l. 15 marzo 1997, n. 59), seguita dal d.lgs.

[102] A. Moscarini, *op. cit.*, p. 44.

[103] G.F. Ferrari, *Federalismo, regionalismo e decentramento del potere in una prospettiva comparata*, in *Regioni*, 2006, p. 631, il quale sottolinea il rischio di mettere in crisi, così facendo, il sistema delle fonti, tale da rendere necessario un profondo ripensamento del suo assetto.

[104] Le difficoltà a tradurre il principio *de quo* nel diritto positivo sono ben espresse e motivate da A. Rinella, *Il principio di sussidiarietà: definizioni, comparazioni e modello d'analisi*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., pp. 27 e ss., secondo il quale la sussidiarietà è "ribelle" ad una sua trasposizione in norma giuridica.

[105] L'importante precisazione in merito è di J. Ziller, *op. cit.*, p. 296, che si affretta a sgombrare il campo da possibili equivoci in merito al rapporto tra la sussidiarietà comunitaria e quella degli ordinamenti nazionali.

[106] L'interpretazione del dettato costituzionale in materia di sussidiarietà è di E. De Marco, *op. cit.*, p. 8.

31 marzo 1998, n. 112, di attuazione[107]. La costituzionalizzazione del principio avviene, però, solo con la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3[108]; in particolare, l'art. 118, comma 4, Cost., sancisce l'obbligo di favorire «l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento delle attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà». Questo articolo disciplina i poteri amministrativi ed è stato formulato sul calco delle previsioni contenute nell'art. 117 Cost., in cui è definito il riparto delle funzioni legislative[109].

La riforma del titolo V della Costituzione costituiva, indubbiamente, l'occasione per definire, in sede costituzionale, i rapporti tra l'Unione europea e la sovranità nazionale. L'ordinamento tedesco, in effetti, prima della ratifica del Trattato di Maastricht, ha ritenuto di modificare la Costituzione, introducendo un nuovo articolo (23, comma 1 GG), al fine di adeguare quest'ultima alle profonde innovazioni comunitarie[110]. Tuttavia, l'espressione «rispetto dei vincoli comunitari», richiamata dal nuovo testo dell'art. 117 Cost., dovrebbe permettere di ritenere acquisita, nel sistema delle fonti, la supremazia del diritto di matrice comunitaria su quello interno[111].

In ogni caso, la scelta del revisore costituzionale italiano del 2001 sembra aver avuto, quale fine ultimo, la dislocazione del potere, dunque il decentramento, piuttosto che l'accentramento[112], attraverso la dismissione di funzione statali in favore delle autonomie[113].

*b) La Francia*

La cultura giuridica francese non si è interessata al principio di sussidiarietà, in ragione della particolare storia costituzionale della Francia, "una e indivisibile"[114]. La legge di orientamento del 6 febbraio 1992, nonché il decreto del 1° luglio 1992, che istituisce la c.d. "*Charte de la déconcentration*", applicano tuttavia, pur in assenza di un'esplicita men-

[107] R. Marra, *op. cit.*, p. 247, secondo il quale la riforma del titolo V della Costituzione ha attinto notevolmente dal lessico, nonché dall'impianto e dagli obiettivi dichiarati delle leggi Bassanini.

[108] L'attuazione del nuovo Titolo V, pt. II, della Costituzione, si è avuta con la l. 5 giugno 2003, n. 131, c.d. legge "La Loggia".

[109] M. Poto, *op. cit.*, p. 2363.

[110] G.U. Rescigno, *Il Tribunale costituzionale federale tedesco e i nodi costituzionali del processo di unificazione europea*, in *Giur. cost.*, 1994, p. 3117.

[111] A. Moscarini, *op. cit.*, pp. 4 e s.

[112] Così F. Caringella, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Milano, 2005, p. 991.

[113] A. Gentilini, *op. cit.*, p. 1610.

[114] F.P. Casavola, *op. loc. cit.*

zione, il principio di sussidiarietà allorquando dispongono che «Il decentramento è la regola di ripartizione delle attribuzioni e delle risorse fra i differenti livelli dell'amministrazione civile dello Stato».

Si rammenti, inoltre, che la nuova formulazione dell'art. 72, comma 2 della Cost., seguita alla riforma costituzionale del marzo 2003, statuisce che «le collettività territoriali hanno la vocazione a prendere le decisioni relative a quell'insieme di competenze che possono essere meglio in opera al loro livello». Dunque, pur non essendo espressamente menzionata, la dottrina e la prassi concordano nel riconoscere, nella disposizione in esame, un'ipotesi di clausola di sussidiarietà[115].

*c) L'Austria*

In Austria il principio di sussidiarietà caratterizza i rapporti tra la Federazione e i *Länder*, nonché i relativi assetti istituzionali. La Costituzione attribuisce ai *Länder* una competenza generale; in particolare, vi sono: settori ove sussiste la competenza della Federazione sia per quanto riguarda la legislazione, sia in merito all'esecuzione (finanze, moneta, diritti civili, ecc.); settori ove la Federazione possiede la competenza legislativa, ma non quella esecutiva, che ovviamente spetta ai *Länder* (polizia della strada, o altre competenze amministrative); infine, vi sono settori ove sussiste una competenza legislativa di principio della Federazione ed una competenza legislativa dei *Länder*, in merito all'applicazione in determinate materie, quali la protezione sociale, ecc.[116]

*d) La Spagna*

La Spagna presenta tratti comuni allo Stato federale ed al modello di Stato regionale italiano, con la differenza, tuttavia, che l'ordinamento spagnolo è costituito, non solo da enti regionali, bensì anche da comunità nazionali differenziate[117].

Nell'ordinamento spagnolo, sarebbe presente una combinazione tra la clausola di prevalenza (*supremacy clause*) e la clausola suppletiva[118]. In effetti, l'art. 149.3 Cost. spagnola, stabilisce che «Le materie non espressamente attribuite allo Stato da questa Costituzione potranno

[115] J. Ziller, *op. cit.*, p. 298.

[116] C. De Rose, *op. cit.*, p. 90.

[117] R. Scarciglia, *Autonomie e principio di sussidiarietà nell'ordinamento spagnolo*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., p. 122.

[118] A. Rinella, *Il principio unitario negli ordinamenti decentrati. Profili di diritto costituzionale comparato, alla luce delle modifiche, recenti e in progetto, della Costituzione italiana*, in *Iustitia*, 2004, p. 453.

competere alle Comunità autonome in virtù dei rispettivi statuti. La competenza per materie non contemplate dagli statuti autonomistici spetterà allo Stato, le cui norme prevarranno, in caso di conflitto, su quelle delle Comunità autonome per tutto quanto non ricada sotto l'esclusiva competenza di queste. Il diritto statale sarà, in ogni caso, suppletivo di quello delle Comunità autonome».

La presenza della clausola suppletiva (o di suppletorietà), escluderebbe un'ipotesi di sussidiarietà , in ragione della presunta antitesi dei due principi[119]. In ogni caso, manca un'esplicita menzione del principio nella disciplina costituzionale o legislativa, in quanto è stato lo stesso Costituente a definire il meccanismo di attribuzione delle competenze[120].

*e) Il Portogallo*

Il Portogallo è uno Stati unitario regionale di tipo periferico[121].

Nell'ordinamento portoghese, l'introduzione della clausola di sussidiarietà a livello comunitario ha determinato la costituzionalizzazione del principio: ciò si è avuto con la revisione straordinaria della Costituzione, avvenuta nel 1992, che ha consacrato all'art. 7, n. 6, una dimensione esterna del principio di sussidiarietà, come parametro materiale dell'"esercizio in comune" dei poteri necessari alla Costituzione dell'Unione[122]. Nel 1997, poi, il principio è stato consacrato quale criterio regolatore delle relazioni tra lo Stato, le Regioni autonome e le autonomie locali[123].

*f) Il Belgio*

Il Belgio è caratterizzato dal c.d. "federalismo per dissociazione", cioè le entità originarie (Regioni e comunità) hanno competenze esclusive, da cui residuano quelle dello Stato federale. In realtà, la riforma intervenuta tra il 1980 ed il 1988, non ha attribuito alle entità originarie una serie di competenze. Tuttavia, la Corte d'arbitrato ha riconosciuto a quest'ultime la possibilità, in certi casi ed entro determinati limiti, di esercitare competenze non proprie, al fine di raggiungere finalità proprie (cc.dd.

[119] R. Scarciglia, *op. cit.*, p. 130.

[120] R. Scarciglia, *op. cit.*, p. 129.

[121] Cfr. C. Blanco De Morais, *A Autonomia Legislativa Regional, Lisbona*, 1993; J. Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra, 1997, pp. 384 e s.

[122] C. Blanco De Morais, *La dimensione interna del principio di sussidiarietà nell'ordinamento portoghese*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., pp. 95 e s.

[123] C. Blanco De Morais, *op. ult. cit.*, pp. 96 e ss., spec. p. 98, ove fa notare come il legislatore abbia omesso qualsivoglia caratterizzazione autonoma del parametro di sussidiarietà.

poteri impliciti): ebbene, in tale meccanismo potrebbe ravvisarsi una certa contiguità con i criteri che presiedono al principio di sussidiarietà[124].

In Belgio, la sussidiarietà non è espressa nella Costituzione, né nelle leggi che disciplinano il riparto di attribuzioni normative fra lo Stato e gli enti federati: al fine di rendere flessibile il sistema delle fonti, si è deciso di ricorrere, piuttosto, agli accordi di cooperazione orizzontale e verticale, previsti quest'ultimi dalla Costituzione[125].

*g) La Polonia*

La Polonia ha fatto applicazione del principio di sussidiarietà, nella sua variante orizzontale, in due leggi ordinarie del 2003, in materia di assistenza sociale e lavoro, valorizzando i rapporti di cooperazione tra organizzazioni non governative e pubblica amministrazione[126].

*h) Gli Stati Uniti d'America*

Il principio è presente nella Costituzione degli Stati Uniti d'America (si tratta della Costituzione scritta più antica al mondo)[127], che costituiscono un'ipotesi di sistema federale: in particolare, la sussidiarietà sarebbe presente sia nella dimensione verticale che orizzontale, nel X Emendamento[128], a tenore del quale «I poteri non demandati dalla Costituzione agli Stati Uniti, o da essa non vietati agli Stati, sono riservati ai rispettivi Stati, o al popolo».

In realtà, la sussidiarietà non costituirebbe un criterio di ripartizione delle competenze concorrenti, bensì disciplinerebbe, attraverso la c.d. *necessary and proper clause*, in modo da limitarlo, l'esercizio dei poteri che la Costituzione attribuisce al Governo centrale[129].

## 6. *Conclusioni*

L'analisi della sussidiarietà nei diversi paesi, sia di tradizione giuridica continentale, che di *common law*, denota come il principio in esame abbia prodotto un'articolazione plurale (c.d. "pluralizzazione") dell'or-

[124] C. De Rose, *op. loc. cit.*

[125] G.F. Ferrari, *op. cit.*, p. 630.

[126] G.F. Ferrari, *op. loc. cit.*

[127] Sul punto v. G. Sacerdoti Mariani-A. Reposo-M. Patrono, *La Costituzione degli Stati Uniti d'America. Duecento anni di storia, lingua e diritto*, Milano, 1985, p. 5.

[128] P. Duret, *La sussidiarietà «orizzontale»: le radici e le suggestioni di un concetto*, in *Jus*, 2000, p. 121.

[129] G. D'agnolo, *op. cit.*, p. 19.

dinamento statale, che comporta un suo frazionamento su più livelli di competenza: quello comunitario, quelli locali (nazionali e regionali)[130]. D'altronde, la caratteristica del costituzionalismo odierno è proprio la differenziazione del potere statale, in senso orizzontale e verticale; quest'ultimo, in particolare, si manifesta nel trasferimento delle competenze ad organizzazioni sovranazionali (o internazionali), c.d. "sovranazionalizzazione", nonché nello spostamento di poteri ad enti *sub* territoriali[131]. La sussidiarietà, in pratica, segnerebbe un'inversione di tendenza nelle Costituzioni moderne, nel senso di riportare ad una disciplina "flessibile"[132], ciò che era stato proprio il primo nucleo "storico" della Costituzione "rigida": la c.d. ripartizione federale delle competenze[133].

Scendendo dal terreno della politica a quello del diritto, bisogna sottolineare come «non è detto che sussidiarietà equivalga obbligatoriamente a diminuzione dei poteri centrali»[134], in quanto esigenze giuridiche di natura sistematica potrebbero portare ad una corretta utilizzazione del principio, votata ad aumentare i poteri del centro: è quanto avvenuto, ad es., in Italia con la sent. n. 303 del 2003 e delle altre maturate sul modello inaugurato da quest'ultima decisione[135].

È vero che l'analisi delle vicende storiche dimostrerebbe come la sussidiarietà sia servita sia per accentrare il potere, sia in taluni casi, per decentrarlo[136]; tuttavia, come ben messo in evidenza dalla dottrina tedesca, l'introduzione del principio di sussidiarietà non costituisce di per sé una salvaguardia immediata delle competenze degli enti territoriali minori, contro la loro "erosione" da parte degli organi comunitari[137]. La stessa dottrina statunitense che si è interessata al tema della sussidiarietà comunitaria, ad es., sottolinea come l'introduzione del principio non sia stata la migliore scelta per continuare nel processo di integrazione comunitaria[138].

[130] L. Moccia, *Comparazione giuridica e Diritto europeo*, cit., p. 1023.

[131] R. Arnold, *Alcune riflessioni sulla nozione e sugli effetti della globalizzazione*, in Aa.Vv., *Global law v. local law. Problemi della globalizzazione giuridica*, (a cura di C. Amato-G. Ponzanelli), Torino, 2006, pp. 4 e s.

[132] Sul punto cfr. L. Coen, *Sussidiarietà e giustizia costituzionale nei rapporti tra Stato e Regioni*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto,* cit., pp. 198 e s.

[133] L'osservazione è di R. Bin, *op. loc. cit.*

[134] A. Gentilini, *op. cit*. p. 1611.

[135] A. Gentilini, *op. loc. cit*., secondo il quale, con riferimento alla sussidiarietà italiana, sarebbe questa la chiave di lettura della sent. n. 303 del 2003.

[136] A. Gentilini, *op. cit*., p. 1609.

[137] R. Hofmann, *op. cit*., p. 38.

[138] A. Estella, *op. cit*., p. 96.

Al fine di giustificare l'operatività del principio di sussidiarietà, la dottrina maggioritaria ha sempre posto l'accento sulla posizione fondamentale e primaria che, in ogni società, è riconosciuta alla persona[139]: l'uomo, sebbene destinato a vivere in società per integrare la sua capacità di perfezionamento, conserva comunque, nelle società ove è inserito, dei diritti primari ed originari allo svolgimento, per propria iniziativa, della sua personalità; diritti che possono essere sacrificati solo nel caso in cui ciò sia necessario[140]. In Germania, infatti, la dottrina ha rinvenuto il fondamento del principio di sussidiarietà nella tutela della dignità dell'uomo, nonché del libero sviluppo della personalità (artt. 1 e 2, GG)[141]; tali motivazioni giustificherebbero la stessa introduzione della clausola di sussidiarietà nell'ordinamento giuridico italiano[142] e sarebbero alla base della elaborazione del principio a livello comunitario[143].

A nostro avviso, l'introduzione a livello comunitario del principio di sussidiarietà è dovuta principalmente all'intenzione, fortemente avvertita dall'Unione, di risolvere la questione della "competenza" ad intervenire in materia legislativa, se spetti cioè alla Comunità oppure agli Stati membri. Riteniamo, quindi, che non siano sufficienti a giustificare la scelta operata con il Trattato di Maastricht, le motivazioni che fanno leva sulla necessità di adottare le decisioni al livello più prossimo ai cittadini, livello che, come si è detto in precedenza, non necessariamente coincide con lo Stato membro (c.d. "prossimità territoriale"). A noi pare, che la Comunità, preoccupata dal trovare un punto d'incontro su un tema fondamentale del processo d'integrazione comunitaria, abbia introdotto un principio, dotato di una funzione squisitamente tecnica, giustificandolo in chiave di tutela dei diritti fondamentali; con la necessità, dunque, che le decisioni vengano adottate al livello (territoriale) più prossimo al cittadino (comunitario). Del resto, la migliore conferma della tesi da noi propugnata si avrebbe analizzando il dato giurisprudenziale comunitario (ma lo stesso *trend* è in atto nell'ordinamento tedesco), con la Corte di giustizia[144] restia ad annullare provvedimenti adottati dalla Comunità in violazione del principio di sussidiarietà[145], dunque, al livello più "lontano" (sempre territorialmente parlando) dal cittadino.

[139] P. Duret, *op. cit.*, p. 120.
[140] E. Tosato, *op. cit.*, pp. 454 e s.
[141] V. Götz-M. Hecker, *op. cit.*, p. 54.
[142] P. Duret, *op. cit.*, p. 123.
[143] P. Duret, *op. loc. cit.*
[144] Corte di giustizia, 12 luglio 2005, Cause riunite C-154/04 e C-155/04.
[145] M. Poto, *op. cit.*, pp. 2362 e s.

Riteniamo che la sussidiarietà si sostanzi in un principio generale di riparto delle competenze; questa, almeno, era l'intenzione del legislatore comunitario e che si è palesata, qualche anno più tardi, nel Trattato di Lisbona con il quale, come si è detto in precedenza, si è provveduto ad un'elencazione esplicita delle materie di competenza esclusiva e concorrente (oltre all'introduzione di quelle di sostegno, coordinamento, completamento). Insomma, il principio di sussidiarietà comunitaria non è altro che un modello di compromesso, perché frutto di contrattazione tra le parti (la Comunità e i paesi membri)[146]; il compromesso se è utile, *rectius* necessario per preservare l'originalità e la varietà del patrimonio giuridico europeo, può tuttavia divenire un espediente per sacrificare la soluzione giuridica più efficiente[147].

A nostro avviso, la forza della sussidiarietà, ovvero il suo essere duttile, flessibile, costituisce, nel contempo, un limite, allorquando si scende dal campo della legislazione a quello dell'interpretazione (ed applicazione); il principio sconta il limite della legislazione per principi: quest'ultima, se offre il vantaggio di riuscire a contemperare opposte esigenze, comporta tuttavia una notevole incertezza interpretativa ed applicativa, poiché rimette l'operatività del principio principalmente all'attività della giurisprudenza. Il problema riguarda soprattutto le materie di competenza concorrente, le quali diventano, dopo l'intervento comunitario ed a seguito peraltro di una decisione sostanzialmente "discrezionale", a tutti gli effetti di competenza esclusiva (dell'Unione), in quanto gli Stati non possono più esercitare le proprie competenze ove l'UE abbia già legiferato; è vero che i paesi membri possono "riacquistare" competenza, ma solo nel caso in cui l'Unione abbia cessato di intervenire, ad es. a seguito della modifica o abrogazione della disciplina precedentemente adottata, evento peraltro abbastanza raro. Maggiore garanzia per gli Stati membri, invece, sembra derivare dalla disciplina delle materie di sostegno, coordinamento o completamento, sia perché l'Unione non può sostituirsi agli Stati, sia perché non può procedere all'armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari.

In ogni caso, non possiamo non salutare con favore la svolta che si è avuta con il Trattato di Lisbona in materia di riparto di competenze, poiché tale scelta dovrebbe aiutare a chiarire l'esatta dimensione "giuridica" del fenomeno sussidiario particolarmente nella sua applicazione concreta, ove si sono registrati i maggiori contrasti interpretativi.

[146] G. Benacchio, *op. cit.*, p. 158.
[147] G. Benacchio, *op. cit.*, p. 156.

Altro problema insito nella sussidiarietà comunitaria è, a nostro avviso, l'eccessiva ampiezza delle materie elencate: l'elencazione delle competenze esclusive, concorrenti e di sostegno, coordinamento o completamento, lascia adito a talune ambiguità[148], soprattutto perché le competenze riguardano, nella maggioranza dei casi, intere materie, ad es. la politica agricola, i trasporti, ecc[149]. Ora, a noi pare che il problema non sia costituito tanto dalle materie di competenza esclusiva (dell'Unione), poiché si tratta di settori rispetto ai quali un eventuale intervento degli Stati membri potrebbe compromettere il processo di costruzione ed integrazione comunitaria; lo stesso dicasi per le competenze di sostegno, coordinamento o completamento, poiché vi è, in queste ipotesi, un reale "dialogo" fra le parti (Unione e Stati membri). I problemi maggiori riguardano le materie concorrenti, poiché in tali casi all'Unione è attribuita la possibilità di legiferare in numerose (ed ampie) materie possedendo quest'ultima, di fatto, una priorità logica ad intervenire.

Ora, se è vero che un sistema che realizza la sussidiarietà ricorrendo ad una preventiva ripartizione delle competenze non deriverebbe più dallo spirito della sussidiarietà in quanto, per sua natura, essa si sostanzia in un principio dinamico di applicazione differenziata[150], a noi tocca rilevare come l'evoluzione della sussidiarietà sia andata piuttosto nella direzione di una sua "delimitazione", in contrasto con quell'orientamento dottrinale che decantava i pregi di duttilità e flessibilità, insiti nel principio in esame. Riteniamo a questo punto e per concludere, che il principio di sussidiarietà possa essere ulteriormente "delimitato", nel senso di ricavare, a partire dalle macro-aree di competenza concorrente (agricoltura, trasporti, protezione dei consumatori, ecc.), delle micro-aree, facendo "scivolare", talune di queste, dalla categoria delle competenze concorrenti a quella delle competenze di sostegno, coordinamento, completamento. È questa infatti, la categoria che, a nostro avviso, meriterebbe di essere ulteriormente valorizzata, poiché incarna maggiormente lo spirito della sussidiarietà, che è appunto quello di integrazione, sostegno, sussidio.

[148] U. Draetta, *Le competenze dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *Dir. comunitario scambi internaz.*, 2008, p. 250.

[149] U. Draetta, *op. cit.*, p. 246.

[150] M. Baudrez, *Un principio ispiratore di riforme: la sussidiarietà in Francia*, in Aa.Vv., *Sussidiarieà e ordinamenti costituzionali. Esperienze a confronto*, cit., p. 74.

MATTEO LARICCIA

# Effetti della riforma del Titolo V sulla potestà normativa secondaria: implicazioni sulle materie prive di chiara collocazione. Il caso delle professioni

SOMMARIO: 1 Premessa: gli interventi di riforma costituzionale in rapporto alla potestà regolamentare. - 2. La riforma del Titolo V e la modifica dell'art. 117, comma 6. Punti fermi e nodi irrisolti in tema di devoluzione delle fonti normative secondarie. - 3. Declinazione dei nodi irrisolti sulla materia delle "professioni": la ricollocazione delle competenze legislative, le normative tecniche e l'incidenza del diritto comunitario. - 4. Cenni conclusivi

## 1. *Premessa: gli interventi di riforma costituzionale in rapporto alla potestà regolamentare*

La gran parte dei commenti, seguiti dalla riforma costituzionale del Titolo V, sembra essere stata assorbita dal dibattito intorno al riparto di potestà legislative, trascurando il fatto che una rilevante novità della riforma riguarda l'assetto della normazione secondaria[1].

[1] Come è noto, la l. cost. 22 novembre 1999, n. 1 e la l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, hanno comportato sostanziali modifiche nei rapporti tra le potestà normative di Stato, Regioni ed Enti locali e - in ragione di un quadro non privo di oscurità - hanno sollecitato ampiamente le attenzioni e le intelligenze di dottrina, giurisprudenza e operatori del diritto nel tentativo di una lettura quanto più organica e sistematica possibile. In generale, sulla riforma del Titolo V della parte seconda della Costituzione, senza pretesa di esaustività, cfr. B. CARAVITA, *La costituzione dopo la riforma del titolo V. Stato, Regioni autonomie sulla Repubblica e Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2002; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 249 ss.; S. MUSOLINO, *I rapporti Stato- Regioni nel nuovo titolo V alla luce dell'interpretazione della Corte costituzionale*, Milano, Giuffré, 2007; G. SERGES, *Art. 117, 1° co*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano- Torino, Utet, 2006, pp. 2213- 2226; L. ANTONINI, *Art. 117, 2°, 3° e 4° co.*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano- Torino, Utet, 2006, pp. 2213- 2226; M.G. RODOMONTE, *I regolamenti regionali*, Milano, Giuffrè, 2007, 4 ss. In particolare, sul punto della normazione secondaria, cfr. B. CARAVITA, *La Costituzione dopo la riforma…* cit., pp. 99 ss.; R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale* cit., 377 ss; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, XI ed. riv., Milano, Giuffré, 2005, pp. 681 ss; C. TUBERTINI, *Riforma costituzionale e potestà regolamentare dello Stato*, in "Rivista trimestrale di diritto pubblico", 2002, pp. 935-969; G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi e profili problematici della potestà regolamentare dopo la riforma del titolo V*, in "Le istituzioni del federalismo", 2001, p. 1123; A. LUCARELLI, *Finalmente dignità*

D'altra parte, è parso che – limitatamente alla potestà regolamentare - l'intervento del riformatore costituzionale del 1999 avesse già esaurito tutte le modifiche possibili[2]. Si era ritenuto, in particolare, che la soppressione dell'originaria disposizione che attribuiva la esclusiva spettanza della potestà regolamentare al Consiglio regionale (contenuta nell'art. 121, comma 2, Cost.) avesse determinato l'automatica e conseguente attribuzione della medesima alla Giunta[3]. In realtà, la l. cost. 1/1999 – oltre ad aver chiaramente aperto la fase costituente del regionalismo proseguita con la riforma del Titolo V – nella tematica *de qua* aveva più che altro sciolto le briglie per un intenso dibattito, dottrinale e giurisprudenziale, inteso a discettare sull'attribuzione interna della potestà regolamentare (al Consiglio o alla Giunta), sui procedimenti di approvazione, sulle tipologie di regolamenti adottabili (attuativi, esecutivi, di organizzazione etc.), sulla ammissibilità costituzionale di regolamenti regionali in-

*ai regolamenti regionali! Il "nuovo" articolo 117 Cost. ed il potere regolamentare regionale delle materie concorrenti*, in "www.federalismi.it"; V. VANACORE, *I regolamenti regionali dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in Aa.Vv, *L'attuazione del Titolo V della Costituzione, Atti del L Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffré, Milano, 2005, pp. 1023- 1027; Q. CAMERLENGO, *La titolarità del potere regolamentare nella transizione verso il nuovo assetto statutario delle Regioni di diritto comune*, in "Le istituzioni del federalismo", 2002, pp. 61- 96; R. BIN, *Regolamenti statali in materie delegate: una chiave interpretativa del «nuovo» art. 117, 6° co., Cost.?*, in "Le Regioni", 2002, pp. 110- 113. Sul rapporto tra regolamenti statali di delegificazione e competenze di normazione secondaria delle Regioni, prima della riforma del Titolo V, cfr. Corte cost. 10- 23 luglio 2002, n. 376 in "Guida al diritto", n. 46/ 2002, p. 85, con nota di O. FORLENZA, *La sostituzione della fonte normativa può allontanare l'obiettivo-semplificazione*; V. ONIDA, voce *Regolamenti regionali*, in "Enciclopedia giuridica", Treccani, XXVI; O. FORLENZA, G. TERRACCIANO, *Regioni ed enti locali dopo la riforma costituzionale. Un federalismo imperfetto*, Milano- Roma, Il sole24ore, 2002, pp. 125 ss.; A. D'ATENA, *L'Italia verso il "federalismo". Taccuini di viaggio*, Milano, Giuffré, 2001, pp. 217 ss

[2] M.G. RODOMONTE, *I regolamenti…* cit., p. 10.

[3] Per alcune riflessioni intorno all'organo regionale cui compete la potestà regolamentare (se al Consiglio o alla Giunta) e sulla disciplina delle procedure di formazione dei regolamenti, cfr. G. GUZZETTA, *Problemi ricostruttivi…* cit., pp. 1125 ss; V. VANACORE, *I regolamenti regionali…* cit., pp. 1023- 1027. In sintesi, il dibattito si è articolato su due punti di vista contrapposti. Da una parte, chi sosteneva che la soppressione dell'attribuzione espressa della potestà regolamentare al Consiglio comportasse la "naturale" ri- espansione del potere regolamentare giuntale, impropriamente denegato dalla versione originaria della Costituzione del 1948; dall'altra chi sosteneva l'impossibilità di ricavare siffatta indicazione dalla riforma intervenuta e, pertanto, la necessità di far esclusivo riferimento agli statuti regionali, i quali avrebbero potuto attribuire indifferentemente la potestà regolamentare alla Giunta o al Consiglio. La diatriba pare essere stata risolta, nel chiaro senso dell'attribuzione all'autonomia statutaria regionale, e quindi contro ogni automatico trasferimento di potestà regolamentare alle Giunte regionali, dalla sentenza della Corte costituzionale 13- 21 ottobre 2003, n. 313.

dipendenti[4]. Al di là delle differenti opinioni espresse, si è affermata tuttavia la generale convinzione che la novella del 1999 avesse operato nel senso di una ragguardevole valorizzazione delle potestà dell'autonomia[5].

La stessa enfasi non si è misurata, invece, intorno alle modifiche delle potestà regolamentari contenute nella riforma dell'anno 2001 che - come dimostra la nuova versione del testo costituzionale - è, per vero, chiaramente intervenuta nel segno di una sensibile discontinuità nel sistema. In tal senso, è stato efficacemente affermato che «*la revisione del dettato costituzionale non necessariamente sortisce effetti immediati nel contesto istituzionale di riferimento* (ma, ndr) *talora avvia un processo di rinnovamento delineato soltanto nei contorni generali, creando la cornice entro la quale si collocheranno le scelte e le determinazioni rimesse ad una futura e indefettibile attività di produzione normativa*»[6]. Peraltro, è opinione diffusa che l'intervento riformatore debba essere sempre verificato alla luce della prosecuzione nell'opera interpretativa della Corte costituzionale che, nel corso degli anni successivi al 2001, ha notevolmente ritoccato il sistema, comportando una sostanziale rilettura (secondo alcuni, una riscrittura) della riforma stessa[7]. Questo scritto, dopo alcuni succinti riferimenti alla corni-

[4] Cfr. M.G. Rodomonte, *I regolamenti…* cit., p. 56. Secondo l'A. "l'esito delle riforme (…) non si è rivelato pari alle attese". Sulle tipologie di regolamento e, in particolare, sulla questione dell'ammissibilità dei regolamenti indipendenti "tali non già nel senso che vengono a disciplinare una materia sgombra di qualunque disciplina legislativa, ma soltanto in quanto vertenti su di un campo non ancora arato dall'ordinamento regionale", cfr. L. D'andrea, *Regolamenti regionali e unità del sistema delle fonti*, in Aa.Vv., Le fonti di diritto regionale alla ricerca di una nuova identità, Seminario di Messina, 6 aprile 2002, (a cura di) A. Ruggeri e G. Silvestri, Milano, Giuffré, 2001, pp. 231 ss.

[5] Sul punto, cfr. V. Vanacore, *I regolamenti regionali* … cit., pp. 1023- 1027. Q. Camerlengo, *La titolarità* … cit., p. 65.

[6] Q. Camerlengo, *La titolarità* … cit., pp. 61 ss.

[7] La Consulta ha ridefinito, in via giurisprudenziale e in chiave dinamica, l'equilibrio tra competenze statali e regionali, dando luogo a quel fenomeno che è stato efficacemente definito di "smaterializzazione" delle materie. L'espressione è di F. Benelli, *La "smaterializzazione" delle materie, Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano, Giuffré, 2006; Id., *L'ambiente tra "smaterializzazione" della materia e sussidiarietà legislativa*, in "Le Regioni", 2004, 176 ss.. Nello stesso senso, A. D'atena, *L'allocazione delle funzioni amministrative in una sentenza ortopedica della Corte costituzionale*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2003, 2776 ss che ha coniato la felice espressione di "sentenze ortopediche" della Corte costituzionale, cfr.; ancora, R. Bin, *"Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale". Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V*, in Aa.Vv., *Scritti in memoria di Livio Paladin*, I, Napoli, Jovene, 2004, 318 parla di "sfarinamento delle materie"; Id., *Il nuovo riparto di competenze legislative: un primo, importante chiarimento*, in "Le Regioni", 2002, 1445- 1450. In particolare, il fenomeno della riscrittura della riforma è stato particolarmente evidente, infatti, con riguardo alle cd materie trasversali, altrimenti dette "materie- non materie" o "materie- valore", e in particolare alla

ce teorica della riforma rispetto alla potestà regolamentare, si propone di verificare le problematiche che emergono, con specifico riguardo alla stessa nella materia delle professioni – etichetta introdotta *ex nihilo* dalla riforma costituzionale del 2001 e attribuita alla potestà legislativa concorrente (art. 117, comma 3 Cost.).

## 2. *La riforma del Titolo V e la modifica dell'art. 117, comma 6. Punti fermi e nodi irrisolti in tema di devoluzione delle fonti normative secondarie*

Nella versione riformata dell'art. 117, comma 6, Cost. la potestà regolamentare è attribuita allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, a meno che – nelle stesse materie - il Governo non intenda delegarla alle Regioni; è riservata alle Regioni «*in ogni altra materia*» e, quindi, sia nelle materie rientranti nella potestà residuale delle Regioni di cui all'art. 117, comma 4, Cost., sia nelle materie di potestà concorrente, di cui all'art. 117, comma 3, Cost. Peraltro, essa è limitata, per così dire, dal basso, laddove si prevede che «*i Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno po-*

materia della concorrenza. Sul punto, senza pretesa di esaustività, cfr.: V. Onida, *Applicazione flessibile e interpretazione correttiva del riparto di competenze in due sentenze «storiche»*, in "Le Regioni", 2008, 775; A. D'atena, *Le aperture dinamiche del riparto delle competenze, tra punti fermi e nodi non sciolti*, in "Le Regioni", 2008, 813; R. Bifulco, *La tutela della concorrenza tra parte I e II della Costituzione (in margine alla sent. 14/2004 della Corte costituzionale)*, in "Le Regioni", 2008, 791 ss.; S. Mangiameli, *Giurisprudenza costituzionale creativa e costituzione vivente. A proposito delle sentenze n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in "Le Regioni", 2008, pp. 832 ss.; L. Vandelli, *Esigenze unitarie e prospettive dinamiche della delimitazione delle competenze: qualche nota a margine delle sentenze nn. 303/2003 e 14/2004*, in "Le Regioni", 2008, pp. 893 ss.; I. Riggiu, *Il principio di competenza tra flessibilizzazione ed esigenze unitarie nelle sentenze della Corte costituzionale n. 303 del 2003 e n. 14 del 2004*, in "Le Regioni", 2008, pp. 865 ss.; G. P. Dolso, *Tutela dell'interesse nazionale sub specie di tutela della concorrenza?*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2004, pp. 265- 277; G. Falcon, *Un problema, due risposte, alcune riflessioni*, in "Le Regioni", 2008, pp. 821; R. Caranta, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del Titolo V della Costituzione*, in "Le Regioni", 2004, pp. 990-1014; A. Concaro, I. Pellizzone, *Tutela della concorrenza e definizione delle materie trasversali: alcune note a margine della sent. n. 345 del 2004 della Corte costituzionale*, in "Le Regioni", 2005, pp. 434 – 439; G. Scaccia, *Le competenze legislative sussidiarie e trasversali*, in "Diritto pubblico", 2004, pp. 461- 500, spec. 479 ss.; S. Mangiameli, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in "Le Regioni", 2003, pp. 337- 345, spec. 342 ss; G. Falcon, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in "Le Regioni", 2001, p. 1252 ss.; S. Musolino, *I rapporti Stato- Regioni…* cit. pp. 47 ss.; M. Libertini, *La tutela della concorrenza nella costituzione italiana*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2005, pp. 1429- 1441. Per la giurisprudenza costituzionale sulla materia della tutela della concorrenza, da intendersi in senso dinamico e come attribuzione "funzionale" o trasversale, cfr. senza pretesa di esaustività: Corte costituzionale, Sentenza n. 14 del 2004; sentenza n. 272 del 2004; sentenza n. 29 del 2006.

*testà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite*» (art. 117, comma 6, ult. periodo). Di contro, è evidente che lo Stato possa emanare regolamenti soltanto nelle materie di propria competenza esclusiva.

È stato opportunamente osservato che tale disposizione deve essere interpretata nel quadro della premessa logica e assiologica dell'art. 114 Cost, dal quale deriva una innegabile opzione per un modello paritetico dei rapporti tra centro e periferia[8]. In tal senso, infatti, giacché l'art. 114 afferma che «*la Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni e dallo Stato*», ne discende che i rapporti tra i vari livelli di governo siano da leggere non più in un'ottica gerarchica, quanto piuttosto secondo una visione orizzontale, sulla base di quel principio di sussidiarietà, che funziona da criterio di individuazione delle attribuzioni ben al di là del fatto che esso sia richiamato unicamente con riguardo alle funzioni amministrative nell'art. 118 Cost.. A ben vedere, infatti, anche la potestà regolamentare è strettamente coinvolta nel ridimensionamento del principio del parallelismo tra potere normativo e potere amministrativo che si può ricavare nel nuovo art. 118 Cost.[9]. In altri termini, l'art. 114 Cost. - aderendo all'opzione costituzionale per il decentramento politico - ha rafforzato il convincimento che "potestà regolamentare dello Stato" non equivalga a dire potestà regolamentare del Governo. Pertanto, «*la scelta di attribuire allo Stato (e non al governo) la potestà regolamentare (…) contiene un implicito riconoscimento del pluralismo dei soggetti titolari di potestà normativa e dell'articolazione e ripartizione della potestà regolamentare all'interno della stessa amministrazione statale*»[10].

D'altra parte, è stato già evidenziato che la riforma individua la titolarità della potestà regolamentare in capo all'ente territoriale, ma non si sofferma sulla relativa competenza interna, né si dedica ad approfondire l'esame delle tipologie possibili di regolamenti e i procedimenti per la loro adozione. Com'è stato affermato dalla Corte costituzionale dopo un lungo travaglio interpretativo, in assenza di più precise indicazioni costituzionali, resta agli Statuti regionali la libertà di articolare la plura-

[8] G. Guzzetta, *Problemi ricostruttivi*… cit., p. 1125; C. Tubertini, *Riforma costituzionale*… cit., p. 942; G. Rolla, *Relazione tra ordinamenti delle fonti: considerazioni alla luce della legge costituzionale n. 3 del 2001*, in "Le Regioni", 2002, pp. 324 ss.

[9] In questa disposizione, il potere amministrativo è allocato in linea di principio al livello comunale, ma può – sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione e adeguatezza – essere attratto di volta in volta al livello superiore. In tal senso, cfr. C. Tubertini, *Riforma costituzionale*… cit., pp. 965 ss.

[10] C. Tubertini, *Riforma costituzionale* … cit., p. 942.

lità di fonti regolamentari e distribuire in piena autonomia le funzioni della produzione tra gli organi interni[11]. A proposito della devoluzione della potestà regolamentare, si possono sinteticamente sottolineare alcuni punti fermi e altrettanti nodi irrisolti, fermo restando che è pacifico che, per la prima volta, la riforma ha inserito in Costituzione una norma che fornisce una base giuridica espressa alla potestà regolamentare[12].

In ragione di queste considerazioni, è stata avanzata inizialmente la teoria secondo cui la nuova disposizione costituzionale rappresenterebbe il diretto fondamento della potestà regolamentare, con l'effetto di rendere superflua la presenza della legge quale necessario presupposto di validità formale e sostanziale del relativo regolamento[13]. Tale interpretazione è apparsa progressivamente priva di pregio in quanto ritenuta unanimemente "eccessiva"[14]. Di contro, più convincente è apparsa l'osservazione secondo cui la Costituzione avrebbe recepito la fonte regolamentare nella classica relazione di subordinazione gerarchica di fronte alla legge: in tal senso, deve leggersi la correlazione alle materie che sono oggetto di disciplina legislativa[15]. In tal senso, si conferma che il metodo di attribuzione della potestà regolamentare *per relationem* ha, più esattamente, l'effetto di far dipendere l'oggetto della potestà regolamentare dalla previa individuazione di quello della fonte legislativa.

È stato, dunque, osservato che la scelta del riformatore è stata non

[11] Corte costituzionale, sentenza 13- 21 ottobre 2003, n. 313. Analogamente, sarà compito degli Statuti regionali disciplinare l'entrata in vigore dei regolamenti in analogia con quanto è previsto dall'art. 10 delle preleggi. Sul punto, cfr. N. Lupo, *Dalla legge al regolamento*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 437 ss.

[12] Prima della riforma, infatti, la potestà regolamentare non era contemplata nel testo costituzionale, se non con riferimento all'organo statale, il Presidente della Repubblica, competente per la emanazione dei regolamenti (art. 87 Cost.) e, a livello regionale, con riferimento alla potestà del Consiglio (art. 121 Cost., vecchia versione). Sul punto, M.G. Rodomonte, *I regolamenti…* cit., p. 155; N. Lupo, *Dalla legge al regolamento*, il Mulino, Bologna, 2003, pp. 430 ss.

[13] N. Lupo, *Nel nuovo titolo V il fondamento costituzionale della potestà regolamentare del governo?*, in "www.forumcostituzionale.it" p. 1. L'A. afferma che il nuovo testo dell'art. 117 potrebbe " fornire una specie di riconoscimento costituzionale alla potestà regolamentare del governo, oltre che a quella delle regioni e delle autonomie locali. (…) Non sembra più potersi revocare in dubbio la legittimità costituzionale dei regolamenti indipendenti – o, secondo altre terminologie, autonomi o liberi – del governo (…)". Sul punto, cfr. altresì, M. Abrescia, *Il Titolo Quinto a Palazzo Spada*, in "Quaderni costituzionali, 2004, p. 646, a commento (e chiarimento) di un parere del Consiglio di Stato sull'argomento.

[14] M.G. Rodomonte, *I regolamenti…* cit., p. 156. Analogamente, allargando il discorso intorno al principio di legalità sostanziale, L. D'andrea, *Regolamenti regionali…* cit., pp. 226 ss.; N. Lupo, *Dalla legge …* cit., p. 432.

[15] O. Forlenza, G. Terracciano, *Regioni ed enti locali …* cit., p. 126.

solo quella di ri-distribuire tra gli enti costituzionali *le materie*, ma altresì quella di rimodulare tra gli stessi l'attribuzione delle *funzioni*[16]. Sulla scorta di queste considerazioni, si è sostenuto che la riforma abbia introdotto un principio di nuovo "parallelismo" tra potestà legislativa e potestà regolamentare, dal quale deriva che per ciascun settore materiale deve escludersi il concorso di regolamenti tra diversi enti, al di fuori dello schema disegnato in Costituzione[17]. Secondo tale ricostruzione, la nuova formulazione dell'art. 117, comma 6, induce a ritenere che sia stato adottato un «*principio di titolarità esclusiva delle potestà regolamentari*»[18].

Tale interpretazione è d'altra parte stata confermata dalla nota sentenza della Corte costituzionale n. 303 del 2003, nella quale – ancorché la funzione amministrativa sia stata reputata idonea a "trascinare" con sé competenze legislative dalle Regioni allo Stato, in virtù di una avocazione suggerita dai principi di legalità e sussidiarietà amministrativa e guidata dal principio di leale collaborazione - è chiarito che le medesime conseguenze non possono trarsi per la potestà regolamentare[19]. Poste queste premesse teoriche, in questa sede si vuole tentare di indagare la sorte delle potestà regolamentari in quelle materie che sollevano problemi di collocazione.

[16] G. Guzzetta, *Problemi ricostruttivi*… cit., p. 1127.

[17] Così, G. Guzzetta, *Problemi ricostruttivi* … cit., p. 1129; M.G. Rodomonte, *I regolamenti*… cit., p. 154; R. Bin, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in "Le Regioni", 2002, pp. 367 ss.; Id., *Regolamenti statali* … cit., pp. 110- 113; G. Rolla, *Relazione tra ordinamenti* … cit., p. 341.

[18] Così, G. Guzzetta, *Problemi ricostruttivi e* … cit., p. 1129.

[19] La sentenza citata è talmente nota da far ritenere superflua in questa sede anche una sintesi del suo percorso logico- motivazionale, oltre gli aspetti essenziali e strettamente funzionali a questa breve nota. Per approfondimenti, si rinvia a Corte cost., sentenza 1 ottobre 2003, n. 303, sulla quale, *ex plurimis*, cfr.: A. D'atena, *L'allocazione delle funzioni* … cit., pp. 2776- 2781; A. Anzon, *Flessibilità dell'ordine delle competenze legislative e collaborazione tra Stato e Regioni*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 2882- 2791; A. Moscarini, *Sussidiarietà e Supremacy clause sono davvero perfettamente equivalenti?*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 2791- 2805; A. Gentilini, *Dalla sussidiarietà amministrativa alla sussidiarietà legislativa, a cavallo del principio di legalità*, tutti in "Giurisprudenza costituzionale", 2003, pp. 2805- 2815; A. Ruggeri, *Il parallelismo "redivivo" e la sussidiarietà legislativa (ma non regolamentare…) in una storica (e, però, solo in parte soddisfacente) pronunzia (nota a Corte cost. n. 3 del 2003)*, in "Itinerari di una ricerca sul sistema delle fonti", VII, 2, Studi dell'anno 2003, Torino, Giappichelli, pp. 297- 308; S. MUSOLINO, *I rapporti Stato- Regioni*… cit., p. 57 ss.; P. Caretti, *La Corte e la tutela delle esigenze unitarie: dall'interesse nazionale al principio di sussidiarietà*, in "Le Regioni", 2004, pp. 380- 389; G. Falcon, *Un problema, due risposte*… cit., pp. 817- 824, spec. 820 ss.; A. Anzon Demmig, *Istanze di unità e istanze autonomistiche nel «secondo regionalismo»: le sentenze nn. 303 del 2003 e 14 del 2004 della Corte costituzionale e il loro seguito*, in "Le Regioni", 2008, pp. 779- 790, spec. 787 ss.; R. Tosi, *Competenze statali costituzionalmente giustificate e insufficienza del sindacato*, in "Le Regioni", 2008, pp. 875- 881.

### *3. Declinazione dei nodi irrisolti sulla materia delle "professioni": la ricollocazione delle competenze legislative, le normative tecniche e l'incidenza del diritto comunitario*

Nella cornice di questo discorso, infatti, le professioni rappresentano una materia che mette in luce alcuni aspetti contraddittorî del sistema di riparto e solleva ulteriori questioni di sicuro interesse e di probabile sviluppo. Come immediatamente si osserverà, infatti, questa è una delle competenze intorno alle quali si è registrata una intensa conflittualità tra lo Stato e le Regioni e, conseguentemente, una incisiva ricollocazione delle attribuzioni per via giurisprudenziale[20]; si tratta, inoltre, di una materia con un contenuto ad elevato tasso di tecnicità, nonché di un settore suscettibile di accusare una progressiva permeazione da parte del diritto comunitario. Questi aspetti richiedono, in questa sede, un esame più analitico.

Sotto il primo punto di vista, la materia *de qua* ha presentato - alla prova dei fatti – un contenuto che ha comportato una singolare ri- distribuzione delle competenze tra lo Stato e le Regioni[21]. Secondo la attuale giurisprudenza costituzionale, infatti, da un lato è stata ritenuta legittima l'estensione delle competenze legislative statali in tema di disciplina di ordini e collegi[22]; da un altro, è stata precisata la distinzione tra principi fondamentali e norme di dettaglio dell'etichetta "professioni". In questa seconda operazione interpretativa, la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto – in virtù del carattere «*necessariamente unitario e infrazionabile*» - che è riservato al legislatore statale il "principio" della individuazione di nuove figure professionali, con i relativi profili e ordinamenti didattici[23]; a corollario di questo, è stato ha aggiunto che al legislato-

[20] Sul tema delle professioni, dopo la riforma del Titolo V, si è espressa la Corte costituzionale con: sentenza 12 dicembre 2003, n. 353, alla quale sono seguite le sentenze 26 luglio 2005, n. 319; 30 settembre 2005, n. 355; 3 novembre 2005, n. 405; nonché la sentenze 40, 153, 423 del 2006, n. 423; 424 e 449 del 2006; le sentenze 57, 304 e 443 del 2007; e le sentenze 93, 179 e 222 del 2008.

[21] L. Cuocolo, *Le professioni tra materia e antimateria*, in "Giurisprudenza costituzionale", 2005, pp. 4587- 4594. Per considerazioni analoghe, cfr. G. Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma costituzionale*, in "Giornale di diritto amministrativo", 1/2002, p. 93.

[22] Corte costituzionale, sentenza 3 novembre 2005, n. 405. In tal senso, la Corte ha precisato la distinzione tra norme sulla organizzazione – che appartengono allo Stato in ragione della competenza a disciplinare la materia dell'"*ordinamento ed organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali*", di cui all'art. 117, comma 2, lett. g) Cost – e norme che attengono a tutti i restanti aspetti non preclusi in linea di principio alle Regioni.

[23] Cfr. Corte costituzionale, sentenze n. 353 del 2003 e n. 355 del 2005; n. 424 e 153 del 2006; n. 300 e 57 del 2007.

re statale competono, altresì, la disciplina dei titoli professionali abilitanti (sentenza n. 153 del 2006), l'istituzione di nuovi albi professionali (sentenza n. 355 del 2005 e n. 40 del 2006) e la disciplina di percorsi di formazione professionale (sentenza n. 300 del 2007), nei limiti in cui abbiano come effetto quello di individuare una nuova professione. Al di là della legittima e condivisibile critica secondo cui tale elaborazione giurisprudenziale ha individuato dei ritagli di materia piuttosto che dei principi, la ridistribuzione giurisprudenziale delle professioni si presenta, però, assai emblematica - in questa sede – al fine di comprendere la mobile sorte della potestà regolamentare[24]. Nello specifico, infatti, la collocazione delle professioni nella potestà legislativa concorrente configura, in astratto, nuovi spazi per la potestà regolamentare regionale e, conseguentemente, un restringimento della competenza regolamentare dello Stato[25]. Nondimeno - se si ammette il ragionamento sopra rappresentato, secondo cui l'estensione della potestà regolamentare dipende dalla previa individuazione in concreto dell'ambito della potestà legislativa - tale espansione è sensibilmente ridotta in concreto.

Se, peraltro, si considera che sulla portata normativa degli atti regolamentari si pronuncia il giudice amministrativo, le ricadute ordinamentali della riforma devono essere misurate in particolare nell'opera interpretativa del Consiglio di Stato, il quale – con riguardo alle professioni - si è espresso in almeno due occasioni[26]. Nella prima occasione si trattava di un parere reso sullo schema di D.M. concernente l'individuazione della figura professionale e relativo profilo dell'odontotecnico[27]: in particolare, il Ministero della Salute chiedeva al Consiglio di Stato di far chiarezza sul punto della titolarità della potestà regolamentare. Interrogata sul punto, l'Adunanza generale rileva che «*le disposizioni (…) attributive della potestà regolamentare al Ministro della sanità debbono ritenersi venute meno a seguito della emanazione del nuovo Titolo V della Costituzione che, iscriven-*

[24] T. Groppi, *Articolo 117 Costituzione: il nuovo Gattopardo, Invariate di fatto dopo la riforma le competenze regionali*, *Nota a sentenza della Corte costituzionale n° 53 del 2003*, in "Diritto e giustizia", n° 2, 2004, p. 17; Id, , *Il Titolo V cinque anni dopo, ovvero la Costituzione di carta*, in "Le Regioni", 2007, pp. 424 ss.

[25] G. Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni*, in S. Cassese (a cura di), "Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo speciale", Tomo II, seconda ed., Milano, Giuffrè, 2003, p. 1187; E. Cassese, *L'effetto del diritto comunitario sull'ordinamento delle professioni*, ne "Il diritto dell'economia", 2003, pp. 674 ss.

[26] M. Abrescia, *Il Titolo Quinto* … cit., pp. 641 ss.

[27] Consiglio di Stato, Adunanza generale, Parere reso sullo schema di D.M. concernente l'individuazione della figura professionale e relativo profilo dell'odontotecnico 11 aprile 2002, n. 1, in Rassegna forense, 2002, 937-938.

*do la materia delle "professioni" e della "salute" tra quelle di legislazione concorrente, esclude che lo Stato possa disciplinare le materie predette nella loro intera estensione e, per giunta, a livello regolamentare»*[28]. Ispirati al maggior rigore, dunque, i giudici di Palazzo Spada affermano, da un lato, che è esclusa la potestà regolamentare statale nelle materie concorrenti (negando, dunque, ogni possibilità di intervento statale regolamentare, ancorché cedevole); e dall'altro che non può ritenersi consentita la disciplina regolamentare da parte delle Regioni fino all'emanazione dei principî fondamentali da parte dello Stato[29]. Nel secondo caso, si trattava di un parere sul fondamento della potestà regolamentare di un regolamento di delegificazione in materia di professioni: nello specifico, la legge 14 gennaio 1999, n. 4 relativa all'esame di abilitazione ed all'iscrizione all'albo professionale delegava il Governo ad adottare uno o più regolamenti al fine di modificare e/o integrare la disciplina del relativo ordinamento professionale, dei connessi albi, ordini o collegi, nonché dei requisiti per l'ammissione all'esame di Stato e delle relative prove[30]. Nella fattispecie, i giudici amministrativi si dichiaravano dell'opinione che la legge di delega (art. 1, comma 18, l. 4/1999) dovesse essere interpretata restrittivamente: nello svolgimento delle loro considerazioni, affermano – infatti - che solo la disciplina che esula dalla materia professioni rientra nella titolarità della potestà legislativa esclusiva dello Stato; e che tutti quei profili che riguardano i principi fondamentali (tra questi il Consiglio di Stato ricomprende espressamente la disciplina dell'esame di abilitazione, nonché l'individuazione dei presupposti per l'accesso al medesimo) sono esclusi dall'esercizio della potestà regolamentare del Governo.

In tal senso, dunque, le potestà regolamentari devono accordarsi con le conclusioni affermatesi nella giurisprudenza costituzionale sulle professioni[31]. In virtù di tale declinazione, lo Stato potrà inter-

[28] Consiglio di Stato, Adunanza generale, Parere reso sullo schema di D.M. concernente l'individuazione della figura professionale e relativo profilo dell'odontotecnico 11 aprile 2002, n. 67, in "Rassegna forense", 2002, pp. 937-938

[29] Cfr. M. Abrescia, *Il Titolo Quinto* … cit., p. , 642.

[30] Consiglio di Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, Parere 13 marzo 2006, n. 50, avente ad oggetto lo schema di regolamento governativo recante "disciplina dei requisiti per l'ammissione all'esame di Stato per l'abilitazione all'esercizio professionale, delle prove relative e del loro svolgimento. Sul punto, cfr. L. Passeri, *Decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 30. Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131. Analisi e commenti*, Roma, Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri, 2006, pp. 7 ss..

[31] Tali principi, peraltro, sono stati positivamente disciplinati nel d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 30, recante "Ricognizione dei principi fondamentali in materia di professioni, ai sensi dell'art. 1 della legge 5 giugno 2003 n. 131", nota come l. La Loggia.

venire con propri regolamenti nella disciplina dell'organizzazione degli ordini professionali, in quanto materia rientrante nella potestà esclusiva dello Stato, e, diversamente, dovrà astenersi dal regolamentare tutte le materie, che sono ricondotte nella pertinenza della etichetta "professioni"[32].

Più in particolare, si deve ritenere che, nella disciplina delle professioni, il Governo non possa intervenire con regolamento neanche per dare attuazione/ integrazione alla disciplina dei principi fondamentali che ad esso spettano in virtù della *summa divisio* delle competenze concorrenti[33]. Invero, si potrebbe osservare che è lo stesso concetto di "principi fondamentali" che stride con la pretesa di fissare con regolamento norme di attuazione e integrazione, giacché la idoneità a precisare i principi fondamentali non può che essere riconosciuta alla sola legge.

Da un secondo punto di vista, è stato opportunamente osservato che il nuovo riparto della potestà regolamentare può comportare particolari problemi nel caso delle cd normative tecniche, tipiche dei settori economici[34]. In questa area, che richiede un ampio ricorso allo strumento regolamentare, la modifica costituzionale *de qua* comporta un irrigidimento del sistema, in ragione del fatto che il legislatore statale è costretto a orientare i propri interventi nella forma della legge o a rinunciarvi. In tal senso, è stato criticamente evidenziato che si corre il rischio, già riscontrato in passato, di ingenerare un fenomeno di "fuga dal tipo normativo", cioè di favorire un aumento del ricorso all'emanazione di atti amministrativi aventi contenuto sostanzialmente normativo (si danno i casi di "provvedimenti", "decreti ministeriali non aventi natura regolamentare") o, in alternativa, di fuga dalla terminologia costituzionale per l'individuazione delle materie (si danno i casi di disposizioni regolamentari che si discostano dal lessico delle norme primarie di cui costituiscono attuazione)[35]. A tal riguardo, appare dunque indispensabile ricorrere alla individuazione di strumenti e meccanismi di conciliazione politico- giu-

[32] Sul punto, cfr. G. Della Cananea, *L'ordinamento delle professioni dopo la riforma*… cit., p. 94.

[33] In tal senso, E. Bindi, M. Mancini, *Principi costituzionali in materia di professioni e possibili contenuti della competenza legislativa statale regionale alla luce della riforma del titolo V*, in "Le Regioni", 6/2004, pp. 1341 ss.

[34] C. Tubertini, *Riforma costituzionale*… cit., pp. 967 ss.

[35] Sul punto, cfr. C. Tubertini, *Riforma costituzionale*…cit., p. 968: "*Di fronte alla compressione della propria potestà normativa, è del tutto prevedibile che lo Stato, non potendo più ricorrere ai regolamenti, si serva (quanto e più di prima) di altre tipologie di atti quale veicolo per l'introduzione di regole*". Cfr., altresì, M. Abrescia, *Il Titolo Quinto* … cit., p. 645.

ridica, espressione di istanze di leale collaborazione. Sul piano della legislazione ordinaria, al fine di sanare le suddette incongruenze, sono stati proposti, e talvolta adottati, diversi strumenti e meccanismi ispirati all'esigenza di coordinare le due espressioni della potestà legislativa, elaborando nuove figure espressive del principio della leale collaborazione. Ciò è avvenuto in particolare, con riguardo alle professioni sanitarie riguardo alle quali è stato applicato il meccanismo dell'accordo in sede di conferenza Stato- Regioni[36].

Da un terzo punto di vista, non si può sottacere un particolare legato alla specificità della materia delle professioni, alla luce del quale si possono ipotizzare, repentine e imprevedibili fughe in avanti da parte del legislatore o dell'interprete costituzionale. Occorre considerare, infatti, che le professioni hanno ricevuto, negli anni più recenti, una crescente attenzione da parte del diritto comunitario. Al riguardo, si ricordi che la Corte costituzionale, già dal 1999, ha ritenuto legittimo l'intervento sostitutivo statale mediante regolamento anche nelle materie di competenza regionale, in ragione della responsabilità che lo Stato ha assunto sul piano comunitario[37]. La Corte ha chiarito che «*la "rivendicazione" delle competenze regionali e provinciali deve avvenire non attraverso la contestazione nel giudizio costituzionale della normativa statale ma attraverso l'esercizio concreto delle proprie competenze*»[38]. Solo tale esercizio ha l'effetto di rendere inapplicabile la normativa statale. Tale opzione appare ormai pacifica e incontestabile, anche perché confermata dalla legislazione sopravvenuta (art. 11, comma 8, l. 11/2005) a tenore della quale è previsto che i regolamenti statali possono essere emanati in materie di competenza regionale, allorquando si tratti di assicurare il tempestivo recepimento delle direttive dell'Unione europea, in sostituzione delle Regioni che non vi abbiano provveduto. È altresì positivamente stabilito che gli atti normativi statali adottati si applicano «*a decorrere dalla scadenza del termine stabilito per l'attuazione della rispettiva normativa comunitaria*» e che «*perdono comunque efficacia dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione di ciascuna regione e provincia autonoma*»[39].

[36] E' da precisare peraltro che, a riguardo, la Corte costituzionale ha chiarito che tale legge non sarebbe suscettibile di interpretazione estensiva o analogica per essere applicata ad altri settori.

[37] Corte costituzionale, sentenza 27 ottobre- 10 novembre 1999 n. 425.

[38] Corte costituzionale, sentenza 27 ottobre 1999, n. 425, punto 5.3.1 del considerato in diritto.

[39] Sul punto, cfr. altresì, S. Bartole, R. Bin, G. Falcon, R. Tosi, *Diritto regionale*, Bologna, il Mulino, 2005, 179 ss.

## 4. *Cenni conclusivi*

In conclusione, si può affermare che, anche per i regolamenti in generale, il principio autonomistico, certamente perseguito dalle riforme costituzionali, non può prescindere da quello di unità di cui all'art. 5 Cost. né dalla considerazione del rapporto, ormai imprescindibile, con il diritto comunitario[40]. Con riguardo ai regolamenti, è stato osservato infatti che, nel sistema delle fonti, «*è facile avvedersi del fatto (…) che le spinte verso l'affermazione di un modello di Stato policentrico non siano controbilanciate in modo chiaro dalla presenza di un momento di raccordo in grado di comporre le espressioni del pluralismo all'interno di un quadro unitario*»[41].

Nella materia delle professioni, in particolare, emergono evidenze tali per cui appare necessario recuperare alcuni elementi di unità e coordinamento, nel rispetto del principio di leale collaborazione: si pensi all'evanescenza dell'attuale riparto di competenza che, nel concreto, vede distribuita la materia tra lo Stato e le Regioni in modo cangiante; alla tecnicità della disciplina, che richiede necessariamente un intervento che non può essere demandato sempre alla legge; alla contiguità e progressiva attrazione della materia da parte del diritto comunitario, in ragione della quale lo Stato può porre in essere un intervento regolamentare in via sostitutiva rispetto alle Regioni inadempienti. Se dal punto di vista legislativo, è stato ammesso in alcuni casi un bilanciamento di interessi mediante il ricorso a strumenti consensuali, ciò non sembra altrettanto praticabile con riferimento alla potestà regolamentare, ove – come si è tentato di dimostrare in questo breve scritto – si riscontra una maggiore rigidità del sistema[42]. Questa mancanza di flessibilità cagiona però, oltre che il tentativo dello Stato di disciplinare la materia sotto mentite spoglie (si pensi ai casi di disposizioni regolamentari che si discostano dal lessico delle norme primarie di cui costituiscono attuazione, ma anche alle potenzialità espansive della tutela della concorrenza o della determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali), anche un effetto di "fuga dal tipo normativo", cioè l'adozione da

[40] L. D'ANDREA, *Regolamenti regionali e* … cit., p. 220.

[41] M.G. RODOMONTE, *I regolamenti*… cit., p. 11.

[42] M.G. RODOMONTE, *I regolamenti* … cit., p. 12. Come si è osservato, la sentenza n. 303 del 2003 nega che la modifica del riparto di competenze mediane il meccanismo dell'intesa possa trovare applicazione nel caso dei regolamenti, ove la divisione delle competenze appare più rigida (opzione che appare confermata dai pareri del Consiglio di Stato esaminati in questa sede).

parte del Governo di atti formalmente non regolamentari ma sostanzialmente normativi. Questo rischia di rinnegare oltremodo i presupposti e gli scopi della riforma e di frustrare non solo gli interessi delle Regioni, ma altresì quelli di tutte quelle associazioni professionali che confidano nella potestà regionale per ottenere un riconoscimento e una tutela, quali espressioni del principio di sussidiarietà orizzontale.

FILOMENA MANGANIELLO

# Perché la prevalenza è sempre la risposta? Nota a Corte cost. n. 88/2009

SOMMARIO: 1. Il caso. - 2. Dove collocare le Autorità Amministrative Indipendenti? - 3. Competenze trasversali e fasci di interesse. - 4. Criterio della prevalenza ed uso-non uso della leale collaborazione.

## 1. *Il caso*

Con la sentenza n. 88/2009 la Corte costituzionale decide sulla legittimità costituzionale di alcune norme della l. n. 244 del 2007 su ricorso proposto dalle Regioni Veneto e Toscana. Oggetto di queste osservazioni è quanto la Corte risponde nel secondo motivo di ricorso. Per completezza si ricorda, comunque, che con il primo punto di doglianza la Regione Veneto ricorre avverso l'art. 2, comma 158, lett. *a* della legge n. 244 del 2007 che modifica l'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003, recante attuazione della direttiva 2001/77/CE relativa alla promozione dell'energia elettrica prodotta da fonti energetiche rinnovabili nel mercato interno dell'elettricità.

La Regione lamenta di essere stata spogliata della competenza a rilasciare l'autorizzazione prevista in relazione agli impianti di produzione di energia elettrica alimentati da fonti rinnovabili a favore della Provincia, con conseguente lesione degli artt. 117 e 118 Cost. e, in subordine, del principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni.

In particolare, la ricorrente sostiene che nelle materie oggetto di potestà legislativa concorrente (quale è la *produzione, il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia*) non spetta alla legge dello Stato l'allocazione, con norma di dettaglio, della funzione amministrativa non sussistendo, per giunta, i presupposti per l'attrazione in sussidiarietà delle funzioni regionali da parte dello Stato.

Secondo la Corte, la questione non è fondata, risultando evidente un'erronea interpretazione della disposizione da parte della ricorrente. La norma in questione, infatti, non alloca direttamente la funzione amministrativa in capo alla Provincia, violando la competenza della Regione ma, semplicemente, si limita a restringere il novero dei soggetti cui la funzione autorizzatoria è delegabile: la Regione potrebbe sempre eser-

citare, essa stessa, la funzione *de qua*[1].

Con il terzo punto di doglianza, la Regione Toscana ha impugnato l'art. 2, comma 158, lettera *c*, della legge n. 244 del 2007, ove è stabilito che l'autorizzazione di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. n. 387 del 2003 per gli impianti *offshore* è rilasciata dal Ministero dei trasporti, sentiti il Ministero dello sviluppo economico ed il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, con le modalità di cui al comma 4 e previa concessione d'uso del demanio marittimo da parte della competente autorità marittima.

Nel dettaglio, la ricorrente non contesta l'attribuzione ad un organo dello Stato di tale funzione amministrativa, ma lamenta che essa non sia accompagnata dalla necessità di una previa intesa con la Regione, come imporrebbero gli artt. 117 e 118 della Costituzione, nonché il principio di leale collaborazione.

La Corte dichiara la questione non fondata dal momento che la norma impugnata, se è vero che attribuisce all'organo statale il compito di rilasciare il titolo autorizzatorio, impone espressamente di rispettare il procedimento previsto dal comma 4.

Pertanto, secondo la Corte, tale «assetto normativo garantisce ampiamente l'esercizio delle competenze regionali in materia, giacché, per un verso, spetta alla Giunta regionale pronunciarsi all'esito del procedimento unico e, per altro verso, il dissenso "qualificato" espresso da un'amministrazione statale attiva, ai sensi dell'art. 14-quater della legge 7 agosto 1990 n. 241, la Conferenza Stato-Regioni, ove è altresì assicurata la sfera di azione regionale»[2].

[1] Con le parole della Corte: «La Regione non si duole, pertanto, della restrizione, imposta dalla norma censurata, della propria potestà di delega al solo ente provinciale, anziché al "soggetto istituzionale" ritenuto idoneo, ma lamenta di essere stata spogliata di una competenza a favore della Provincia: sulla base di tale premessa interpretativa, la ricorrente ritiene lesi gli artt. 117 e 118 della Costituzione, poiché in materia ritenuta oggetto di potestà legislativa concorrente (*produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*) non spetterebbe alla legge dello Stato l'allocazione, con norma di dettaglio, della funzione amministrativa, ed "in subordine" il principio di leale collaborazione tra Stato e Regioni, poiché non sussisterebbero le condizioni che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, legittimano la "chiamata in sussidiarietà di funzioni regionali a livello statale". Tuttavia, è evidente l'erroneità del presupposto interpretativo da cui muove la ricorrente, posto che il tenore letterale della disposizione censurata non può lasciare alcun margine di dubbio circa la persistenza della titolarità della competenza amministrativa in questione in capo alla Regione, la quale dispone della mera facoltà, e non certo dell'obbligo, di delegarne l'esercizio alle Province: tale erroneità determina la non fondatezza della questione proposta (sentenza n. 202 del 2007; sentenza n. 184 del 2007)». Cfr. Punto 2 del Considerato in diritto.

[2] Cfr. Punto 4 del Considerato in diritto.

Con il secondo motivo di ricorso la Regione Veneto si duole del fatto che l'art. 2, comma 165, della legge n. 244 del 2007 (integrante l'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 387 del 2003 concernente il contenuto delle direttive che l'Autorità per l'energia elettrica e il gas emana in relazione alle condizioni tecniche ed economiche per l'erogazione del servizio di connessione di impianti alimentati da fonti rinnovabili alle reti elettriche) attribuisce sei nuove competenze (lettere da *f-bis* a *f-septies*) all'Autorità per l'energia elettrica e il gas (di seguito, "**AEEG**"), legittimando la stessa ad emanare direttive che interferiranno sull'autonomia regionale in materia di *produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia*, di potestà legislativa concorrente, ai sensi dell'art. 117, comma 3, Cost., con ciò violando gli artt. 117 e 118 della Costituzione, nonché il principio di leale collaborazione: l'AEEG potrebbe incidere pesantemente su una materia di competenza concorrente in totale assenza delle garanzie procedurali necessarie per realizzare l'attrazione in sussidiarietà.

Sul punto, la Corte nel confermare alcuni suoi pregressi orientamenti in tema di rapporti tra Stato-Autorità amministrative indipendenti e Regioni, relativamente alla loro natura e collocazione nel sistema, adopera il criterio della prevalenza per risolvere un caso di intreccio di competenze statali e regionali.

## 2. *Dove collocare le Autorità Amministrative Indipendenti?*

Nel dare risposta al problema sollevato, preliminarmente, la Consulta indaga la natura dell'AEEG, che viene annoverato correntemente tra le Autorità Indipendenti[3].

In particolare, la Corte ricorda che l'AEEG è stata istituita dall'art. 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, ove si specifica, da un lato, che essa opera "*in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*"; dall'altro, che si tratta di una "*autorità nazionale*", riconducibile alla materia dell'*organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali*, materia di potestà legislativa esclusiva ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *g*, Cost[4].

Proprio, il carattere dell'*indipendenza* intesa come possibilità di as-

[3] Cfr. M. DE BENEDETTO, *Autorità Indipendenti*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano 2006, p. 588. F. MERUSI- M. PASSARO, voce *Autorità Indipendenti*, in *Enc. dir.*, Milano 2002, pp. 154 ss.

[4] Cfr. Punto 3 del Considerato in diritto. Contra vedi P. BILANCIA, *Autorità Amministrative Indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.* 2003, p. 150, che dubita della possibilità di fondare la statualità delle Autorità nell'art. 117, comma 2, lett. *g*, Cost.

sumere decisioni non condizionate da indirizzi politici, rappresenta, per la dottrina[5], il profilo di maggiore originalità del fenomeno delle Autorità: l'indipendenza si afferma rispetto al Governo e, per l'effetto, l'attività delle stesse non è riconducibile nell'alveo della responsabilità politica di cui all'art. 95 Cost.

Sul piano funzionale, il profilo dell'*indipendenza* consente di distinguere le Autorità Amministrative Indipendenti dagli enti strumentali dello Stato: questi ultimi svolgono funzioni statuali e, soprattutto, sono soggetti a controlli e direttive da parte dei Ministeri cui fanno capo; le prime non fanno parte dello Stato-apparato, bensì vanno ricondotte allo Stato-comunità, ‹‹dovendo in una posizione di terzietà garantire il rispetto delle regole nei confronti di tutti i soggetti che siano portatori di interessi, sia generali che settoriali o particolari››[6].

Sul versante strutturale, l'indipendenza organica è assicurata dalle disposizioni che regolano le modalità di nomina dei componenti e da quelle che introducono un regime di incompatibilità; a ciò si aggiunge il riconoscimento dell'autonomia organizzatoria, finanziaria e contabile[7].

Ad oggi, resta aperto il dibattito in dottrina circa l'effettivo grado di irresponsabilità delle Autorità rispetto al Governo e relativamente all'intensità dei controlli che lo stesso può effettuare nei confronti delle Autorità.

Secondo un primo indirizzo[8] le Autorità vanno ricondotte nella nozione classica di pubblica amministrazione come delineata dall'art. 95 Cost.: non è ammissibile che queste siano completamente svincolate dal controllo del Governo, anche se non si disconosce il carattere di *indipendenza* delle stesse. In tale prospettiva, le Autorità Indipendenti avrebbero l'obbligo di rendere conto degli atti compiuti, delle ragioni delle scelte e dei criteri

[5] Cfr. F. MERLONI, *Fortuna e limiti delle cosiddette Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Politica del diritto*, n. 4/1997, p. 641. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo*, Milano 2006, p. 636.

[6] L'espressione è di V. CAIANIELLO, *Le Autorità Indipendenti tra potere politico e società civile*, in *Foro amm.*, 1997, p. 365. Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo, cit.*, p. 637.

[7] Cfr. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma 2009, p. 268. M. CLARICH, *Autorità Indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna 2005, pp. 14 ss. M. MANETTI, *Autorità Indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. Giur.*, 1997, pp. 1-13.

[8] Cfr. P. VIPIANA, *Il Garante dell'attuazione della legge per l'editoria ed il Garante per la radiodiffusione e l'editoria: due figure istituzionali a confronto*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1991, p. 237. R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo, cit.*, p. 270. M. MANETTI, *Regioni e Autorità indipendenti in conflitto*, in *Giur. Cost.* 2002, p. 2826, secondo la quale «Le Autorità fanno parte dello Stato-apparato, e non si contrappongono ad esso, anche se godono una particolare posizione di indipendenza in vista della tutela dei diritti».

cui si è ispirata l'attività. Dal canto suo, il Governo dovrebbe rispondere per *culpa in eligendo* in relazione agli atti posti in essere dalle Autorità, conservando il potere di revocare i vertici delle stesse.

In senso opposto[9], si sostiene che l'*indipendenza* da riconoscere alle Autorità deve essere la più ampia possibile in ragione della natura degli interessi a tutela dei quali il fenomeno è fiorito: garantire l'esercizio di un diritto fondamentale. Del resto, secondo l'orientamento in esame, alcune delle attività delle Autorità, soprattutto quella arbitrale e paragiurisdizionale, non possono essere ricondotte alla funzione amministrativa in senso classico, ma assumono i caratteri della funzione giusdicente (uno *jus* comprensivo sia del regolare che del decidere), sicché il loro esercizio pretende autonomia ed indipendenza dai poteri dello Stato.

Vero è che, di recente, la natura amministrativa delle Autorità Indipendenti è stata ribadita dalla Corte di Cassazione[10]. Quest'ultima ha affermato la legittimazione passiva del Garante per la protezione dei dati personali in caso di impugnazione giurisdizionale dei propri provvedimenti, disattendendo la posizione del giudice di primo grado, secondo cui il Garante è «giudice neutrale, ovvero operante in posizione di terzietà, persegue interessi pubblicistici analoghi a quelli perseguiti dal giudice e non invece interessi propri. Questa natura pubblicistica dell'interesse perseguito escluderebbe il riconoscimento della legittimazione processuale di cui si tratta».

Numerose le argomentazioni della Corte di Cassazione. Innanzitutto, il nostro ordinamento non conosce un *tertium genus* tra amministrazione e giurisdizione, ossia una funzione paragiurisdizionale. Ancora, la Corte sostiene che non si istituisce un giudice speciale ai sensi dell'art. 102, comma 2, Cost. solo con l'attribuzione ad un organo pubblico di un procedimento speciale. A ciò si aggiunge che può considerarsi giudice solo quel soggetto pubblico che al termine del processo giudiziario dà luogo ad una decisione su diritti suscettibile di assurgere alla definitività del giudicato, al di fuori di qualunque controllo da parte di altro e di-

[9] Cfr.. G. FALCON, *Il «primo», il «secondo» ed il «terzo» garante nei settori dell'editoria e della radiodiffusione*, in *Mercati e Amministrazioni Indipendenti*, Milano 1993, pp. 95-97. R. GAROFOLI- G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, *cit.*, p. 270. G. GRASSO, *Autorità Amministrative Indipendenti e Regioni tra vecchio e nuovo Titolo V della Costituzione. Alcuni elementi di discussione*, in *Quaderni regionali* n. 3/2003, p. 816, ove si afferma che le Autorità Amministrative Indipendenti, pur conservando un forte collegamento con la realtà amministrativa, sono manifestazione di qualcosa di più e di diverso rispetto all'amministrazione in senso classico, dovendo essere collocate nella nicchia dei poteri di rango costituzionale.

[10] Cfr. Cass. Civ. 20 maggio 2002, n. 7341.

verso organo o potere dello Stato.

Diversamente, il termine *neutralità* indica l'indifferenza dell'Autorità Indipendente rispetto ai protagonisti degli interessi confliggenti da comporre; essa va distinta dall'*imparzialità*, termine con cui si esprime l'esigenza che l'amministrazione, agendo per il perseguimento dell'interesse pubblico si comporti nei confronti dei destinatari dell'*agere* amministrativo in modo non arbitrario[11].

È allora interessante evidenziare che, nella decisione in esame, la Corte conferma che né i caratteri dell'indipendenza e della neutralità - che generalmente connotano le Autorità Indipendenti - né la presenza di vincoli comunitari alterano i criteri costituzionali in base ai quali viene ripartito l'esercizio delle competenze amministrative tra Stato, Regioni ed Enti locali ex art. 118 Cost.

Di conseguenza, la Corte incardina l'AEEG nell'apparato amministrativo dello Stato: questa qualificazione non è nuova, né circoscritta al caso in esame: la statualità delle Autorità, infatti, è già stata affermata nella sentenza n. 32 del 1991[12].

Sembra si possa affermare che, ormai, appartiene alla giurisprudenza consolidata della Corte che le Autorità sono allo stesso tempo *indipendenti dallo Stato* ed *incardinate nell'organizzazione statale*, relativamente ai rapporti con le Regioni. Di qui la necessità di verificare se le attribuzioni di cui l'Autorità gode, al fine di regolare e controllare il settore di propria competenza, siano compatibili con la sfera di competenza costituzionalmente riconosciuta alle Regioni[13].

In sostanza, il nodo è il seguente: le direttive dell'Autorità, in quanto, comunque, *fonti statali* incidenti su materie di competenza concorrente, possono implicare qualche forma di collaborazione paritaria con le Regioni? Con l'ulteriore conseguenza se l'inquadramento delle Autorità amministrative nel contesto dell'apparato statale possa avere una qualche incidenza sulla motivazione finale adottata dalla Corte e sulla scelta del criterio della prevalenza per comporre l'intreccio di competenze.

### 3. *Competenze trasversali e fasci di interessi*

Non si può negare che l'AEEG sia titolare di ampi poteri in settori che, a seguito della riforma del Titolo V, sono transitati dalla competen-

[11] Cfr. F. CARINGELLA, *Manuale di Diritto amministrativo, cit.*, pp. 634-635.
[12] Cfr. Corte cost. n. 32 del 1991, Punto 4.1. del Considerato in diritto.
[13] Cfr. Punto 3 del Considerato in diritto.

za esclusiva dello Stato a quella concorrente e nei quali forte è l'intreccio fra la dimensione nazionale e quella locale[14].

Dalla compenetrazione dei diversi interessi e livelli di governo che insistono sui medesimi oggetti è conseguito il carattere recessivo delle idee di *materia* e di *potestà esclusiva*[15]: infatti, dopo il 2001 si accentua la caratterizzazione teleologica delle materie con riguardo agli obiettivi che sono chiamate a perseguire[16].

In tale prospettiva alcune materie, tra cui la *tutela dell'ambiente* e *della concorrenza*, sono definite come *trasversali*[17], in quanto possono incidere su diversi oggetti con l'obiettivo di raggiungere la finalità costituzionalmente sancita, ed hanno una natura tale da implicare interventi a due voci, giustificando, ad un tempo, quello statale e quello regionale.

Tuttavia, le ccdd. materie esclusive trasversali nate come occasione di interazione tra il legislatore statale e regionale, pur nella salvaguardia delle esigenze unitarie[18], nelle recenti decisioni[19] della Corte sembrano, però, slegate dal ricorso a moduli collaborativi: infatti, numerosi sono i casi nei quali la materia trasversale è pur sempre "esclusiva" e l'unico legislatore ammesso è quello statale, con conseguente titolarità delle relative funzioni amministrative[20].

[14] In dottrina si è sostenuto che lo spostamento, dalla competenza statale esclusiva alla competenza concorrente, di materie dalla connotazione manifestamente nazionale, come *il trasporto e la distribuzione nazionale dell'energia* è un evidente errore materiale. A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, in *Quad. cost.*, n. 1/2003, p. 17.

[15] Cfr. R. BIN, *Materie e interessi: tecniche di individuazione delle competenze dopo la riforma del Titolo V*, relazione al Convegno *"Dopo la modifica dell'art 117 Cost.: problemi ed esperienze sulla competenza della materia agricoltura"*, Milano 2006, pp. 15-32. P. CIARLO, *Funzione legislativa ed anarcofederalismo,* in S. GAMBINO, *Il "nuovo" ordinamento regionale. Competenze e diritti,* Milano 2003, pp. 75-84.

[16] Cfr. F. S. MARINI, *La Corte Costituzionale nel labirinto delle materie «trasversali»: dalla sent. n. 282 del 2002 alla n. 407 del 2002*, in *Giur. cost*. 2002, pp. 2954 ss.

[17] Cfr. A. D'ATENA, *Materie legislative e tipologia delle competenze*, *cit*., p. 14 ss. G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte II della Costituzione*, in *Le Regioni* n. 6/2001, pp. 1247 ss.

[18] Cfr. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, in *Le Regioni* 1/2008, pp. 61-90. R. BIN, *I criteri di individuazione delle materie*, in *Le Regioni*, n. 5/2006, pp. 889-901.

[19] Un caso emblematico è rappresentato dalla sentenza n. 104 del 2008, ove la Corte nel Punto 5.1 del Considerato in diritto afferma che «Le Regioni Veneto e Lombardia non possono reclamare un loro coinvolgimento nell'esercizio della potestà legislativa dello Stato in materia di tutela ambientale, trattandosi di una competenza statale esclusiva». Cfr. F. BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, in *Le Regioni* 2008, pp. 905-913.

[20] Cfr. Corte cost. n. 303 del 2003. R. BIN, "*Problemi legislativi e interpretativi nella definizione delle materie di competenza regionale"- Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Ti-*

Anche la decisione che si annota sembra, dunque, confermare il pensiero di chi legge nell'ultima giurisprudenza della Corte costituzionale il ritorno ad un maggiore centralismo, al punto che la leale collaborazione diventa recessiva rispetto ad un'iniziale fase della giurisprudenza costituzionale ove è sembrato che la lettura in chiave collaborativa delle relazioni tra Enti della Repubblica potesse gettare una luce nuova sul significato da dare al riparto per materie[21].

Invero, l'esclusione di moduli collaborativi è sicuramente giustificata alla luce dell'*iter* argomentativo seguito dalla Corte:

- le Autorità Amministrative Indipendenti rientrano nell'apparato statale;

- le direttive che l'AEEG adotta ai sensi dell'art. 14, comma 2, del d.lgs. n. 387 del 2003, come integrato dall'art. 2, comma 165, della legge n. 244 del 2007, vanno ricondotte nelle materie *tutela della concorrenza* e *tutela dell'ambiente* di competenza esclusiva statale, anche se si riconosce che le stesse incidono sulla materia energia, oggetto di potestà legislativa concorrente;

- l'allocazione delle funzioni amministrative che ha per oggetto una materia riservata alla competenza esclusiva dello Stato spetta alla legge statale.

Eppure, la materia "*produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia*" rientra tra le materie di legislazione concorrente, nelle quali spetta alle Regioni la potestà legislativa, salvo che per la determinazione dei principi fondamentali, riservata alla legislazione dello Stato ai sensi dell'art 117, comma 3, della Cost.

Il legislatore della revisione, nell'usare l'espressione *distribuzione nazionale dell'energia,* sembra specificamente fare riferimento alla necessità ed opportunità di coinvolgere le Regioni nel processo di attuazione delle politiche nazionali dell'energia: allo Stato, nel suo raccordo con l'UE, le scelte strategiche mediante i "*principi*" posti a tutela della unitarietà; alle Regioni, nel loro raccordo con lo Stato, l'attuazione[22].

*tolo V*, in *Scritti in memoria di Livio Paladin*, Napoli 2004, p. 323, secondo l'A., nella sentenza n. 303 del 2003, «La Corte muove dal riconoscimento della possibilità che lo Stato trattenga alcune funzioni amministrative nelle materie regionali per tutelare le esigenze unitarie, e poi risale, in nome del principio di legalità, al necessario riconoscimento di un corrispondente potere di disciplinare tale funzione con legge».

[21] Cfr. S. PARISI, *Potestà residuale e ‹‹neutralizzazione›› della riforma del Titolo V*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, tomo III, Napoli 2008, pp. 1597 ss. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, *cit.*, p. 86.

[22] Cfr. B. CARAVITA, "*Taking constitution seriously"- Federalismo e energia nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in www.federalismi.it. R. BIN, "*Problemi legislativi e interpretativi*

Si può, dunque, affermare che la semplice sussunzione nella materia "*produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia*" dell'operato dell'AEEG, con riguardo alle direttive previste dall'art. 14 del d. lgs. n. 387 del 2003 in tema di "*collegamento degli impianti alla rete elettrica*", sarebbe stata più garantista delle posizioni dello Stato e delle Regioni che l'art. 114 Cost. individua come componenti della Repubblica[23].

## 4. *Criterio della prevalenza ed uso-non uso della leale collaborazione*

In definitiva, il recupero di una lettura collaborativa delle competenze esclusive trasversali sembra ormai una prospettiva lontana: è piuttosto consolidata, dunque, l'interpretazione delle competenze "trasversali" come "esclusive" *tout court*. Ma si delinea un ulteriore profilo problematico legato all'uso che la Corte fa del criterio della prevalenza e all'accantonamento progressivo del criterio della leale collaborazione per dirimere le ipotesi di interferenze tra diversi ambiti materiali[24].

Invero, la giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni ci insegna che la ripartizione delle competenze legislative tra Stato e Regioni ai sensi dell'art. 117 Cost. non si esaurisce nel solo riparto formale delle ma-

*nella definizione delle materie di competenza regionale"- Rileggendo Livio Paladin dopo la riforma del Titolo V , cit*, p. 297 ss., l'A. afferma che ‹‹Sia pure implicitamente, la riforma ci dice dove e come le esigenze unitarie possono e devono trovare la loro tutela: nelle sedi e nelle forme paritarie della leale collaborazione, non in quelle di un intervento dello Stato ispirato a supremazia››.

[23] Del resto, resta sempre possibile il ricorso ai poteri sostitutivi ordinari e straordinari. Per una disamina sui rapporti tra potere sostitutivo e autonomia si veda V. COCOZZA, *Il potere sostitutivo ‹‹configura›› l'autonomia: qualche riflessione sul più recente percorso giurisprudenziale*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, Tomo II, Napoli 2008, pp. 599 ss. M. DELLA MORTE, *Profili del potere "ordinario" di sostituzione regionale nei confronti degli enti locali*, in S. STAIANO (a cura di), *Le funzioni amministrative nel sistema delle autonomie locali*, Napoli 2006, pp. 125 ss. S. Parisi, *Poteri sostitutivi e sussidiarietà: la tensione tra unità e autonomie*, in R. Tarchi (a cura di), *Le competenze normative statali e regionali tra riforme della Costituzione e giurisprudenza costituzionale. Un primo bilancio*, Torino 2006, pp. 207 ss. C. MAINARDIS, *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale*, Milano 2007, pp. 55 ss.

[24] «Se è vero che la sovrapposizione di interessi affidati ai diversi livelli territoriali di governo fa parte della fisiologia della materie trasversali, è anche vero che non sempre a questa corrisponde la *co-legislazione* di Stato e Regioni. Come è stato già messo in luce dalla dottrina, nella soluzione di questi intrecci di interessi, il *criterio della prevalenza* ha assunto un ruolo primario, divenendo un fattore di coordinamento delle competenze esclusive dello Stato con quelle concorrenti e residuali delle Regioni. Significativamente, la Corte costituzionale lo richiama espressamente in alcune pronunce e lo utilizza come presupposto in molte altre». La citazione è di F. BENELLI, *Separazione vs collaborazione: due nuove pronunce della Corte costituzionale in tema di tutela dell'ambiente e di materie trasversali*, *cit.*, p. 910.

terie, i cui punti di debolezza erano stati sottolineati dalla dottrina ancor prima dell'istituzione delle Regioni ordinarie[25].

Oggi, come allora, si manifesta l'impossibilità di individuare i confini di ogni ambito materiale perché frequenti sono le sovrapposizioni.

In assenza di un criterio espresso per la composizione di tali interferenze, la Corte ha elaborato due criteri:

I) la *prevalenza* di una materia sulle altre, criterio che mantiene il sindacato sul piano del riparto, rendendo dominante una delle competenze;

II) la *leale collaborazione*, cui la Corte fa ricorso quando l'interferenza tra le competenze è tale da non poter essere risolta con l'applicazione del criterio della prevalenza.

Il secondo, dunque, costituisce un criterio sussidiario rispetto al primo.

In particolare, quando una determinata disciplina si colloca all'incrocio di una pluralità di competenze si ricorre al criterio di prevalenza ‹‹qualora appaia evidente l'appartenenza del nucleo essenziale di un complesso normativo ad una materia piuttosto che ad altre››[26]. Non si tratta della semplice riconduzione di una disciplina in una materia: non si esclude, infatti, la sussistenza delle altre competenze, tutte in grado di dare copertura costituzionale alla legge[27].

In applicazione del criterio della leale collaborazione, invece, la Corte dichiara legittimo l'intervento statale ma, in ragione dell'inestricabile intreccio di competenze, impone la previsione di meccanismi che garantiscano la partecipazione delle Regioni[28].

Nella sentenza in esame la Corte, pur riconoscendo che l'operato dell'AEEG, con riguardo alle direttive previste dall'art. 14 del d.lgs. n. 387 del 2003 in tema di "*collegamento degli impianti alla rete elettrica*" incide sulla materia energia[29], oggetto di potestà legislativa concorrente ai sensi del-

[25] Cfr. L. PALADIN, *La potestà legislativa regionale*, Padova, 1958, pp. 89 ss. L. PALADIN, *Diritto regionale*, Padova 2000, pp. 80 ss.

[26] Corte cost. n. 50 del 2005, Punto 5 del Considerato in diritto, anche se l'introduzione di tale criterio si rinviene già in Corte cost. n. 370 del 2003, Punto 4 del Considerato in diritto.

[27] Cfr. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti*, *cit.*, pp. 80- 83. F. BENELLI, *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo Titolo V della Costituzione*, Milano 2006, pp. 107 ss.

[28] La giurisprudenza sul punto è ormai abbondante. Si vedano a mero titolo di esempio: Corte cost. n. 219 del 2005, Punto 5 del Considerato in diritto. Corte cost. n. 133 del 2006, Punto 6 del Considerato in diritto.

[29] Cfr. Corte cost. n. 6 del 2004, ove la Corte ha ritenuto, con riferimento alla materia *produzione, trasporto e distribuzione nazionale dell'energia* ex art 117, comma 3, Cost., conforme alla Costituzione riconoscere un ruolo fondamentale agli organi statali nell'esercizio delle corrispondenti funzioni amministrative, nel rispetto di moduli collaborativi, ove ri-

l'art. 117, comma 3, della Costituzione risolve la questione chiamando in causa il criterio della prevalenza, affermando nel punto 3 del "Considerato in diritto", che «le molteplici previsioni di cui si compone la norma impugnata, in ragione delle finalità cui appaiono ispirate e dell'obiettivo fascio di interessi che ne vengono incisi, sono riconducibili, con un giudizio di prevalenza rispetto alla materia dell'energia, a materia di competenza esclusiva dello Stato».

Pertanto, la finalità sottesa alla disciplina impugnata è quella di «assicurare e conformare gli interessi peculiarmente connessi alla protezione dell'ambiente nell'ambito di un mercato concorrenziale»: sicché le direttive che l'Autorità è tenuta ad adottare ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n. 387 del 2003 integrato «si trovano all'incrocio delle competenze esclusive dello Stato in materia di *tutela della concorrenza* (art. 117, comma 2, lettera *e* della Costituzione) e di *tutela dell'ambiente* (art. 117, comma 2, lettera *s*, della Costituzione)»[30].

Nelle conclusioni della Corte, dunque, se la materia è di competenza esclusiva dello Stato vuol dire che l'allocazione della funzione amministrativa spetta alla legge statale nel rispetto dell'art. 118 Cost: non sussiste, dunque, una concorrenza di competenze nazionali e regionali tale da giustificare la previsione di moduli collaborativi.

Insomma, il ricorso alla clausola di prevalenza (che significa, in sostanza, prevalenza della potestà esclusiva statale) è la risposta che la Corte dà anche nelle ipotesi di intrecci di competenze, come nel caso di specie.

Tuttavia, la Corte, senza effettuare un giudizio sul *quantum* di competenze statali e regionali implicate, avrebbe potuto applicare il criterio della leale collaborazione, che consente in virtù della sua elasticità di aver riguardo al caso concreto, dal momento che sussiste quell'inestricabile intreccio di competenze che ne giustifica (e, forse, ne *obbliga*) l'impiego: *tutela dell'ambiente* e della *concorrenza*; *produzione, trasporto, distribuzione nazionale dell'energia* e (perché no) *governo del territorio*.

Vi è da chiedersi se proprio la presenza di un'Autorità Indipendente abbia spinto la Corte ad utilizzare il criterio della prevalenza e a decidere nel senso della sussistenza della competenza esclusiva statale, in considerazione del fatto che il soggetto che interferisce con le competenze regionali non è lo Stato in sé, ma l'AEEG ricondotta, alla materia del-

tenuti costituzionalmente necessari, per garantire istanze unitarie, in conformità a quanto sancito dalla sentenza n. 303 del 2003. In particolare, sul rapporto tra sussidiarietà ed esigenze unitarie si veda O. Chessa, *Sussidiarietà ed esigenze unitarie: modelli giurisprudenziali e modelli teorici a confronto*, in *Le Regioni*, n. 4/2004, pp. 941 ss.

[30] Cfr. Punto 3 del Considerato in diritto.

la *organizzazione amministrativa dello Stato e degli enti pubblici nazionali* ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *g,* Cost.

Certo è che dall'analisi della più recente giurisprudenza si evince che sempre più spesso la Corte costituzionale ricorre all'uso del criterio della prevalenza, come si notava, a prescindere dalla presenza di un'Autorità Indipendente, pur sussistendo i presupposti per *preferire* l'applicazione del criterio della leale collaborazione[31].

Legittima la domanda se, con tale percorso, le competenze tecniche di cui sono titolari le Autorità possano rappresentare un fattore di ulteriore compressione delle competenze regionali, incidendo sulle modalità di produzione delle "*regole*".

Sullo sfondo, il timore che proprio le Autorità, in assenza di meccanismi idonei a salvaguardare il decentramento, principio generale ispiratore della riforma del 2001, possano divenire strumento ulteriore di svuotamento dei poteri delle Regioni.

Né si può trascurare che la disciplina europea, rinvigorita dal vincolo comunitario di cui all'art. 117, comma 1, Cost. spinge l'ordinamento verso nuove forme di accentramento delle funzioni, imponendo esigenze di unitarietà della regolazione che muovono in una direzione opposta a quella della valorizzazione della competenze regionali[32].

[31] Cfr. E. BUOSO, *Concorso di competenze, clausole di prevalenza e competenze prevalenti, cit.*, pp. 61- 90, l'A. esamina la giurisprudenza della Corte in relazione agli intrecci di competenze ed ai criteri utilizzati per comporre le sovrapposizioni tra diversi ambiti materiali, affermando che è possibile rintracciare una tendenza nell'assetto delineato dalla riforma del Titolo V: per un verso, il regionalismo che emerge dalle sentenze della Corte sembra indirizzato alla valorizzazione degli elementi di flessibilità del sistema; per l'altro, alcuni segnali fanno pensare al ritorno di un principio generale di supremazia dello Stato centrale.

Sull'applicazione del criterio della prevalenza si veda anche Corte cost. n. 148 del 2009, Punto 4.2 del Considerato in diritto. Corte cost. n. 401 del 2007, Punto 6.7 del Considerato in diritto.

[32] Cfr. A. VALASTRO, *Le Autorità Indipendenti in cerca di interlocutore*, Napoli 2008, p. 91.

VINCENZO MASTRANGELO

# La diffida ad adempiere nell'appalto privato tra art. 1662 ed art. 1453 cod. civ.

SOMMARIO: 1. La sorveglianza del committente sull'esecuzione dell'opera; 2. La verifica in corso d'opera. - 2.1 Effetti della verifica in corso d'opera. - 2.2 L'inadempimento dell'appaltatore in corso d'opera. La diffida ed il termine. - 2.3 La congruità del termine. - 2.4 La risoluzione dell'appalto in seguito all'esito negativo della verifica. - 2.5 La risoluzione in corso d'opera e l'appalto "a regìa".

## 1. *La sorveglianza del committente sull'esecuzione dell'opera*

Il contratto d'appalto[1] termina, in modo naturale, con l'adempimento delle obbligazioni dei contraenti: l'appaltatore realizza l'*opus* ed il committente paga il prezzo pattuito. Nel programma negoziale rilievo peculiare assume la prestazione dell'appaltatore. L'opera commissionata, una volta ultimata, è oggetto di un complesso sistema[2] di operazioni che vanno dalla verifica, al collaudo, all'accettazione ed alla consegna della cosa. In questo procedimento intricato di rilievo è il diritto del committente al controllo dello svolgimento dei lavori.

Il diritto di sorvegliare l'andamento dei lavori (art. 1662, comma 1, cod. civ.) e di fornire istruzioni all'appaltatore in ordine agli interventi stessi (art. 1662, comma 2) viene riconosciuto dalla legge e costituisce elemento normale del rapporto[3].

[1] F. VOLTAGGIO-LUCCHESI, *Vizi, difetti o difformità dell'opera nell'appalto*, Milano, 1952; V. OTTAVIANO, *Collaudo (diritto pubblico)*, in *Nuovo Dig. It.*, vol. II, Torino, 1957; M. STOLFI, *Appalto*, in *Enc. Dir.*, 1958; D. RUBINO, *L'appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. it.* diretto da Vassalli, VII, t. III, Torino, 1958; F. VITALI, *Dell'appalto. Del trasporto*, in *Comm. teor. prat. al cod. civ.*, diretto da De Martino, *artt. 1655-1702*, Novara-Roma, 1973; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *L'appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, Padova, 1977; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Tratt. Dir. civ. e comm.* diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1982; L. V. MOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Dir. Priv.* diretto da Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, III, Torino, 1984; O. CAGNASSO, *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. IV, Disc. priv., Sez. comm*, 1987; D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. del cod. civ.* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1992; A. CIANFLONE e A. GIOVANNINI, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1999; P. SANTORO, *Manuale dei contratti pubblici*, Rimini, 2005.

[2] C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 267.

[3] Il codice del 1865 riconosceva eguale potere al committente, per mezzo di una definizione meno esplicita e conclusiva, che attribuiva il potere di verificazione anche per partite (art. 1638).

Il potere del committente va correlato con la posizione di autonomia attribuita all'appaltatore dall'art. 1655. L'imprenditore, infatti, per mezzo della propria organizzazione, si accolla il rischio dell'*opus* e deve seguire le indicazioni del committente, pur avanzate a mezzo di altri soggetti, potendo resistere solo alle raccomandazioni che egli, esperto della materia, ritiene contrarie alle regole dell'arte ed a quanto pattuito o, comunque, pregiudizievoli per la buona riuscita dell'opera commissionata. Egli, peraltro, deve avvertire il committente se riconosce il difetto di una modalità del bene.

Le disposizioni che importano modifiche dell'*opus* vengono regolate dal codice (1659 – 1661) e determinano la posizione di *dominus* in capo al committente, indipendentemente dal passaggio della proprietà della cosa. Le direttive della committenza hanno efficacia vincolante e debbono essere seguite dall'appaltatore perchè diretta espressione del potere di sorveglianza sull'esecuzione. Allo stesso modo, le istruzioni impartite per correggere irregolarità in cui è incorso (o sta per incorrere) l'appaltatore, volte ad apportare modifiche di poco conto e non costituenti variazione della struttura della cosa, rappresentano l'espressione del potere di controllo del committente, che si esplica sino al termine dell'opera. Anche dette indicazioni non possono essere rifiutate dall'appaltatore che può sempre invocare il risarcimento dei danni ovvero la proroga del termine a causa del ritardo cagionato da un sindacato vessatorio[4].

Il potere di verifica del committente si colloca dunque in questo ampio sistema negoziale. Essa, anche nel senso di quanto disposto dagli artt. 1665 e ss., viene compiuta dal committente a proprie spese, poiché il controllo riguarda un suo interesse e non può in alcun modo gravare sull'appaltatore il quale dovrà così essere mallevato per ogni eventuale esborso. L'appaltatore, a sua volta, deve fare quanto necessario per rendere possibile la verifica al committente. L'imprenditore, pur nel silenzio della legge, può pretendere un termine di preavviso, disposto nell'interesse delle due parti per la buona riuscita della verifica[5].

## 2. *La verifica in corso d'opera*

Il primo comma dell'art. 1662 riconosce al committente il diritto di controllare lo svolgimento dei lavori e di verificarne a proprie spese[6] lo

[4] C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 268.
[5] D. Rubino, *L'appalto*, cit., p. 281.
[6] G. Musolino, *I poteri di verifica del committente durante l'esecuzione del contratto di ap-*

stato. Il committente ha il diritto di controllare e sorvegliare lo svolgimento dei lavori, scegliendo i tempi ed i modi della verifica.

Nell'esercizio di questo potere, ove nel corso dell'esecuzione dell'opera il committente accerti che i lavori non procedono nei termini negoziali ed a regola d'arte, può fissare un congruo termine invitando l'appaltatore ad uniformarsi, nel tempo dato, alle condizioni. Se nel termine l'appaltatore non ottempera agli interventi richiesti, nel rispetto dei patti e delle regole tecniche che presiedono alla corretta esecuzione dell'*opus*, il contratto può essere risolto ed il committente ha diritto al risarcimento del danno (art. 1662, comma 2)[7].

Il potere di verifica del committente può essere esercitato nel corso dell'esecuzione dell'*opus* in ogni momento, tutte le volte che sia ritenuto opportuno. Il potere, comunque, deve essere svolto secondo il rispetto dei principi generali della correttezza e della buona fede[8].

La verifica riconosciuta dalla norma è l'espressione più pregnante del potere di controllo, costituendo una presa di contatto materiale e più ravvicinata con la *res*: la verifica in senso stretto. Viene così accertato se le parti già eseguite rispondono allo scopo e sono in grado di svolgere la propria funzione[9].

La verifica in corso d'opera ha l'utilità pratica di evitare lo scioglimento del negozio d'appalto nel caso di inadempimenti che non siano irreversibili. L'imprenditore, così, ha la possibilità di rimediare, proseguen-

*palto*, in *Riv. giur. edil.*, 2002, I, p. 96; C. GIANNATTASIO, *L'appalto*, cit., p. 162. Il committente dovrà subire l'onere degli esborsi affrontati direttamente, rimborsando altresì all'appaltatore le spese che questi è costretto a sopportare a causa di tali controlli. La facoltà è finalizzata a garantire l'esatto adempimento dell'appalto, ma non anche a fungere da accettazione dell'opera. Ciò non esclude la responsabilità dell'appaltatore per vizi o difformità dell'opera, Cass. 27 marzo 2003, n. 4544, in *Arch. Civ.*, 2004, 83.

[7] La norma è nuova rispetto al codice previgente, pur recando una *ratio* già intesa nel sistema precedente. In sostanza, il committente ha potere di vigilanza e di controllo sull'andamento dei lavori, ancor prima del compimento dell'opera. Ove l'appaltatore non provveda all'esecuzione dell'opera con la dovuta diligenza, il committente, senza attendere la fine dei lavori, potrà, costituita in mora l'altra parte, domandare la risoluzione del contratto.

[8] D. RUBINO e G. IUDICA, *Dell'appalto*, cit., p. 281. I controlli e le verifiche vanno compiuti solo nei limiti in cui il loro esercizio è giustificato e non debbono essere tali da sconvolgere l'ordinario andamento dei lavori. Il sindacato del committente non deve essere eseguito con spirito vessatorio. In via esemplificativa, il committente deve evitare momenti e circostanze che, senza essere necessari alla verifica o al controllo, creerebbero inutili difficoltà all'appaltatore. In caso diverso, l'appaltatore può anche rifiutare la propria collaborazione al controllo in quelle condizioni; e, anche se vi si presta, ha un termine suppletivo per il ritardo cui è stato costretto e un indennizzo per i maggiori oneri cui ha dovuto sobbarcarsi.

[9] D. RUBINO, *L'appalto*, cit., p. 227.

do nello svolgimento dei lavori intrapresi[10]. Tale verifica, inoltre, è posta a favore del committente e per pratiche ragioni di economia contrattuale. Essa, ancora, tutela l'interesse a che le modalità d'esecuzione dell'opera pattuite, non agevolmente accertabili in sede di verifica finale, siano rispettate dall'appaltatore, evitando il compimento di una cosa che, già in corso di realizzazione, presenti caratteri che la fanno presagire non rispondente al risultato convenuto[11].

Il committente, nell'esplicare il proprio potere di controllo in corso d'opera, ben può scegliere non solo i tempi ed i modi della verifica, ma pure le persone, diverse da sé, attraverso le quali effettuarla[12], senza che l'appaltatore possa limitare tale diritto, neppure nel caso in cui richiede che essa venga svolta da particolari categorie di esperti[13]. L'opposizione dell'appaltatore alla verifica dell'andamento dei lavori, per il tramite di tecnici scelti del committente, configura un inadempimento che legittima la risoluzione del contratto[14].

### 2.1 *Effetti della verifica in corso d'opera*

Lo stato dell'opera verificata può presentarsi in modo non conforme alle regole tecniche ed ai patti: allora il committente può dar corso al rimedio di cui al secondo comma dell'art. 1662 (diffida ad adempiere ed eventuale risoluzione del rapporto). Se l'esecuzione, invece, si presenta esatta e conforme all'obbligo di perizia e diligenza, nel rispetto del progetto e del contratto, le verifiche in corso d'opera, secondo taluni[15], pos-

[10] Cass. 26 marzo 1983, n. 2153, in *Mass. Foro it.*, 1983, p. 444; Cass. 5 febbraio 1971, n. 275, in *Mass. Foro it.*, 1971, p. 85; Cass. 13 maggio 1959, n. 1423, in *Giur. It.*, 1960, I, 1, p. 550; App. Trento 16 agosto 1967, in *Rep. Foro it.*, 1968, *Appalto*, n. 69.

[11] A. Manna, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*, in *Giust. Civ.*, 1997, I, 781.

[12] F. Messineo, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1947, p. 60.

[13] Cass. 23 maggio 1992, n. 6218, in *Mass. Giust. Civ.*, 1992, p. 837: «*Incorre nell'inadempimento legittimante la risoluzione del contratto l'appaltatore che si oppone alla verifica della esecuzione dell'opera di costruzione di una imbarcazione (nella specie, da diporto) pretendendo che essa sia affidata a tecnici del Registro Navale, il cui potere di controllo tecnico delle costruzioni marittime per fini di tutela degli interessi pubblici connessi alla sicurezza della navigazione (ai sensi dell'art. 235 cod. nav.) non esclude o limita i poteri di controllo e verifica che, per altri fini, spettano al committente dell'opera*».

[14] Cass. 23 maggio 1992, n. 6218, in *Foro it.*, 1993, I, 3148.

[15] F. Vitali, *Dell'appalto. Del trasporto*, cit., p. 388. L'Autore ritiene che, se il committente rileva delle imperfezioni e non le comunica a tempo debito all'assuntore non può, in sede di verifica finale, contestare queste mancanze assieme alle successive se il suo silenzio è stato causa del prolungarsi di un indirizzo nocivo al buon compimento dei lavori. Tuttavia il risultato favorevole delle verifiche eseguite non esime l'appaltatore da responsabilità se, nel prosieguo dei lavori, la cattiva esecuzione porta danni alle opere già realizzate e controllate.

sono liberare l'appaltatore per tutto quello che è stato riscontrato esatto, pur in assenza di comunicazione in ordine al loro esito da parte del committente.

L'opinione non è condivisa[16]. Infatti[17], la verifica eseguita dal committente durante lo svolgimento dei lavori, qualora non importi osservazioni o critiche, non equivale ad approvazione parziale dell'opera, nel senso che la parte già eseguita debba intendersi già accettata definitivamente. Del resto, nel contratto d'appalto la prestazione dell'appaltatore costituisce obbligazione di risultato. Pertanto, solo ad opera compiuta, potranno rilevarsi i vizi e i difetti. Fin tanto che il committente non è in grado di giudicare l'opera nella sua totalità, non incorre in preclusioni per la denuncia delle irregolarità[18].

### 2.2 *L'inadempimento dell'appaltatore in corso d'opera. La diffida ed il termine*

L'inadempimento dell'appaltatore in corso d'opera deve essere valutato in riferimento alla cosa dedotta in negozio. Ove la condotta dell'imprenditore, durante l'esecuzione, faccia presumere che l'*opus*, una volta completato, sarà del tutto inadatto alla sua destinazione, pure quando l'inadempimento sia temporaneo e di non scarsa importanza, oppure si presenti solamente allo stato di pericolo[19], potrà darsi corso alla risoluzione, successiva alla verifica, prevista dal secondo comma dell'art. 1662. Così, di seguito alla diffida del committente, il contratto si scioglie in tutti i casi in cui l'esecuzione dell'opera non si svolga in base alle pattuizioni o alle regole dell'arte ed addirittura alla stregua irregolarità che, dopo la fine dei lavori, potrebbero essere motivo non di risoluzione, ma di semplice richiesta di eliminazione del difetto o di riduzione del prezzo[20].

[16] Cass. 4 ottobre 1978, n. 4408, in *Rep. Giur. it.*, 1978, *Appalto privato*, n. 14; App. Torino 17 luglio 1959, in *Mass. Giust. Civ.*, 1959, n. 561.

[17] D. Rubino e G. Iudica, *Dell'appalto cit.*, p. 282 ss.

[18] L'interpretazione *a contrario* dall'art. 1666 contempla la liberazione dell'appaltatore, nei limiti della parte verificata, solo ove si tratti di opere da eseguire per partite.

[19] In giurisprudenza: Cass. 4 marzo 1993, n. 2653, in *Arch. Giur.*, 1993, p. 803; Cass. 26 marzo 1983, n. 2153, in *Mass. Foro it.*, 1983, p. 444; Cass. 5 febbraio 1971, n. 275, in *Mass. Foro it.*, 1971, p. 85. In dottrina, in senso conforme: C. Di Nanni, *Collegamento negoziale e funzione complessa*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1977, p. 384; E. Favara, *La progettazione*, in Marzano (a cura di), *Appalto di opere pubbliche*, Roma, 1986, p. 941.

[20] D. Rubino e G. Iudica, *Dell'appalto cit.*, p. 287. Gli Autori correggono l'interpretazione precedente secondo cui si sarebbe dovuto prescindere dalle considerazioni circa la gravità dell'inadempimento e la risoluzione si sarebbe potuta invocare pure per inesattezze di mero dettaglio.

L'art. 1662, comma secondo, richiede che il committente, verificata la difformità dell'opera rispetto agli accordi contrattuali e alle regole d'arte, consenta all'appaltatore di porvi rimedio, concedendo un termine entro il quale ricondurre l'obbligazione assunta alla diligenza ed alla perizia (art. 1176, comma secondo). Non appare necessario che l'intimazione ad adempiere venga espressa in forme sacramentali[21], restando sufficiente anche un'intimazione verbale[22]. Il termine dovrà essere congruo, ovvero sufficiente a rendere possibile la rettifica della prestazione.

Anche per l'appalto, il codice prevede una disciplina speciale rispetto a quella dell'art. 1453 e ss. Ci si è chiesti il margine di applicabilità delle norme della risoluzione del contratto in generale.

Quanto ci interessa è il rimedio dell'art. 1662 cod. civ. La misura, prevista dal secondo comma della norma, appare analoga a quanto previsto dall'art. 1454, sebbene non identica. Il tempo che il committente può indicare all'imprenditore per provocare la risoluzione del contratto all'atto dell'inutile compimento del decorso del termine concesso, è un rimedio analogo a quello generale della diffida ad adempiere. Più in particolare[23], mentre la diffida di cui all'art. 1454 cod. civ. postula l'avvenuto inadempimento del contratto[24], il rimedio dell'art. 1662 presuppone che il contratto sia ancora in corso di esecuzione e che i vizi ed i difetti riscontrati appaiano eliminabili dall'imprenditore. Solo se questi possiedono, invece, il carattere della irreparabilità, in maniera da compromettere l'esecuzione del contratto[25], si applica il rimedio generale di cui agli artt. 1453 e ss.

[21] Cass. 21 maggio 1980, n. 3338.

[22] Cass. 20 giugno 1983, n. 4226, in *Mass. Giur. it.*, 1983.

[23] Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 511.

[24] C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 165. La diffida ad adempiere *ex* art. 1453 e ss. si fonda su un inadempimento attuale, mentre l'intimazione *ex* art. 1662 ha una funzione *preventiva*, rappresentando una reazione contro il *pericolo di inadempimento*.

[25] Anche la risoluzione prevista dall'art. 1662 presuppone che le irregolarità riscontrate dall'appaltatore siano di non scarsa importanza, altrimenti l'effetto risolutivo non si produce, così come previsto dall'art. 1454. Le irregolarità sono invece gravi, e consentono l'esercizio immediato del rimedio di cui all'art. 1453 e ss., quando inducono a presumere, con ragionevole probabilità, la mancata consegna dell'opera nel termine contrattualmente stabilito. Il rimedio dell'art. 1662 cod. civ. infatti non preclude l'immediata esperibilità dell'azione generale di risoluzione in presenza di un inadempimento grave (per la natura dei vizi, *ex* art. 1668, comma 2, ovvero per l'entità del ritardo nell'esecuzione dei lavori, *ex* art. 1455). Pertanto, quando, pur nel corso dei lavori, risulti evidente che i vizi e le difformità in atto preannunciano un'opera del tutto inadatta alla sua destinazione ed i vizi e le difformità non risultino eliminabili, il committente può agire immediatamente per la risoluzione del contratto, senza necessità di attendere il compimento dell'opera. Se, però, il committente domandi la risoluzione in presenza di un inadempimento non grave o, comunque, eliminabile, la giurisprudenza ritiene – nonostante il disposto dell'ultimo comma

Così, la scadenza del termine fissato *ex* art. 1662, senza alcun inizio di attività diretto a seguire le prescrizioni contrattuali e tale da far ragionevolmente presumere l'inosservanza alla convenzione per il completamento dell'opera, costituirà di per sé inadempimento definitivo[26].

Nell'ipotesi dell'art. 1454, la parte intimante ha il beneficio di ottenere la risoluzione del contratto, in mancanza di clausola risolutiva espressa, se il contraente intimato non abbia eseguito la sua prestazione nel (congruo) termine prefissogli e se l'inadempimento – persistente anche dopo la diffida – sia riconosciuto di essenziale importanza avuto riguardo all'interesse del creditore. La somiglianza delle due disposizioni è però solo apparente.

L'art. 1662 capoverso, infatti, ha una portata più rilevante rispetto all'articolo 1454, perché trova applicazione non già relativamente ad una prestazione che avrebbe dovuto essere già adempiuta, e per la quale il creditore assegna un ulteriore termine per l'adempimento, ma rispetto ad un'obbligazione in corso d'esecuzione e per cui non è ancora venuto a scadenza il termine assegnato all'assuntore dell'opera[27]. Di qui, nella diffida ad adempiere generale, il decorso del termine, senza che la prestazione venga fornita, non ostacola il futuro accertamento processuale della gravità dell'inadempimento contrattuale, con la relativa tutela del creditore, sia pure con riguardo alla situazione verificatasi alla scadenza del termine, che non può più essere prorogato. Il giudice potrà escludere la risoluzione del contratto, qualora riconosca di scarso interesse la prestazione inadempiuta.

Il rimedio dell'art. 1662, però, non esclude le previsioni relative alla risoluzione per inadempimento di cui agli artt. 1453 e ss., ovvero la declaratoria di risoluzione, indipendentemente dalla diffida del committente nel caso in cui la situazione verificatasi a causa dell'inadempimento dell'appaltatore venga ritenuta irrimediabilmente compromessa[28].

Il particolare rimedio risolutorio, peraltro, a differenza di quello generale che si riferisce ad una obbligazione in corso di attuazione, è diver-

dell'art. 1453 c.c. – che l'appaltatore possa adempiere tardivamente proprio al fine di prevenire il consolidamento di un inadempimento grave. Si veda Cass. 4 settembre 1991, n. 9358, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, 864.

[26] A. Manna, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto* cit., p. 785.

[27] C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 165.

[28] Cass. 14 giugno 1990, n. 5828, in *Mass. Giur. It.*, 1990. Nella medesima direzione, Cass. 28 giugno 1986, n. 4311, in *Mass. Giur. It.*, 1986, ha ritenuto che l'art. 1662, comma secondo, non esclude neppure che lo stesso committente, che non si sia avvalso della risoluzione di diritto del rapporto di cui all'articolo medesimo, può proporre domanda di risoluzione per inadempimento *ex* art. 1453.

so dall'ipotesi di cui all'art. 1668, secondo comma, poiché la risoluzione è ammessa anche quando l'opera non appare del tutto inadatta alla sua destinazione e quindi anche se l'inadempimento sia temporaneo e di scarsa importanza e resti soltanto allo stato di pericolo.

### 2.3 *La congruità del termine*

L'art. 1453 e l'art. 1662 divergono in ordine al termine entro cui l'appaltatore deve uniformarsi alle condizioni contrattuali e tecniche.

La diffida ad adempiere[29] *ex* art. 1454 indica che il termine congruo debba essere indicato, salvo diversa determinazione delle parti, ovvero in considerazione della natura del contratto o degli usi, in almeno quindici giorni.

La norma speciale dell'art. 1662 non determina invece una durata minima. Pertanto, la valutazione della congruità dovrà considerare un'infinità di elementi (gli inconvenienti da ripristinare, anche nella loro entità, la facilità degli interventi, la necessità della demolizione, le condizioni del tempo, la reperibilità dei materiali necessari, etc.)[30].

La stima a proposito della congruità del termine perché l'appaltatore conformi l'esecuzione dei lavori alle condizioni stabilite dal contratto ed alle regole dell'arte rientra nell'apprezzamento discrezionale del giudice di merito e si sottrae a censure in sede di legittimità, se motivata in maniera corretta e adeguata[31].

### 2.4 *La risoluzione dell'appalto in seguito all'esito negativo della verifica*

L'ipotesi di risoluzione del contratto d'appalto, per volontà unilaterale del committente, a seguito dell'esito negativo della diffida, ha carattere eccezionale. Essa costituisce sanzione privata che rende efficace il potere di controllo sullo stato dei lavori come disciplinato dall'art. 1662[32]. La previsione della norma, pur affine al rimedio generale previsto per i negozi a prestazioni corrispettive dell'art. 1454, si pone, come abbiamo già visto, qua-

[29] Mentre la fissazione del congruo termine, intimabile al debitore inadempiente ai sensi dell'art. 1454, deve, per legge, essere effettuata per iscritto, non cosi è per il termine entro cui l'appaltatore si deve conformare alle condizioni stabilite dal contratto e dalle regole dell'arte, per la cui intimazione vi è libertà di forma.

[30] C. Giannattasio, *L'appalto*, cit., p. 169. Il giudizio sulla congruità del termine non importa l'applicazione di norme giuridiche, ma unicamente indagini e valutazioni di fatto.

[31] La valutazione, suffragata nella motivazione della decisione, deve porre il rapporto tra il termine ed i vizi lamentati, per la loro entità e gravità (Cass. 8 marzo 1984, n. 1630, in *Rep. Giust. Civ.*, 1984, *Appalto*, n. 46).

[32] O. Cagnasso, *Appalto nel diritto privato*, cit., p. 169.

le deroga alle norme di diritto comune in tema di risoluzione[33].

Necessità di economia contrattuale evitano la possibilità di scioglimento immediato del negozio d'appalto, concedendosi all'appaltatore un tempo, non indicato espressamente dalla legge, per regolarizzare l'esecuzione. Solo dopo che l'appaltatore avrà ottenuto la possibilità di evitare la risoluzione, riconducendo in tempi ragionevoli la sua prestazione nell'alveo delle pattuizioni contrattuali e delle regole dell'arte, può decidersi la risoluzione del contratto. Ove, invece, fosse consentita al committente direttamente la risoluzione giudiziale *ex* art. 1453, anche nel perdurare dello svolgimento dei lavori, l'appalto potrebbe essere risolto immediatamente anche per irregolarità non gravi, ai sensi dell'art. 1668, secondo comma, in disposto combinato con l'art. 1455[34].

Il rimedio contemplato dall'art. 1662, comma 2, non esclude dunque il rimedio generale della risoluzione per inadempimento previsto dagli artt. 1453 e seguenti, indipendentemente dalla diffida del committente. La soluzione generale sarà praticabile se, a causa dell'inadempimento dell'imprenditore, la prestazione di questi appaia irrimediabilmente compromessa[35].

Nel caso di vizi irreparabili[36], ovvero nell'ipotesi in cui dagli elementi di fatto inequivoci (la mancanza di attrezzatura adeguata, l'assenza o la pochezza del personale, le deficienze grossolane nella fase d'esecuzione dell'opera, ovvero la complessiva trascuratezza nella realizzazione) rivelatisi attraverso le pur poche e modeste opere eseguite, si accerti l'impossibilità concreta ed attuale per l'imprenditore di provvedere all'esecuzione dei lavori appaltati, potrà valere la soluzione di cui alla norma generale di risoluzione per inadempimento.

La risoluzione negoziale, quale misura eccezionale, consente di sana-

[33] Sino a che sussistono le condizioni di cui all'art. 1662, e cioè nella fase in cui l'*opus* è in corso di esecuzione, rimane inibito il ricorso all'azione ordinaria di risoluzione per inadempimento. Si veda, Cass. 4 marzo 1993, n. 2663, in *Arch. Civ.*, 1993, p. 803.

[34] D. Rubino, *L'appalto*, cit., 1980, p. 398 ss.; F. Morozzo Della Rocca, *L'appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, cit., p. 187 ss.

[35] Cass., 14 giugno 1990, n. 5828, in *RGI*, 1990, in *Appalto privato*, n. 55. Cass. 22 marzo 2007, n. 6931, in *Obbl. e contr.*, 2007, 8-9, 749, con nota di Gennari.

[36] L'orientamento in ordine alla irreparabilità dei vizi dell'opera, per la parte realizzata è costante in giurisprudenza: Cass. 4 marzo 1993, n. 2653, in *Arch. Civ.*, 1993, p. 803; Cass. 30 marzo 1985, n. 2236, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p. 511; sulle carenze organizzative ed esecutive nell'attività dell'appaltatore, App. Trento 16 agosto 1967, in *Rep. Foro it.*, 1968, *Appalto*, 69. Sul punto è concorde la letteratura: G. Musolino, *L'autonomia dell'appaltatore nell'appalto pubblico e privato*, in *Riv. trim. app.*, 1994, p. 238; D. Rubino, *L'appalto*, cit., 1980, p. 398; F. Morozzo Della Rocca, *L'appalto di opere pubbliche nella giurisprudenza*, cit., p. 187 ss.

re le patologie del rapporto[37]. L'ipotesi disciplinata dall'art. 1662 permette al committente di sciogliere il rapporto contrattuale anche quando lo stesso non sia ancora del tutto privo di utilità, non essendosi attualmente verificato un inadempimento che possa valutarsi grave e definitivo[38].

Il rimedio dell'art. 1662 costituisce una mera facoltà, il cui esercizio inutile può determinare lo scioglimento del rapporto. Non costituisce invero un onere a carico del committente, il cui mancato assolvimento condizioni il ricorso alla risoluzione giudiziale[39]. Allo stesso modo, la diffida *ex* art. 1454 rappresenta una mera facoltà della parte adempiente[40] che possiede la funzione di determinare lo scioglimento *ipso iure* del rapporto e non quella di condizionare la risoluzione giudiziaria di esso.

Il committente potrà proporre la comune risoluzione per inadempimento prevista dall'art. 1453, invece che utilizzare l'art. 1662[41]: non esiste infatti alcun divieto in tal senso.

### 2.5 *La risoluzione in corso d'opera e l'appalto "a regìa"*

La previsione dell'art. 1662 non è applicabile all'appalto "a regìa", ovvero alla fattispecie ibrida che contiene l'appalto e la prestazione d'opera in economia. In questo diverso negozio, la direzione dei lavori resta in capo al committente il quale, a sua volta, rimborsa all'appaltatore (prestatore d'opera) le spese affrontate per l'acquisto dei materiali, per il pagamento della mano d'opera e per ogni altra necessità. L'appaltatore riceve in aggiunta un compenso, fisso e predeterminato nell'appalto a regìa semplice, ovvero riferito ad una percentuale sull'importo dei lavori, o sul valore dell'opera, nel caso di appalto a regìa cointeressata[42].

Nell'appalto, la *ratio* della deroga alla disciplina generale della ri-

[37] Si veda, in generale, F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 125 ss.; più nello specifico, e per l'argomento qui trattato, L. V. Moscarini, *L'appalto*, cit., p. 736.

[38] A. Manna, *Osservazioni in tema di risoluzione del contratto d'appalto*, cit., p. 784. La norma in esame si riferisce infatti ad obbligazioni ancora in corso di esecuzione, nel duplice senso che non solo i lavori si stanno ancora svolgendo, ma non è ancora scaduto il termine finale stabilito dalle parti o dal giudice o semplicemente implicito. Cass. 4 marzo 1993, n. 2653, in *Arch. Civ.*, 1993, 803.

[39] Cass. 20 ottobre 1972, n. 3166, in *Foro it.*, 1973, I, 1496; Cass. 27 marzo 1998, n. 3239, in *Foro it.*, 1998, I, 1843, per cui l'art. 1662 «*ha la sola funzione di provocare l'automatica risoluzione del contratto al momento dell'inutile compimento del decorso del termine*».

[40] Cass. 16 maggio 1968, n. 1527, in *Rep. Foro it.*, 1968, *Obbligazioni e contratti*, 312.

[41] Cass. 9 gennaio 1979, n. 109, in *Mass. Giur. it.*, 1979, 38; Cass. 28 giugno 1986, n. 4311, in *Giust. it.*, 1987, I, 1, 1451.

[42] D. Rubino e G. Iudica, *Dell'appalto*, cit., p. 76.

soluzione giudiziale si ravvisa nella non definitività dell'inadempimento, che attiene non all'oggetto dell'obbligazione (l'*opus* ovvero il servizio), bensì alle attività strumentali per la realizzazione della cosa, pur comprese nella prestazione dell'imprenditore, prive di rilevanza diretta e caratterizzate da tempi prestabiliti ed autonomi rispetto al momento satisfattivo finale, rappresentato dall'ultimazione dell'opera o del servizio[43].

Nell'appalto a regìa, invece, ha rilievo, come nel lavoro subordinato, l'attività spiegata dal debitore. Costui non è autonomo nell'espletamento della prestazione assegnata e non assume il rischio dell'opera: pertanto l'obbligazione assunta riguarderà la fornitura dei mezzi, ovvero le macchine, i materiali e la mano d'opera. I mezzi costituiscono la prestazione del debitore, indipendente dal risultato che si otterrà con il loro concorso. Difatti il risultato (l'*opus*) rileva quale prestazione dell'appaltatore unicamente nell'appalto *ex* art. 1655 e ss.[44]

[43] Cass. 20 ottobre 1972, n. 3166, in *Foro it.*, 1973, I, 1496.

[44] Il controllo esercitato dal committente, anche mediante il direttore dei lavori, durante la realizzazione dell'opera ed il collaudo, «*quando non si risolve in una ingerenza così penetrante da rendere l'appaltatore un nudus minister, rientra nei normali poteri di verifica del committente e non attribuisce, quindi, allo stesso la veste di costruttore e la responsabilità extracontrattuale c*», Cass. 23 dicembre 1994, n. 11132, in *Mass. Giur. It.*, 1994.

FABRIZIO RICCIARDELLA

# Le comunità montane

SOMMARIO: Introduzione. - 1. I Consigli di Valle. - 2. L'istituzione delle Comunità montane con la legge n. 1102 del 1971. - 3. Il D.P.R. n. 616 del 1977. - 4. La legge n. 93 del 1981. - 5. La legge n. 142 del 1990. - 6. La legge n. 97 del 1994. - 7. La legge n. 59 del 1997. - 8. La legge n. 265 del 1999. - 9. Il decreto legislativo n. 267 del 2000 – T.U.E.L. - 10. La sentenza n. 244/2005 della Corte Costituzionale e il Titolo V della Costituzione. - 11. L'impatto della legge finanziaria 2008 (L. 24/12/2007 n. 244). - 12. Conclusioni.

## *Introduzione*

La specificità dei territori montani, il peculiare ecosistema, le difficoltà di erogazione dei servizi essenziali che caratterizzano le zone montane, in una con la spiccata tendenza culturale alla gelosa difesa dell'identità municipale che caratterizza (ed è, ormai, un dato di fatto inconfutabile) la società italiana, rendono estremamente difficoltoso qualsiasi tentativo di forzoso accorpamento dei comuni minori (come dimostrato dal sostanziale fallimento delle Unioni di comuni finalizzate alla costituzione di un comune unitario di dimensioni maggiori), mentre il fenomeno associativo, dato dalla gestione in forma associata di una serie variabile di competenze municipali, realizzabile attraverso le Comunità montane, diviene una scelta quasi obbligata nell'attuazione dei principi costituzionali di differenzazione, sussidiarietà e adeguatezza, e costituisce, allo stato, la forma più idonea per perseguire la tutela delle zone montane attraverso la valorizzazione della specificità di ciascun singolo territorio.

Tuttavia, affinché lo strumento sia adeguato al raggiungimento dei fini prescelti, occorrerebbe "calibrare" l'intervento in modo tale da consentire alle comunità locali, costituite fra comuni montani e particolarmente disagiati, di avere un peso effettivo nella programmazione degli interventi e nella gestione del territorio.

Tale obbiettivo passa, come intuibile, attraverso un riordino delle Comunità montane che, abbandonato il sillogismo fra rappresentanza di secondo grado e spreco di risorse pubbliche (sillogismo reso possibile ed esaltato, agli occhi dell'opinione pubblica, grazie a singoli episodi di abuso dello strumento e non di strutturale inidoneità dello stesso al raggiungimento dei fini di tutela e valorizzazione delle zone montane), ponga

in primo piano la centralità di alcuni fattori imprescindibili per il successo dello strumento associativo: quali l'associazionismo su base volontaria, l'autodeterminazione dei fini e dell'organizzazione degli enti montani, la partecipazione popolare e l'applicazione di tutti quei principi di organizzazione che de-burocratizzando la struttura rendano l'ente realmente capace di rappresentare le istanze più avvertite e di soddisfare i bisogni effettivi delle comunità locali.

Sebbene tutto ciò sia auspicabile, non è possibile, allo stato, sottrarsi ad una analisi dell'attuale quadro normativo.

Occorre, quindi, prendere le mossa dalla nascita dei Consigli di Valle (antecedente storico delle attuali Comunità montane) sino a giungere alle modifiche introdotte in materia dalla legge finanziaria per il 2008 (L. n. 244/2007), la quale, oltre a presentare numerose criticità (esaminate nell'apposito paragrafo), ha sicuramente avuto il pregio di generare un intenso dibattito ed un fiorire di proposte che, forse per la brevità del tempo concesso alle Regioni per elaborarle, differiscono anche notevolmente le une dalle altre.

Sicuramente positiva appare, ad esempio, la proposta della Regione Marche sia relativamente all'individuazione delle funzioni e dei compiti da attribuire alle Comunità montane (comprensivi di funzioni delegate dalle Province, ad es. in materia di caccia e pesca) sia per quanto concerne la valorizzazione dell'aspetto associazionistico (la legge reg.le individua i requisiti di partecipazione, rimettendo la scelta concreta ai singoli comuni, in tal modo incentivati ad un effettivo conferimento di funzioni), nonché per la valorizzazione dell'autonomia statutaria dei costituendi enti montani (che potrebbe addirittura mutare la configurazione della Comunità montane accentuandone il carattere operativo a discapito della componente politica, ad es. consentendo che la votazione del Presidente sia accompagnata dalla scelta di un programma che implichi un determinato tipo di gestione e che individui le competenze che il comune è disposto a conferire ecc.).

## 1. *I Consigli di Valle*

Appare opportuno, quindi, prendere le mossa dai Consigli di Valle, dal momento che costituiscono l'antecedente storico delle attuali Comunità montane.

Il D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987, prevede all'art. 13 che i Comuni compresi in tutto o in parte nel perimetro di una zona montana possono costituirsi in consorzio a carattere permanente, denominato Con-

siglio di Valle[1].

La costituzione del Consiglio di Valle non è obbligatoria, ma diviene tale quando ne facciano richiesta al Prefetto non meno di tre quinti dei Comuni interessati, purché rappresentino almeno la metà della superficie complessiva della zona[2].

Spetta inoltre alla Commissione censuaria provinciale suddividere l'intero territorio montano della Provincia in zone costituenti ciascuna un territorio geograficamente unitario ed omogeneo sotto l'aspetto idrogeologico, economico e sociale[3].

La costituzione del "Consiglio di Valle" è disposta con decreto del Prefetto, se i Comuni appartengono alla stessa circoscrizione provinciale; del Ministero per l'interno se essi appartengono a circoscrizioni provinciali diverse[4]. I Consigli di Valle sono dotati di un proprio statuto che contiene disposizioni relative agli organi rappresentativi e le loro attribuzioni, nonché le norme amministrative di funzionamento.

Va rilevato che tali Consigli nascono essenzialmente come soggetti di un decentramento dei servizi del Ministero dell'agricoltura e delle foreste[5], ben diverso dal decentramento istituzionale che ha portato alla costituzione delle Regioni e nel cui ambito va collocata la legge n. 1102 del 1971 istitutiva delle Comunità montane.

I Consigli di Valle hanno lo scopo di favorire il miglioramento tecnico ed economico dei territori montani[6]; di promuovere la costituzione di consorzi di prevenzione[7]; di comprensori di bonifica montana[8]; di consorzi che intraprendono studi e ricerche per la redazione di piani e per la compilazione dei relativi progetti per il più razionale sfruttamento dei beni agro-silvo-pastorali dei territori montani[9]; di consorzi per la redazione per ciascun comprensorio di bonifica montana di un piano generale di bonifica[10]; di consorzi di bacini imbriferi montani[11]; di consorzi per la promozione della costituzione di aziende speciali[12] e di consorzi per

[1] Art. 13, c. 1, D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[2] Art. 13, c. 2, D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[3] Art. 12, D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[4] Art. 13, c. 3, D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[5] Cfr. rubrica del D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[6] Art. 13, D.P.R. 10 giugno 1955, n. 987.
[7] Art. 10, L. n. 991/1952.
[8] Art. 16, L. n. 991/1952.
[9] Art. 5, L. n. 991/1952.
[10] Art. 17, L. n. 991/1952.
[11] Art. 1, L. n. 959/1953.
[12] Art. 139, R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267.

la gestione dei patrimoni silvo-pastorali[13].

Le funzioni attribuite ai Consigli di Valle sono funzioni di impulso e di coordinamento delle attività dei soggetti pubblici che costituiscono il Consiglio stesso, ben diverse dalle funzioni di programmazione attribuite alle Comunità montane con la legge istitutiva 1102 del 1971.

Quanto alla natura giuridica dei Consigli di Valle, mentre la legge istitutiva si limita a definirli "consorzi a carattere permanente tra Comuni", la dottrina è divisa tra coloro che accolgono la definizione legislativa, definendoli dei veri e propri Consorzi tra Comuni, configurabili ai sensi della legislazione del t.u. della legge comunale e provinciale[14], sottolineando anche la capacità di assumere funzioni oltre che da parte dei Comuni consorziati anche in via di delega da parte dello Stato[15] e coloro che preferivano sottolineare le particolari caratteristiche di tali Consorzi rispetto allo schema classico della legge comunale e provinciale[16].

Al di là delle diverse letture della norma, non vi è dubbio che la natura giuridica dei Consigli di Valle va ricondotta nell'ambito consortile.

## 2. *L'istituzione delle Comunità montane con la legge n. 1102 del 1971*

Le Comunità montane sono state introdotte nel nostro ordinamento giuridico dalla legge 3 dicembre 1971 n. 1102[17], la quale è volta a promuovere, in attuazione degli artt. 44, ultimo comma, e 129 della Costituzione, la valorizzazione delle zone montane favorendo la partecipazione delle popolazioni, attraverso le Comunità montane, alla predisposizione e all'attuazione dei programmi di sviluppo e dei piani territoriali dei rispettivi comprensori montani ai fini di una politica generale di riequilibrio economico e sociale nel quadro delle indicazioni del programma economico nazionale e dei programmi regionali[18].

[13] Art. 155, R.D. 30 dicembre 1923, n. 3267.

[14] R.D. 3 marzo 1934, n. 383.

[15] CERVATI G., *Consiglio di Valle e Comunità Montana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 347 ss;

[16] BENVENUTI F., *Natura giuridica e struttura delle Comunità Montane*, in *Corr. Amm.*, 1960, 324 ss; BENCETTI L., *I Consigli di Valle*, Roma, 1960.

[17] La legge è stata oggetto di analisi da parte di: DESIDERI C., *La nuova legge sulla montagna,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 415 ss, e voce *Montagna*, in *Enc. dir.*, XXVI, 878 ss; CONZATTI A., *Le comunità montane quali soggetti della programmazione*, in *Le Regioni*, 1973, 929 ss; ABRAMI A., *Comunità montana e sviluppo economico*, Milano, 1975, e voce *Comunità montana,* in *Nov.mo dig. (appendice)*, 1980, col. 212 ss; TERESI F., *Profili giuridici delle comunità montane*, Palermo, 1975; D'ONOFRIO F., *Le comunità montane nel processo di riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1976, 1577 ss.

[18] Art. 1, c. 1, L. n. 1102/1971.

Detta legge individua all'art. 2 le funzioni spettanti alle Comunità montane e gli strumenti necessari per lo svolgimento delle stesse.

Le Comunità montane devono predisporre piani zonali di sviluppo da coordinarsi con i piani regionali di sviluppo[19] al fine di concorrere, nel quadro della programmazione economica nazionale e regionale, alla eliminazione degli squilibri di natura sociale ed economica tra le zone montane e il resto del territorio nazionale, nonché alla difesa del suolo e alla protezione della natura mediante una serie di interventi tesi a dotare i territori montani, con l'esecuzione di opere pubbliche e di bonifica montana, delle infrastrutture e dei servizi civili idonei a consentire migliori condizioni di abitabilità ed a costituire la base di un adeguato sviluppo economico[20]. Le Comunità montane devono, altresì, sostenere, attraverso opportuni incentivi, nel quadro di una nuova economia montana integrata, le iniziative di natura economica idonee alla valorizzazione di ogni tipo di risorsa attuale e potenziale[21], e fornire alle popolazioni residenti nelle zone montane, riconoscendo alle stesse la funzione di servizio che svolgono a presidio del territorio, gli strumenti necessari ed idonei a compensare le condizioni di disagio derivanti dall'ambiente montano[22], nonché a favorire la preparazione culturale e professionale delle popolazioni montane[23].

In base all'art. 4 della legge 1102 le Regioni hanno provveduto con propria legge a:

- delimitare le zone omogenee e i Comuni chiamati a costituire le Comunità montane;
- emanare le norme cui le Comunità montane dovranno attenersi per la formulazione degli statuti, per l'articolazione e composizione degli organi amministrativi, per la preparazione dei piani di zona e dei programmi annuali delle Comunità stesse;
- fissare i criteri di ripartizione dei finanziamenti sia statali che regionali;
- approvare gli statuti e i piani di zona;
- regolare i rapporti con gli altri enti operanti nel territorio.

Per quanto riguarda l'articolazione e composizione degli organi della Comunità montana, la legge nazionale dispone che le leggi regionali dovranno, in ogni caso, prevedere un organo deliberante, con partecipazione della minoranza di ciascun Consiglio comunale, ed un organo ese-

[19] Art. 2, c. 2, L. n. 1102/1971.
[20] Art. 2, c. 1, lett. *a)*, L. n. 1102/1971.
[21] Art. 2, c. 1, lett. *b)*, L. n. 1102/1971.
[22] Art. 2, c. 1, lett. *c)*, L. n. 1102/1971.
[23] Art. 2, c. 1, lett. *d)*, L. n. 1102/1971.

cutivo ispirato a una visione unitaria degli interessi dei Comuni partecipanti (art. 4, c. 2).

Le Regioni, in attuazione dei principi dettati dalla legge 1102, hanno previsto la presenza di un'*Assemblea (o Consiglio)*, costituita da un certo numero di consiglieri eletti dai Consigli comunali con salvaguardia della minoranza, di una G*iunta esecutiva*, di un *Presidente* e di un *Collegio di revisori dei conti*, eletti tutti dall'Assemblea. Quest'ultima costituisce il massimo organo deliberante della Comunità, che ne stabilisce l'indirizzo politico–amministrativo e adotta le deliberazioni più importanti; la Giunta è l'organo esecutivo, il Presidente ha la rappresentanza legale ed il Collegio di revisione il controllo interno.

L'art. 6, c. 2, della legge 1102 prevede che la Comunità montana, nella realizzazione del piano generale di sviluppo economico–sociale e dei piani annuali di intervento, può delegare ad altri enti le realizzazioni attinenti alle loro specifiche funzioni nell'ambito della rispettiva competenza territoriale.

La Comunità montana può, altresì, assumere funzioni proprie degli enti che la costituiscono, quando sia dagli stessi delegata a svolgerle[24].

Particolare rilievo assume tale disposizione, in quanto la legislazione vigente aveva, sino a tale momento, previsto soltanto casi di delegazione da enti sovraordinati ad enti sottordinati, mentre in questo caso i Comuni, enti a dimensione minore, possono delegare funzioni alla Comunità montana, ente a dimensione maggiore.

Tra le Comunità montane e i Consigli di Valle sussistono certamente rilevanti profili di differenziazione e innovazione: in particolare, il carattere obbligatorio delle Comunità montane, la cui costituzione dipende dalla legge regionale e non dalla volontà dei Comuni interessati; la conformazione degli organi di amministrazione, che supera nettamente il modello consortile, accentuando il carattere politico-amministrativo dell'ente comunitario ed, infine, di eccezionale rilievo è l'assegnazione di un ruolo programmatorio alle Comunità montane in luogo delle funzioni soltanto di impulso e di coordinamento dei Consigli di Valle.

L'art. 8, c. 4, prevede inoltre la possibilità per le Comunità montane di sostituirsi, nell'esecuzione di opere pubbliche e di interesse pubblico, agli enti inadempienti; mentre l'art. 9 consente alle Comunità montane di acquistare o prendere in affitto terreni, compresi nei rispettivi territori montani, non più utilizzati a coltura agraria per destinarli alla formazione di boschi, prati, pascoli o riserve naturali.

[24] Art. 6, c. 3, L. n. 1102/1971.

Per quanto concerne la natura giuridica delle Comunità montane, occorre rilevare che l'art. 4, c. 1, della legge 1102 definisce le Comunità montane con la generica espressione di <<enti di diritto pubblico>>.

Sebbene il legislatore non abbia indicato espressamente la natura giuridica di detti enti, in dottrina si è ritenuto che le Comunità montane andavano piuttosto considerate come enti autonomi a base comunitaria – anche se dotati di una rappresentatività di secondo grado – assimilabili ai Comuni e alle Province, giacché l'art. 2 riconosce alle Comunità montane un raggio così ampio e generale di finalità da far ritenere che l'intenzione del legislatore statale sia stata quella di istituire un ente con scopi generali di carattere economico, sociale e civile, intenzione confermata anche dalle citate norme sulle deleghe dei Comuni alle Comunità montane (art. 6, c. 3), nonché dal collegamento di queste al territorio, che si ricava dalla necessaria ripartizione in zone omogenee dei territori montani (art. 3) ed, infine, dalla derivazione comunale delle Comunità montane, essendo quest'ultime costituite tra i Comuni che ricadono in ciascuna zona omogenea (art. 4, c. 1) [25].

A tal proposito occorre evidenziare che la dottrina prevalente, pur non potendo includere le Comunità montane tra le autonomie territoriali costituzionalmente riconosciute e garantite, ha ritenuto che queste non potessero certo essere qualificate come meri enti locali funzionali, né come enti dipendenti dalla Regione[26], ma andavano piuttosto considerate come enti autonomi territoriali, in quanto enti a base comunitaria, dotati di una serie di compiti e di specifica autonomia statutaria ed amministrativa, quindi per molti versi assimilabili agli enti autonomi territoriali[27].

### 3. *Il D.P.R. n. 616 del 1977*

Tale linea interpretativa viene confermata anche dall'art. 1 lett. *e)* della legge 382 del 1975 che attribuisce alle Province, ai Comuni e alle Comunità montane, ai sensi dell'art. 118, primo comma, della Costituzio-

[25] DALFINO E., *Le comunità montane nel sistema dei poteri locali*, Bari, 1983, 33.

[26] In tal senso, invece, VIGNOLI G., *Le comunità montane: compiti e natura*, in *Riv. dir. agr.*, 1977, 289 ss.

[27] DE MARTIN G. C., *Comunità montana*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989, 268 ss; DALFINO E., *Le comunità montane nel sistema dei poteri locali*, Bari, 1983, 33 ss; NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territorialmente definita, RTDP*, 1975, 531 ss. Anche la giurisprudenza più autorevole è largamente orientata per una qualificazione delle Comunità montane come enti autonomi locali, e non già come enti funzionali o dipendenti dalla regione: cfr., ad esempio, Cass. Civ., Sez. I, n. 3041/1977; Cort. Cost., n. 212/1976; Cort. Cost., n. 307/1983.

ne, le funzioni amministrative di interesse esclusivamente locale nelle materie indicate dall'art. 117 della Costituzione, accostando così le Comunità montane ai Comuni e alle Province.

Lo stesso accade con il D.P.R. 616 del 1977, attuativo della legge 382 del 1975, che all'art. 2 assegna ai Comuni, alle Province, alle Comunità montane le funzioni amministrative indicate nel decreto, ferme restando quelle già loro spettanti secondo le vigenti disposizioni di legge.

Per quanto concerne le funzioni amministrative attribuite da detto decreto, occorre richiamare l'art. 9, il quale prevede che <<i Comuni, le Province, le Comunità montane e le Regioni sono titolari delle funzioni di polizia amministrativa nelle materie ad essi rispettivamente attribuite o trasferite>>; nonché l'art. 25, il quale prevede l'attribuzione ai Comuni delle funzioni in materia di assistenza e beneficenza. A tal fine il 2° comma demanda alla legge regionale la determinazione degli <<ambiti territoriali adeguati alla gestione dei servizi sociali, promuovendo forme di cooperazione tra enti locali territoriali e, se necessario, promuovendo . . . forme anche obbligatorie di associazione tra gli stessi>>, precisando al 4° comma che <<allorché gli ambiti territoriali coincidano con quelli delle Comunità montane le funzioni di cui al presente articolo sono assunte dalle Comunità montane stesse>>.

Tale impostazione è poi confermata, per l'assistenza sanitaria, dall'art. 32, il quale prevede che, allorché gli ambiti territoriali (da individuarsi con legge regionale) coincidano con quelli delle Comunità montane, le relative funzioni sono assunte da questi enti[28].

Infatti, la legge di riforma sanitaria (l. n. 833 del 1978) agli artt. 10 e 15 indica la Comunità montana quale organo gestore dell'Unita Sanitaria Locale in caso di coincidenza tra i due ambiti territoriali o di coincidenza del territorio della U.S.L. con quello delle Comunità montane con l'aggiunta dei Comuni limitrofi.

Alla stessa maniera l'art. 45 del decreto 616 può essere utilizzato dalle Regioni per associare l'esercizio delle funzioni in materia scolastica in capo alle Comunità montane.

Infine, per quanto concerne i parchi nazionali e le riserve naturali dello Stato esistenti, l'art. 83 prevede che <<la disciplina generale relativa e la ripartizione dei compiti fra Stato, Regioni e Comunità montane, ferma restando l'unitarietà dei parchi e riserve, saranno definite con legge della Repubblica entro il 31 dicembre 1979>>, con conseguente at-

[28] L'art. 32, c. 4, del D.P.R. n. 616/1977 rinvia all'art. 26, che a sua volta rimanda all'art. 25.

tribuzione alle Comunità montane dei compiti (ancorché ripartiti) inerenti la protezione della natura.

Si va, dunque, delineando una aggregazione delle funzioni che si identifica nella misura sovracomunale, ma, soprattutto, si va verso una assimilazione delle Comunità montane ai Comuni e alle Province.

### 4. *La legge n. 93 del 1981*

La legge n. 93 del 1981 detta disposizioni integrative alla legge n. 1102 del 1971 sullo sviluppo della montagna e, precisamente, prevede il finanziamento delle Comunità montane con i fondi previsti nella legge finanziaria, introdotta con legge di riforma del 1978 sulla contabilità generale dello Stato in materia di bilancio[29], a titolo di contributo speciale[30] (art. 1). Le Regioni devono provvedere a determinare nei propri bilanci pluriennali le autorizzazioni di spesa da impegnare nei rispettivi territori montani, integrando e coordinando i finanziamenti di cui all'art. 1 con quelli determinati ad altro titolo da leggi statali e regionali (art. 2). I Comuni possono delegare alle Comunità montane funzioni proprie o ad essi delegate e possono disporre che la delega di funzioni proprie si estende anche alle parti di territorio non classificate montane dei Comuni che compongono le Comunità stesse, sempre che tali Comuni non abbiano popolazione censita superiore a 50 mila abitanti (art. 4). Alle Comunità montane vengono estese le disposizioni fiscali in vigore per i Comuni relativamente ai trasferimenti di proprietà. Si applicano, altresì, alle Comunità montane le procedure e le tariffe per l'installazione e l'uso degli impianti per energia elettrica e telefonici in vigore per i Comuni (art. 5).

Ai presidenti, assessori e consiglieri delle Comunità montane si applicano le norme sui lavoratori e sui pubblici dipendenti chiamati a funzioni pubbliche elettive (art. 6). Ai fini della istituzione degli uffici di piano e di ogni altro servizio di assistenza e di coordinamento delle loro attività, le Comunità montane che non abbiano la disponibilità di personale comandato sono autorizzate ad assumere per pubblico concorso il segretario e il personale tecnico e amministrativo per l'ufficio tecnico urbanistico con trattamento giuridico ed economico da determinarsi in base alla normativa sulla finanza locale[31] (art. 7).

[29] Art. 11, L. 5 agosto 1978, n. 468.

[30] Ai sensi dell'art. 119, terzo comma, della Costituzione e dell'art. 12 della legge 16 maggio 1970, n. 281.

[31] L. 27 febbraio 1978, n. 43. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 29 dicembre 1977, n. 946.

È evidente, dunque, che le disposizioni integrative innanzi esaminate assimilano sempre più le Comunità montane ai Comuni: infatti, le Comunità montane vengono finanziate allo stesso modo dei Comuni (art. 1); possono esercitare funzioni delegate da quest'ultimi (art. 4); ad esse sono estese le disposizioni fiscali per i trasferimenti di proprietà, nonché le procedure e le tariffe per l'installazione e l'uso degli impianti per energia elettrica e telefonici in vigore per i Comuni (art. 5), insieme all'applicazione ai presidenti, assessori e consiglieri delle Comunità montane delle norme sui lavoratori e sui pubblici dipendenti chiamati a funzioni pubbliche elettive (art. 6) ed, infine, l'autorizzazione all'assunzione per pubblico concorso del segretario e del personale tecnico e amministrativo, con la determinazione del trattamento giuridico ed economico in base alla normativa sulla finanza locale (art. 7). Si tratta, dunque, di disposizioni che confermano quanto prospettato con il D.P.R. n. 616 del 1977: ossia, la possibilità di assimilare le Comunità montane ai Comuni per l'esercizio di funzioni loro proprie, con una collocazione paritaria, almeno sotto questi aspetti, ai Comuni e agli altri enti locali[32], anche se detta legge poco aggiunge a quanto previsto dal D.P.R. n. 616 del 1977 in ordine al conferimento e all'ampliamento di funzioni proprie a tali enti.

## 5. *La legge n. 142 del 1990*

La legge n. 142 del 1990 al 1° comma dell'art. 28 prevede che le Comunità montane sono enti locali costituiti con leggi regionali tra Comuni montani e parzialmente montani della stessa Provincia, allo scopo di promuovere la valorizzazione delle zone montane, l'esercizio associato delle funzioni comunali, nonché la fusione di tutti o parte dei Comuni associati.

[32] Parte della dottrina ritiene che le Comunità montane non possano essere assimilate agli enti locali territoriali. Tale tesi muove dalla considerazione che ad una qualificazione della Comunità montana come ente locale territoriale sia d'ostacolo il disposto dell'art. 114 Cost., laddove è stabilito che la Repubblica si ripartisce in Regioni, Province e Comuni (cfr. ABRAMI A., voce *Comunità montana*, in *Nov.mo Dig (appendice)*, 1980, col. 212 ss.; GESSA C.; *Le comunità montane, un modo nuovo di fare programmazione*, in *Diritto ed economia oggi*, 1975; VIGNOLI G., *Le comunità montane: compiti e natura*, in *Riv. dir. agr.*, 1997, 289 ss.

Sul presunto valore ostativo dell'art. 114 Cost., NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove,* in *Riv. trim. dir. pubbl., 1976*, 536, precisa che la Costituzione sancisce l'indefettibilità di Regioni, Province e Comuni, ma non vieta l'istituzione di enti ad essi assimilabili, con due soli limiti: il primo, che le Comunità montane non sono enti autonomi nel senso e ai fini dell'art. 128; il secondo, che la loro istituzione non può ledere l'autonomia di quelli previsti come indefettibili.

La norma in questione qualifica espressamente le Comunità montane come enti locali, riprendendo per altro un connotato già riconosciuto dalla dottrina[33]. Per quanto concerne l'aspetto territoriale, l'orientamento dottrinale antecedente alla l. 142 del 1990 negava alle stesse il carattere di enti territoriali[34]. Tuttavia, vi sono state anche tesi volte a riconoscere tale carattere alle Comunità montane[35], così come vi sono state tesi intermedie, in quanto volte ad attribuire alle Comunità montane una territorialità particolare. Più precisamente, in tale ultimo orientamento, rientra la qualificazione, indiretta, manifestata dalla Corte Costituzionale, delle Comunità montane come enti assimilabili agli enti territoriali minori[36], nonché la qualificazione delle stesse come enti quasi-territoriali[37].

Anche la circolare del Ministero dell'Interno 7 giugno 1990 aveva evidenziato che le Comunità montane sono in una posizione intermedia tra gli enti strumentali della Regione e gli enti territoriali minori, quali Province e Comuni, atteso che non godono della tutela costituzionale riconosciuta a questi ultimi, ma, al contempo, non soggiacciono al rapporto di dipendenza proprio degli enti strumentali rispetto alla Regione[38].

Dopo l'entrata in vigore della l. 142, la dottrina ha continuato a qualificare le Comunità montane come enti quasi-territoriali, dal momento che le Comunità montane hanno, da un lato, proprie funzioni libere (territorialità) e, dall'altro, sono proiezione dei Comuni e mancano di una propria finanza e di un proprio demanio (non territorialità)[39], tanto più che l'art. 29, ultimo comma, prevede che le Comunità montane possono essere trasformate in unione di Comuni, ai sensi dell'art. 26, e tramite la fusione dei Comuni, *ex* art. 11, possono dar vita ad un nuovo Comune (ancora non territorialità)[40].

[33] ABRAMI A., *Comunità montane e sviluppo economico*, Milano, 1975, 17; D'ONOFRIO F., *Le Comunità montane nel processo di riassetto dei poteri locali*, *RTDP*, 1976, 1587; VIGNOLI G., *Le Comunità montane: compiti e natura, RDA*, 1977, 286; DALFINO E., *Comunità montane*, in *Dizionario amministrativo*, GUARINO G., Milano, 1983, 2 ed., 721; DE MARTIN G. C., *Comunità montana*, in *D. Disc. Pubbl.*, III, Torino, 1989, 268.

[34] VIGNOLI G., *Le comunità montane: compiti e natura, RDA*, 1977, 277; ABRAMI A., *Comunità montane e sviluppo economico*, Milano, 1975, 219.

[35] DENTE B. *Le Comunità montane come enti rappresentativi di secondo grado e come strumenti di riassetto dei poteri locali*, in *Le Comunità montane, Quaderni regionali Formez*, Napoli, 1974, 24.

[36] Corte Cost. , 7 ottobre 1983, n. 307.

[37] NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, *RTDP*, 1976, 536.

[38] Par. 9 della circolare del Ministero dell'Interno 7 giugno 1990, n. 17102/127/1 – Uff. 3°.

[39] DE MARTIN G. C., *Le nuove Comunità montane*, *AIt* n. 9/1990, 50.

[40] MIGNONE C., VIPIANA Patrizia, VIPIANA Piera Maria, *Le Autonomie locali*, 2, *Commento alla legge sulle Autonomie locali*, I° Tomo, 1993, 269 ss.

Per quanto concerne gli scopi delle Comunità montane, occorre evidenziare che nell'art. 28 possono individuarsi tre indicazioni: la valorizzazione delle zone montane, l'esercizio associato delle funzioni comunali, nonché la fusione di tutti o parte dei comuni associati. Delle tre indicazioni, le prime due erano già presenti prima dell'emanazione della l. 142 e vengono in quest'ultima confermate, mentre la fusione dei Comuni associati costituisce una novità assoluta, volta ad eliminare l'eccessiva frammentazione comunale e la ridotta efficienza dei servizi dei Comuni di piccole dimensioni.

È evidente, dunque, che nella normativa in esame il profilo associativo, e di raccordo tra Comuni vicini per un migliore esercizio delle proprie competenze, assume un rilievo preminente rispetto a quello programmatorio evidenziato nell'analisi della normativa precedente.

Il secondo comma dell'art. 28 prevede che le Comunità montane hanno autonomia statutaria nell'ambito delle leggi statali e regionali, mentre il terzo comma evidenzia che la legge regionale può prevedere, da un lato, l'esclusione dalla Comunità montana di quei Comuni parzialmente montani che possono pregiudicare l'omogeneità geografica o socio-economica della Comunità e, dall'altro, l'inclusione di quei Comuni confinanti, con popolazione non superiore a 20.000 abitanti, che siano parte integrante del sistema geografico e socio-economico della Comunità.

In ordine all'autonomia statutaria delle Comunità montane (art. 28, 2° c.), va precisato che la legge 142 non abroga l'art. 4 della l. 1102, in base al quale le Regioni hanno sia il potere di stabilire le norme a cui le Comunità montane dovranno attenersi nella formulazione degli statuti sia la competenza ad approvare gli statuti delle singole Comunità montane.

Ne consegue che l'autonomia statutaria delle Comunità montane risulta limitata dalla stessa legge 142 e dall'altra legislazione statale previgente e non abrogata, nonché dalla legislazione regionale cui la stessa normativa statale rinvia.

È possibile, dunque, delineare, ai sensi del 2° comma dell'art. 28, le fonti di disciplina delle Comunità montane nelle leggi statali, in quelle regionali e negli statuti. Altre fonti, sebbene non siano espressamente previste nella norma in questione, sono i regolamenti adottati dalle Comunità montane, i quali però devo rispettare le leggi e lo statuto.

Alle Comunità montane, secondo l'art. 29, spettano le funzioni attribuite dalla legge e gli interventi speciali per la montagna stabiliti dalla Comunità economica europea o dalle leggi statali e regionali (c. 1), nonché l'esercizio associato di funzioni proprie dei Comuni o a questi delegate dalla Regione. Spetta altresì alle Comunità montane l'esercizio di ogni altra funzione ad esse delegata dai Comuni, dalla Provincia e dalla Regione (c. 2).

È stata confermata in modo specifico alla Comunità montana la competenza ad adottare il piano pluriennale di sviluppo socio-economico, anche se è stato subordinato all'approvazione della Provincia (c. 3).

In materia urbanistica viene abrogato l'art. 7 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102, che prevedeva in capo alla Comunità montana la competenza a redigere piani di sviluppo urbanistico, mentre viene salvata la possibilità di fornire indicazioni alla Provincia ai fini della <<formazione del piano territoriale di coordinamento>> (c. 4).

Le Comunità montane, sia per quanto concerne i piani pluriennali di sviluppo socio-economico che in relazione ai piani di sviluppo urbanistico, sono private di una autonoma capacità di proposta funzionale per essere subordinate al controllo ed alle determinazioni delle Province.

Tale inversione di tendenza va spiegata alla luce di quelli che erano i fini che si volevano perseguire, con le leggi in questione, nei diversi periodi storici in cui cadono.

Più precisamente, la l. 1102 si ha in un momento storico (1971) in cui si discute della soppressione della Provincia e dell'introduzione di un nuovo ente intermedio con funzioni programmatorie, che, per le zone di montagna, poteva essere proprio la Comunità montana.

Le cose, invece, cambiano nel momento in cui con la l. 142 (1990) viene ribadita e rafforzata, nel nuovo assetto dei poteri locali, la posizione di ente intermedio della Provincia.

Ne consegue che, con la l. 1102, la Comunità montana viene individuata come il possibile ente intermedio volto a sostituire la Provincia nelle zone di montagna e, quindi, gli vengono attribuite le funzione programmatorie proprie di tale ente; con la l. 142, invece, viene ribadita e rafforzata, nel nuovo assetto dei poteri locali, la posizione di ente intermedio della Provincia e, conseguentemente, vengono attenuate le funzioni programmatorie della Comunità montana a favore della Provincia.

Tuttavia, la l. 142, se da un lato, ha ridotto le funzioni programmatorie delle Comunità montane, dall'altro, ha affiancato alle funzioni programmatorie restati, quelle gestionali ed operative[41].

Per quanto concerne il titolo in base al quale vengono esercitate dette funzioni occorre operare una tripartizione[42]: in primo luogo, abbiamo le funzioni "proprie" delle Comunità montane, in quanto attribuite di-

[41] DE MARTIN G. C., *Le nuove comunità montane, AIt* n. 9/1990, 52.

[42] DE MARTIN G. C., *Le nuove comunità montane, AIt* n. 9/1990, 52; MARTINO A., *Regione e Comunità montana*, in *AA.VV, Il ruolo della Regione nel nuovo ordinamento delle autonomie locali,* Padova, 1991, 141 ss.

rettamente a queste dalle leggi dello Stato e da quelle regionali (art. 29, c. 1); in secondo luogo, abbiamo le funzione "delegate" alle Comunità montane dai Comuni, dalla Provincia e dalla Regione (art. 29, c. 2) ed, in terzo ed ultimo luogo, abbiamo le funzioni c.d. "libere", ossia quelle funzioni che sebbene non espressamente menzionate nella l. 142 non sono neppure escluse dalla stessa.

Per quanto concerne le funzioni "proprie" delle Comunità montane, occorre far riferimento, in ordine alle leggi statali, alla normativa ancora vigente successivamente all'entrata in vigore della legge 142, nonché a quella contenuta in quest'ultima.

Più precisamente, per quanto concerne la normativa antecedente alla l. 142, occorre innanzitutto far riferimento alla legge 1102 istitutiva delle Comunità montane, la quale si propone di concorrere, nel quadro della programmazione economica nazionale e regionale, alla eliminazione degli squilibri di natura sociale ed economica tra le zone montane e il resto del territorio nazionale, alla difesa del suolo e alla protezione della natura mediante una serie di interventi intesi a dotare i territori montani, con la esecuzione di opere pubbliche e di bonifica montana, delle infrastrutture e dei servizi civili idonei a consentire migliori condizioni di abitabilità ed a costituire la base di un adeguato sviluppo economico (art. 2, n. 1, lettera *a*); di sostenere, attraverso opportuni incentivi, nel quadro di una nuova economia montana integrata, le iniziative di natura economica idonee alla valorizzazione di ogni tipo di risorsa attuale e potenziale (art. 2, n. 1, lettera *b*); di fornire alle popolazioni residenti nelle zone montane, riconoscendo alle stesse la funzione di servizio che svolgono a presidio del territorio, gli strumenti necessari ed idonei a compensare le condizioni di disagio derivanti dall'ambiente montano (art. 2, n. 1, lettera *c*); di favorire la preparazione culturale e professionale delle popolazioni montane (art. 2, n. 1, lettera *d*); di realizzare gli interventi suddetti attraverso piani zonali di sviluppo da redigersi e attuarsi dalle Comunità montane e da coordinarsi nell'ambito dei piani regionali di sviluppo (art. 2, n. 2); l'art. 6 affida alle Comunità montane la realizzazione del piano generale di sviluppo economico–sociale e dei piani annuali di intervento, nonché il compito di predisporre, coordinare e attuare i programmi di intervento; l'art. 8, c. 4, inoltre, prevede per le Comunità montane la possibilità di sostituirsi nell'esecuzione di opere pubbliche e di interesse pubblico agli enti inadempienti; l'art. 9, infine, consente alle Comunità montane di acquistare o a prendere in affitto terreni, compresi nei rispettivi territori montani, non più utilizzati a coltura agraria per destinarli alla formazione di boschi, prati, pascoli o riserve naturali.

Tra le ulteriori leggi statali attributive di funzioni alle Comunità mon-

tane si possono anche richiamare: la legge n. 319/1976 sulla tutela delle acque dall'inquinamento; la legge n. 650/1979 che deferisce, tra l'altro, alle Comunità montane l'importante compito di controllo degli scarichi; la legge n. 833/1978 che fa rientrare le Unità Sanitarie Locali come strutture operative delle Comunità montane (art. 15); la legge n. 4/1986 che sopprime l'assemblea generale dell'USL e ne affida le competenze all'assemblea generale delle Comunità montane; la legge n. 93/1981 che consente alle Comunità montane di gestire i fondi di finanziamento ed, infine, la legge n. 183/1989 che consente alle Comunità montane di partecipare insieme alle Regioni alla difesa del suolo, anche se con le modalità determinate da quest'ultime.

In ordine alla legge 142, occorre evidenziare che l'art. 29 attribuisce alle Comunità montane: la competenza ad adottare i piani pluriennali di opere ed interventi; quella di adottare il piano pluriennale di sviluppo socio-economico e i suoi aggiornamenti; la possibilità di cooperare attraverso le indicazioni urbanistiche del piano pluriennale di sviluppo alla formazione del piano territoriale di coordinamento; gli interventi speciali per la montagna stabiliti dalla Comunità economica europea o dalle leggi statali e regionali.

È importante rilevare come attraverso l'art. 29 della legge 142 anche la Comunità economica europea possa, stabilendo interventi speciali per la montagna, attribuire funzioni alle Comunità montane.

In relazione alla legislazione regionale, è opportuno evidenziare che antecedentemente alla l. 142 le Regioni sono state poco inclini ad attribuire funzioni importanti alle Comunità montane, mentre la legge 142, all'art. 29, 1° c., nel prevedere che alle Comunità montane spettano le funzioni attribuite, tra l'altro, dalle leggi regionali, sembra volere incentivare una devoluzione delle funzioni regionali a favore delle Comunità montane.

Tuttavia, si pone il problema di stabilire sino a dove la legge regionale, e quella statale, si possano spingere nell'attività devolutiva.

Detto limite, nella legge 142, varia asseconda che l'attività devolutiva riguardi le funzioni dei Comuni o quelle delle Province.

Un limite alla devoluzione delle funzioni delle Province alle Comunità montane deriva dalla stessa legge 142, la quale prevede all'art. 1, 3° c., che i principi della legge 142 e, quindi, anche quelli sulle funzioni provinciali, possono essere derogati soltanto mediante modifica espressa delle disposizioni della medesima legge 142: pertanto, la legge statale potrebbe devolvere delle funzioni provinciali, elencate all'art. 14 alle Comunità montane, soltanto mediante modifica espressa dello stesso art. 14 della legge 142.

Va, altresì, esclusa la possibilità di devolvere le funzioni provincia-

li alle Comunità montane con legge regionale, giacché la legge 142 non ha previsto detta facoltà in capo alle Regioni neanche attraverso modifiche espresse alla legge innanzi richiamata.

Per quanto concerne, invece, le funzioni comunali, occorre evidenziare che l'art. 9 della legge 142 non prevede una enumerazione dettagliata delle competenze comunali – come invece accade all'art. 14 per quelle provinciali – ma si limita ad affermare che al Comune spettano tutte le funzioni amministrative che riguardino la popolazione ed il territorio comunale precipuamente nei settori organici dei servizi sociali, dell'assetto ed utilizzazione del territorio e dello sviluppo economico, salvo quanto non sia espressamente attribuito ad altri soggetti dalla legge statale o regionale, secondo le rispettive competenze, consentendo così, con la clausola di salvezza finale, alle leggi statali o regionali la devoluzione, purché in via espressa, delle funzioni comunali alle Comunità montane.

Ai sensi dell'art. 29, 2° c., prima parte, spetta alle Comunità montane l'esercizio associato delle funzioni proprie dei Comuni o a questi delegate dalle Regioni, detto esercizio sembra riconducibile nell'ambito delle attribuzioni "proprie" delle Comunità montane, in quanto direttamente conferito alle Comunità montane dalla stessa legge 142.

La seconda parte del secondo comma dell'art. 29 dichiara spettante alle Comunità montane l'esercizio di ogni altra funzione ad esse delegata dai Comuni, dalla Provincia e dalla Regione, senza precisare però alcunché circa la disciplina in base alla quale tale attività di delega potesse essere esercitata.

A tal proposito, occorre evidenziare che la disciplina delle deleghe, relativamente alle Regioni, va individuata nel vecchio testo dell'art. 118 della Cost., il quale prevedeva in capo alla Regione le funzioni amministrative per le materie elencate nell'articolo 117, salvo quelle di interesse esclusivamente locale, che potevano essere attribuite dalle leggi della Repubblica alle Province, ai Comuni o ad altri enti locali[43]; mentre in ordine alle deleghe derivanti dai Comuni che formano le Comunità montane occorre far riferimento all'art. 6, 3° c., della legge n. 1102 del 1971, che prevede in capo alla Comunità montana la possibilità di assumere le funzioni proprie degli enti che la costituiscono, quando sia dagli stessi delegata a svolgerle; infine per quanto concerne la disciplina delle deleghe derivanti dalla Provincia, occorre rilevare che questa non è rinvenibile né nella legge 1102 né in altra legge, essendo stata introdotta per la prima volta, proprio, con l'art. 29, 2° c., della legge 142 del 1990.

[43] Testo previgente alla riforma introdotta dalla L. cost. 18 ottobre 2001, n. 3.

Esaminate le funzioni "proprie" e quelle "delegate", restano le funzioni c.d. "libere" che, brevemente, possono essere individuate in quelle funzioni che sebbene non siano rinvenibili nella legge 142 non sono neppure da questa escluse, ma sono lasciate all'iniziativa spontanea di ciascuna Comunità montana, sempre che, ovviamente, siano volte alla valorizzazione delle zone montane e non siano istituzionalmente attribuite ad altri soggetti. Per quanto concerne il finanziamento delle Comunità montane, occorre evidenziare che il 6° comma dell'art. 29 della legge 142 del 1990 non fa altro che rimandare alla legislazione previgente e, precisamente, all'art. 1 della l. n. 93 del 1981, per quanto concerne la determinazione ad opera della legge finanziaria dei fondi da destinare a favore dei territori montani, e all'art. 4, c. 4, n. 3, della l. n. 1102 del 1971 e all'art. 2 della l. n. 93 del 1981, per quanto concerne rispettivamente il compito delle Regioni di ripartire detti fondi fra le Comunità montane (art. 4, c. 4, n. 3, l. 1102/1971) e di determinare nei propri bilanci pluriennali le autorizzazioni di spesa da impegnare nei rispettivi territori montani (art. 2, l. 93/1981).

Permangono, quindi, il carattere derivato delle entrate della Comunità montana, l'ampia discrezionalità della Regione nell'effettuare il riparto dei fondi fra le varie Comunità montane presenti sul suo territorio e la conseguente scarsa autonomia delle Comunità montane sotto il profilo finanziario. Quanto ai controlli sugli atti e sugli organi delle Comunità montane, occorre far riferimento ad una norma di rinvio della legge 142 del 1990 e, precisamente, all'art. 49, il quale stabilisce che <<salvo diverse disposizioni recate dalle leggi vigenti, alle unità sanitarie locali, ai consorzi, alle unioni di comuni e alle Comunità montane si applicano le norme sul controllo e sulla vigilanza dettate per i Comuni e per le Province>>.

Quanto disposto dall'art. 49 della legge 142 del 1990 contribuisce, quindi, a smentire la tesi delle Comunità montane come enti funzionali ed accresce quella della loro natura di enti politici ed autonomi, in quanto si ritiene che l'art. 49 equipara le Comunità montane ai Comuni e alle Province sotto il profilo dei controlli in generale, incluso i controlli sugli organi[44]. Tale orientamento è confermato anche dalle circolari esplicative della l. 142 che reputano estensibile alle Comunità montane la normativa sui controlli dettata dalla legge medesima a proposito di Comuni e Province[45].

[44] DE ROBERTO R., *Commento all'art. 49*, in AA.VV., *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, Milano, 1990, 631; ZUCCHETTI A., *Commento all'art. 29*, in AA.VV., *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, Milano, 1990, 455, nt. 82.

[45] Così la circolare del Ministero dell'Interno del 15 ottobre 1990, n.15900/1-*bis*/l.142, *sub* artt. 28 e 29, e la circolare del Ministero dell'Interno 7 giugno 1990, n.17102/127/1 Uff. 3°, al par. 11.

Infine, l'ultimo comma dell'art. 29 prevede la possibilità che la Comunità montana venga trasformata in Unione di Comuni.

Tale istituto, oltre a consentire ai Comuni di valutare in anticipo i pro e i contro della fusione e, quindi, di decidere oculatamente se procedere alla stessa o meno, consente anche alla Comunità montana di svolgere le funzioni dell'Unione dei Comuni, in vista della fusione, senza che essa per ciò solo perda l'esercizio delle funzioni di Comunità montana.

La legge 142 del 1990 pone, da un lato, le Comunità montane sullo stesso piano istituzionale dei Comuni, il che vale ad escluderne la natura di ente strumentale, vuoi delle Regioni, vuoi dei Comuni e, dall'altro, conferisce al profilo associativo, e di raccordo tra i Comuni vicini per un migliore esercizio delle proprie competenze, carattere preminente ed, infine, amplia e formalizza le funzioni delle Comunità montane, aumentandone l'autonomia.

## 6. *La legge n. 97 del 1994*

La legge 31 gennaio 1994, n. 97, emanata in attuazione dell'art. 44 della Costituzione, affida ai piani pluriennali di sviluppo socio-economico – redatti dalle Comunità montane ed approvati dalla Provincia[46] – il compito prioritario di prevede una serie di interventi per lo sviluppo economico delle zone montane e per l'erogazione dei servizi alle popolazioni ivi stanziate, nonché gli interventi di salvaguardia e valorizzazione dell'ambiente mediante il riassetto idrogeologico, la sistemazione idraulico-forestale, l'uso delle risorse idriche, la conservazione del patrimonio monumentale, dell'edilizia rurale, dei centri storici e del paesaggio rurale e montano (art. 7, c. 1).

Inoltre, l'art. 9 prevede che le Comunità montane, singolarmente o in associazione tra loro, nell'ambito del proprio territorio e d'intesa con i Comuni ed altri enti interessati, sono tenute a promuovere la gestione del patrimonio forestale mediante apposite convenzioni tra i proprietari. Possono altresì promuovere la costituzione di consorzi forestali, anche in forma coattiva qualora lo richiedano i proprietari di almeno i tre quarti della superficie interessata (c. 1). Il Ministero delle risorse agricole, alimentari o forestali e il Ministero dell'ambiente, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano possono attribuire alle Comunità montane e ai Comuni montani finanziamenti per interventi di forestazione o di agricoltura eco-compatibile nell'ambito del piano forestale na-

[46] Art. 29, comma 3, della legge 8 giugno 1990, n. 142.

zionale, nonché finanziare le quote di parte nazionale previste dai regolamenti CEE a completamento delle erogazioni a carico del Fondo europeo di orientamento e di garanzia agricola (FEOGA) e di programmi comunitari (c. 2).

L'art. 11 prevede, invece, l'esercizio associato di funzioni e la gestione associata di servizi pubblici. Più precisamente, le Comunità montane, anche riunite in consorzio fra loro o con Comuni montani, in attuazione dell'art. 28, comma 1, della legge 8 giugno 1990, n. 142, promuovono l'esercizio associato di funzioni e i servizi comunali con particolare riguardo ai settori di:

a) costituzione di strutture tecnico-amministrative di supporto alle attività istituzionali dei Comuni con particolare riferimento ai compiti di assistenza al territorio;
b) raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani con eventuale trasformazione in energia;
c) organizzazione del trasporto locale, ed in particolare del trasporto scolastico;
d) organizzazione del servizio di polizia municipale;
e) realizzazione di strutture di servizio sociale per gli anziani, capaci di corrispondere ai bisogni della popolazione locale con il preminente scopo di favorirne la permanenza nei Comuni montani;
f) realizzazione di strutture sociali di orientamento e formazione per i giovani con il preminente scopo di favorirne la permanenza nei territori montani;
g) realizzazione di opere pubbliche d'interesse del territorio di loro competenza.

Per le finalità innanzi indicate, i Comuni montani possono delegare alle Comunità montane i più ampi poteri per lo svolgimento di funzioni proprie e la gestione di servizi; in particolare, possono delegarle a contrarre, in loro nome e per loro conto, mutui presso la Cassa depositi e prestiti o istituti di credito, anche per la realizzazione di opere igieniche.

Infine, l'art. 24 prevede che le Comunità montane possono operare quali sportelli dei cittadini per superare le difficoltà di comunicazione tra le varie strutture e i servizi territoriali. A tal fine, le amministrazioni pubbliche ed i soggetti che gestiscono pubblici servizi sono tenuti a consentire loro l'accesso gratuito a tutte le informazioni ed i servizi non coperti da segreto.

In ragione di tali norme, molte Comunità montane gestiscono servizi per conto dei Comuni membri, con prevalenza di quelli a favore del territorio (promozione turistica, smaltimento rifiuti, protezione civile etc.), meno frequente è l'assunzione dei servizi alle persone (servizi sociali, mu-

sei, biblioteche, attività culturali etc.)[47].

È evidente, dunque, che anche attraverso le legge 97 del 1994 viene confermato, ribadito e rafforzato il carattere associativo delle Comunità montane.

### 7. *La legge n. 59 del 1997*

Il processo di decentramento amministrativo avviato con la prima legge "Bassanini"[48] ha definitivamente ribaltato la tradizionale concezione, di stampo ottocentesco, dello Stato come unica fonte del potere amministrativo, in favore dell'affermazione del principio di "sussidiarietà".

Tale processo sembrava, in un primo momento, aver coinvolto anche le Comunità montane, seppure in misura ridotta rispetto alla vera e propria "rivoluzione" che ha riguardato organizzazione, attribuzioni, sistema elettorale e funzioni di Comuni, Province e Regioni.

Va, infatti, evidenziato che con la prima legge "Bassanini", le Comunità montane sono state, non solo, espressamente inserite nell'ambito degli enti locali[49], ma anche riconosciute, alla pari di Comuni e Province, quali enti idonei a ricevere funzioni e compiti amministrativi nel rispetto dei principi e dei criteri stabiliti dalla stessa legge (art. 1, comma 1).

Alle Regioni e agli enti locali (e, quindi, anche alle Comunità montane) sono stati conferiti, nell'osservanza del principio di sussidiarietà di cui all'articolo 4, comma 3, lettera *a)*, della stessa legge, nonché ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 142/1990, tutte le funzioni e i compiti amministrativi relativi alla cura degli interessi e alla promozione dello sviluppo delle rispettive comunità, nonché tutte le funzioni e i compiti amministrativi localizzati nei rispettivi territori in atto esercitati da qualunque organo o amministrazione dello Stato, centrali o periferici, ovvero tramite enti o altri soggetti pubblici (art. 1, comma 2).

La promozione dello sviluppo economico, la valorizzazione dei sistemi produttivi e la promozione della ricerca applicata sono stati qualificati all'art. 1, c. 6, come interessi pubblici primari che lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni e gli altri enti locali (tra cui le Comunità mon-

[47] Dati UNCEM, riportati in *Diritto degli enti locali*, STADERINI F., settima ed., 1997, 275.

[48] L. 15/03/1997 n. 59.

[49] L'art. 1 prevede che <<per "enti locali" si intendono le Province, i Comuni, le Comunità montane e gli altri enti locali>>, detta norma assume particolare rilievo in quanto, da un lato, indica espressamente le Comunità montane tra gli "enti locali" ai quali lo Stato e le Regioni possono conferire funzioni e compiti amministrativi e, dall'altro, conferma una definizione già presente nell'art. 28, 1° c., della legge n. 142 del 1990.

tane) assicurano nell'ambito delle rispettive competenze, nel rispetto delle esigenze della salute, della sicurezza pubblica e della tutela dell'ambiente.

Nelle materie di cui all'art. 117 della Costituzione, le Regioni, in conformità ai singoli ordinamenti regionali, conferiscono alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali (tra cui le Comunità montane) tutte le funzioni che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale (art. 4, c. 1).

I conferimenti di funzioni da parte delle Regioni alle Province, ai Comuni e agli altri enti locali (tra cui le Comunità montane) devono avvenire, secondo l'art. 4, c. 3, nel rispetto di una serie di principi: quali il già menzionato principio di sussidiarietà (lett. *a*), il principio di completezza (lett. *b*), il principio di efficienza e di economicità (lett. *c*), il principio di cooperazione tra Stato, Regioni ed enti locali (lett. *d*), il principio di responsabilità ed unicità dell'amministrazione (lett. *e*), il principio di omogeneità (lett. *f*), il principio di adeguatezza (lett. *g*), il principio di differenziazione nell'allocazione delle funzioni (lett. *h*), il principio della copertura finanziaria (lett. *i*) ed, infine, in base al principio di autonomia organizzativa e regolamentare e di responsabilità degli enti locali nell'esercizio delle funzioni e dei compiti amministrativi ad essi conferiti (lett. *l*).

Nell'ambito di tali principi, occorre evidenziare che il principio di responsabilità ed unicità dell'amministrazione (lett. *e*), il principio di adeguatezza (lett. *g*) e il principio di differenziazione nell'allocazione delle funzioni (lett. *h*) prevedono, espressamente, la possibilità che un unico ente locale (e, quindi, anche la Comunità montana) possa gestire in forma anche associata con altri enti le funzioni conferite.

È evidente, dunque, che anche nella normativa in esame le Comunità montane sono riconosciute quali enti idonei a ricever funzioni e compiti amministrativi, nonché a gestire funzioni in forma associata.

## 8. *La legge n. 265 del 1999*

L'art. 7 della legge n. 265 del 1999, sostituendo integralmente l'art. 28 della L. 142/1990, ha introdotto alcune importanti innovazioni nella disciplina della "natura" e del "ruolo" degli enti comunitari.

Le Comunità montane vengono, infatti, qualificate come "unioni montane" (art. 7, c. 1, punto 1), soggette pertanto, oltre che alla disciplina per esse specificamente dettata, anche a quella prevista per le "unioni di Comuni", in quanto compatibile.

Viene, altresì, rinnovata in capo alle Comunità montane la definizione di "enti locali" costituiti fra Comuni montani e parzialmente montani, anche se in base alla nuova norma detti Comuni possono apparte-

nere anche a Province diverse (art. 7, c. 1, punto 1), mentre il vecchio testo dell'art. 28 della legge n. 142 del 1990 affermava che dovevano far parte della medesima Provincia.

Per quanto concerne le finalità per le quali sono costituite le Comunità montane, occorre evidenziare che resta invariato lo scopo di promuovere la valorizzazione delle zone montane e quello di promuovere l'esercizio associato delle funzioni comunali, mentre si abbandona definitivamente la finalità di pervenire alla fusione di tutti o di parte dei Comuni associati, considerando, evidentemente, la strada dell'esercizio associato delle funzioni maggiormente percorribile rispetto all'ipotesi di fusione, stante anche la forte resistenza dell'identità municipale dei Comuni italiani.

Tuttavia, il c. 1, punto 6, dell'art. 7 prevede la possibilità di costituire il "Comune montano", quale risultato della fusione di più Comuni il cui territorio coincida con quello di una Comunità montana. Al nuovo Comune sono assegnate le funzioni e le risorse attribuite alla Comunità montana in base a norme comunitarie, nazionali e regionali.

Va, altresì, precisato che con la legge regionale istitutiva del nuovo Comune si procede allo scioglimento della Comunità montana.

E' evidente, dunque, che tale istituto ha dato luogo ad una inversione dell'*iter* previsto nel vecchio testo dell'art. 28 della legge 142 del 1990, ove le Comunità montane avevano lo scopo, attraverso l'esercizio associato delle funzioni comunali, di pervenire alla fusione di tutti o parte dei Comuni associati, mentre l'art. 7, c. 1, punto 6, della legge 265 del 1999 ha previsto la fusione di più Comuni a favore del "Comune montano", con contestuale scioglimento della Comunità montana ad opera della legge regionale istitutiva del nuovo Comune.

In altri termini, si sarebbe in presenza di una scelta legislativa tesa a depauperare il ruolo delle Comunità montane a favore di quello del "Comune montano".

In realtà, però, non si può negare che, così come non ha trovato applicazione la norma che avrebbe dovuto portare alla fusione dei Comuni nelle Comunità montane, altrettanto è accaduto per quella tesa a dar vita al "Comune montano": probabilmente, la ragione va ricercata sempre nella forte identità municipale dei Comuni italiani.

Continuando nella disamina dell'art. 7 e, precisamente, del comma 1, punto 2, occorre evidenziare che con la legge 265 del 1999 si è proceduto ad una ridefinizione degli organi della Comunità montana in luogo della precedente normativa dettata dall'art. 4, c. 2, della legge 1102 del 1971.

Più precisamente, il comma 2, dell'art. 4, prevedeva che le Comunità montane dovevano avere, in ogni caso, un organo deliberante, con la partecipazione della minoranza di ciascun consiglio comunale, ed un

organo esecutivo ispirato a una visione unitaria degli interessi dei Comuni partecipanti.

Al fine di assicurare la rappresentanza della minoranza nel consiglio della Comunità montana, l'art. 10 della legge 23 marzo 1981, n. 93, ha aggiunto che i rappresentanti dei Comuni sono eletti con sistema di votazione a voto limitato.

Spettava, poi, alla Regione definire con la legge regionale sull'ordinamento delle Comunità montane quanto non espressamente previsto nelle norme innanzi indicate.

La legge 265 del 1999 ha abrogato l'art. 4 della legge 1102 del 1971 ed ha, al comma 1, punto 2, ridisegnato la struttura degli organi della Comunità montana, prevedendo un organo rappresentativo e un organo esecutivo, composti da sindaci, assessori o consiglieri dei Comuni partecipanti, senza precisare a chi spetti la definizione degli organi, la loro composizione, il modo di elezione e le attribuzioni, lasciando detti adempimenti alla legge regionale per quanto concerne i principi e allo statuto della Comunità montana per le norme di dettaglio[50].

A ciò va aggiunto che, ai sensi del c. 3 dell'art. 7, della legge 265 del 1999, in caso di mancato adeguamento da parte dei Comuni delle proprie rappresentanze nelle Comunità montane, nel termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge innanzi indicata, l'organo rappresentativo e quello esecutivo sono validamente costituiti dai soli rappresentanti dei Comuni aventi titolo.

Il presidente può cumulare la carica con quella di sindaco di uno dei Comuni della Comunità. I rappresentanti dei Comuni della Comunità montana sono eletti dai consigli dei Comuni partecipanti con il sistema del voto limitato.

Il richiamo al sistema del voto limitato viene ripreso dall'art. 10 della legge 93 del 1981, cosi come inserito nella legge 1102 del 1971.

Al comma 1, punto 3, invece, viene semplificata la procedura di costituzione delle Comunità montane, sostituendo alla legge regionale un provvedimento del Presidente della Giunta Regionale, all'evidente scopo di favorire la nascita di questi enti ed in coerenza con la forte spinta diretta a favorire l'esercizio associato di funzioni da parte di enti di piccole dimensioni.

L'istituzione della Comunità montana avviene con provvedimento del Presidente della Giunta Regionale dopo che con legge regionale

[50] MAGGIORA E., *Testo unico degli enti locali*, Volume I, *Ordinamento istituzionale*, Tomo I, *Commento agli artt. 1-87 del D. Lgs. 18/08/2000 n. 267*, coordinato da ITALIA V., 2000, 349.

si è provveduto ad individuare gli ambiti territoriali omogenei idonei per la costituzione delle Comunità montane, in modo da facilitare gli interventi per la valorizzazione della montagna e l'esercizio associato delle funzioni comunali. La legge regionale che individua le zone territoriali ove far sorgere le Comunità montane provvede anche a disciplinare le modalità di approvazione dello statuto, le procedure di concertazione, i piani zonali e i programmi annuali, i criteri di ripartizione tra le Comunità montane dei finanziamenti regionali e di quelli europei, i rapporti tra le Comunità montane e gli altri enti operanti nel territorio (c. 1, punto 4).

Il punto 5 del primo comma prevede, invece, che la legge regionale può escludere dalla Comunità montana i Comuni parzialmente montani nei quali la popolazione residente nel territorio montano sia inferiore al 15% della popolazione complessiva e, al contempo, esclude che possano far parte della Comunità montana i capoluoghi di provincia e i Comuni con popolazione complessiva superiore a 40.000 abitanti; mentre prevedere, per un più efficace esercizio delle funzioni e dei servizi svolti in forma associata, la possibilità di partecipazione alla Comunità anche di Comuni confinanti, con popolazione non superiore a 20.000 abitanti, purché siano parte integrante del sistema geografico e socio-economico della Comunità. Al punto 9, comma 1, infine, è prevista, per la prima volta, la possibilità di costituire più Comunità montane in luogo di una preesistente Comunità, e si stabilisce che alle nuove Comunità spettano nel complesso i trasferimenti erariali attribuiti all'ente originario, ripartiti in attuazione dei criteri stabiliti dall'art. 36 del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 504, che regola la corresponsione dei contributi ordinari annuali agli enti locali[51].

## 9. *Il decreto legislativo n. 267 del 2000 – T.U.E.L.*

In attuazione della delega conferita con l'art. 31 della legge 265 del 1999 è stato emanato il decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, o testo unico degli enti locali (T.U.E.L.).

Il D. Lgs. 267 del 2000 avrebbe dovuto avere natura meramente compilativa, giacché l'art. 31 della legge 265 ha delegato il governo, soltanto, a riunire e coordinare le disposizioni vigenti[52].

[51] Più precisamente, per le Comunità montane trova applicazione la lett. *c*, del citato art. 36.

[52] Sulla natura meramente compilativa del D. Lgs. 267/2000: VIRGA P., *L'amministrazione locale*, sec. ed., 2003, pag. 4; T.A.R. Calabria Reggio 30 luglio 2001 n. 7-8; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 14 ottobre 2001 n. 643; C. di S. Ad. gen. 8 giugno 2000 n. 87, in *Giust. It.* 2000; *contra* T.A.R. Campania Napoli 29 novembre 2001, n. 5109.

Tuttavia, con il D. Lgs. 267 del 2000, oltre alla riunione e al coordinamento della normativa previgente, sono state introdotte anche norme nuove.

Per quanto concerne le Comunità montane, occorre rilevare che il D. Lgs. 267 del 2000, all'art. 2, c. 1, nonché all'art. 27, conserva per le Comunità montane la qualifica di ente locale, già conferita dalla legge 142, e successivamente ribadita dalla legge 59 del 1997, che all'art. 1, comma 1, specifica che <<per enti locali si intendono le Province, i Comuni, le Comunità montane e gli altri enti locali>>.

Ne consegue che con la citata normativa le Comunità montane sono collocate fuori dagli enti funzionali, ma nella più ampia categoria degli enti locali, anche se la loro autonomia non è espressamente enunciata, contrariamente a quanto accade per i Comuni e le Province (art. 3, c. 1, T.U.E.L.), probabilmente in considerazione della natura associativa di questi enti, sicché l'autonomia delle Comunità montane sarebbe un riflesso dell'autonomia dei Comuni associati, di cui la Comunità montana esercita le funzioni.

L'art. 4, c. 3, prevede che la generalità dei compiti e delle funzioni amministrative è attribuita ai Comuni alle Province e alle Comunità montane, in base ai principi di cui all'art. 4, c. 3, della legge 59/97 (prima legge "Bassanini"), secondo le loro dimensioni territoriali, associative ed organizzative, con esclusione delle sole funzioni che richiedono l'unitario esercizio a livello regionale.

Per quanto concerne le finalità per le quali sono costituite le Comunità montane, occorre evidenziare che resta invariato lo scopo di promuovere la valorizzazione delle zone montane con l'esercizio di funzioni proprie, di funzioni conferite e delle funzioni comunali in forma associata (art. 27, c. 1, art. 28, c. 1).

Per quanto concerne un'analisi più approfondita dell'art. 27, occorre rimandare, onde evitare inutili ripetizioni, a quanto detto in ordine all'art. 7 della legge 265 del 1999, giacché detta norma è stata riprodotta nell'art. 27 del D. Lgs. 265 del 2000.

L'art. 28, invece, riproduce gli originari primi cinque commi dell'art. 29 della legge 142 del 1990 e, quindi, è opportuno rinviare, come già fatto per l'art. 27, all'analisi svolta in tale sede, limitandosi qui ad esaminare soltanto le innovazioni introdotte con l'art. 28 del D. Lgs. 265 del 2000.

In primo luogo, occorre evidenziare che il 2° comma dell'art. 29 della legge 142 diviene il 1° comma nell'art. 28 del D. Lgs. 265: evidentemente, si intende porre in primo piano il nuovo ruolo assunto dalla Comunità montana, ente che si prefigge, come finalità primaria e prevalente, l'esercizio associato delle funzioni comunali, siano esse proprie o delegate.

In secondo luogo, viene introdotto il comma 6, il quale dispone un vincolo di destinazione per gli interventi finanziari disposti dalle Comunità montane e da altri soggetti pubblici a favore della montagna, prevedendo che detti interventi finanziari sono destinati, esclusivamente, ai territori classificati montani.

Infine, viene introdotto il comma 7, che dispone l'applicazione alle Comunità montane delle disposizioni di cui all'art. 32, comma 5, del D. Lgs. 265/2000: ossia, alle Comunità montane, quali unioni di comuni, si applicano, in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei Comuni. Si applicano, in particolare, le norme in materia di composizione degli organi dei Comuni con il limite che il numero dei componenti degli organi non può comunque eccedere quello previsto per i Comuni di dimensioni pari alla popolazione complessiva dell'ente.

Detta norma prevede, altresì, che alle Comunità montane, quali unioni di comuni, competono gli introiti derivanti dalle tasse, dalle tariffe e dai contributi sui servizi ad esse affidati dai Comuni.

È evidente, dunque, che anche dalle innovazioni introdotte con il D. Lgs. 265/2000 emerge la volontà del legislatore di conferire un ruolo preminente sia al carattere associativo delle Comunità montane sia all'assimilazione delle Comunità montane ai Comuni, il che vale, da un lato, ad escludere la natura di ente strumentale, vuoi delle Regioni, vuoi dei Comuni, delle Comunità montane e, dall'altro, a conferire alle Comunità montane una sempre maggiore autonomia.

## 10. *La sentenza n. 244/2005 della Corte Costituzionale e il Titolo V della Costituzione*

La Corte Costituzionale è stata chiamata a pronunciarsi sulla questione di legittimità costituzionale, sollevata dal Tribunale amministrativo regionale per il Molise[53], in ordine all'art. 17 della legge della Regione Molise 8 luglio 2002, n. 12 (Riordino e ridefinizione delle Comunità montane).

L'ordinanza di rimessione è stata emessa nella fase cautelare del giudizio avente ad oggetto azione popolare, *ex* art. 9 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, per l'annullamento del decreto n. 17 del 27 gennaio 2003, con il quale il Presidente della Giunta regionale aveva disposto lo scioglimento del Consiglio della Comunità montana e la nomina di un Commissario straordinario per la gestione provvisoria del mede-

[53] Ordinanza di rimessione del 4 luglio 2003 – T.A.R. Molise.

simo ente sino all'insediamento degli organi ordinari. Il provvedimento di scioglimento era motivato in ragione della difficoltà di funzionamento degli organi comunitari e della mancata approvazione nei termini dell'atto di riequilibrio del bilancio.

Il giudice *a quo* sospettava di illegittimità costituzionale la norma nella parte in cui affida «ai poteri del Presidente della Giunta regionale lo scioglimento, la sospensione e il commissariamento del Consiglio della Comunità montana»[54]. La disposizione impugnata prevede la possibilità che, in caso di mancata approvazione del bilancio dell'ente montano o di mancata approvazione nei termini dello statuto montano, il Presidente della Giunta regionale del Molise, con proprio decreto, sciolga il Consiglio della Comunità montana e provveda alla nomina di un Commissario che eserciti le attribuzioni degli organi comunitari fino alla ricostituzione degli stessi.

Più precisamente, il giudice *a quo* riteneva che la Comunità montana non fosse un ente *sub*-regionale, ma un ente a carattere associativo intercomunale, una forma di rappresentanza di Comunità, vale a dire di collettività qualificata dall'appartenenza alla zona montana (art. 27, comma 1, del D. Lgs. n. 267 del 2000), cui si applicano, ai sensi degli artt. 28, comma 7, e 32, comma 5, del D. Lgs. n. 267/2000, i principi previsti per l'ordinamento dei Comuni.

Riteneva, pertanto, il giudice rimettente che la riserva di legge statale che copre la materia elettorale, nonché la disciplina degli organi di governo e delle funzioni fondamentali degli enti locali debba essere estesa, per ragioni di coerenza e sistematicità dell'ordinamento, anche all'elezione e al funzionamento degli organi della Comunità montana, con la conseguenza che la previsione di un potere regionale di controllo sostitutivo sugli enti montani, contenuta in una legge regionale, collidesse con il riconoscimento della parità di rango costituzionale tra Regione e Comuni di cui all'art. 114 della Costituzione, nonché con la riserva di legge statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *p)*, della Costituzione.

Ai fini dello scrutinio di legittimità costituzionale della norma censurata, la Corte Costituzionale ha ritenuto opportuno valutare la collocazione delle Comunità montane nell'ambito dell'attuale sistema delle autonomie.

A tal proposito la Corte ha asserito che l'evoluzione della legislazione in materia si caratterizza per il riconoscimento alla Comunità montana della natura di ente locale autonomo, quale proiezione dei Comu-

[54] Art. 17 della legge della Regione Molise 8 luglio 2002, n. 12.

ni che ad essa fanno capo (art. 4 della legge 3 dicembre 1971, n. 1102; e soprattutto art. 28 della legge 8 giugno 1990, n. 142, nel testo originario; ciò anche alla luce delle sentenze n. 293 del 1995, n. 307 del 1983 e n. 212 del 1976). A ciò ha aggiunto che la più recente normativa ha specificato quale sia la effettiva natura giuridica di tali enti, qualificandoli dapprima quale <<unioni montane» (art. 28 della legge n. 142 del 1990, come modificato dall'art. 7, comma 1, della legge 3 agosto 1999, n. 265) e successivamente quali «unioni di comuni, enti locali costituiti fra comuni montani» (art. 27, comma 1, del D. Lgs. n. 267 del 2000). A ciò aggiunge che il comma 4, del citato art. 27, demanda alla legge regionale la disciplina delle Comunità con specifico riferimento: *a*) alle modalità di approvazione dello statuto; *b*) alle procedure di concertazione; *c*) alla disciplina dei piani zonali e dei programmi annuali; *d*) ai criteri di ripartizione tra le Comunità montane dei finanziamenti regionali e di quelli dell'Unione europea; *e*) ai rapporti con gli altri enti operanti nel territorio.

La Corte Costituzionale ritiene, quindi, che le Comunità montane sono un caso speciale di unioni di Comuni, e richiamando quanto affermato dalla stessa Corte nella sentenza n. 229 del 2001, precisa che detti enti sono creati in vista della valorizzazione delle zone montane, allo scopo di esercitare, in modo più adeguato di quanto non consentirebbe la frammentazione dei Comuni montani, "funzioni proprie", "funzioni conferite" e "funzioni comunali".

Aggiunge, poi, la Corte che la predetta qualificazione pone in evidenza l'autonomia di tali enti, non solo dalle Regioni, ma anche dai Comuni, come dimostra, tra l'altro, l'espressa attribuzione agli stessi della potestà statutaria e regolamentare (art. 4, comma 5, della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante "Disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3").

Alla luce della disciplina sopra esposta la Corte Costituzionale ha ritenuto non fondata la sollevata questione di legittimità costituzionale, in quanto le considerazioni normative evidenziate consentono di escludere che possa ritenersi sussistente la dedotta violazione degli artt. 114 e 117, secondo comma, lettera *p)*, della Costituzione. Il giudice rimettente, secondo la Corte, sarebbe partito dal presupposto errato che alle Comunità montane si applicano, «in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei Comuni[55]» e che la previsione di un potere regionale di controllo sostitutivo sulle Comunità montane si ponesse in contrasto con il riconoscimento «della parità di rango costituzionale tra Re-

[55] Ordinanza di rimessione del 4 luglio 2003 – T.A.R. Molise.

gione e Comuni[56]» di cui all'art. 114 della Costituzione e con la «riserva di legge statale[57]» in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni *ex* art. 117, secondo comma, lettera *p)* della Costituzione.

Più precisamente, la Corte Costituzionale ritiene inconferente il richiamo all'art. 117, secondo comma, lettera *p)*, della Costituzione, nella parte in cui prevede, tra l'altro, che rientra nella competenza esclusiva dello Stato la materia relativa alla "legislazione elettorale" e agli "organi di governo". Ciò in quanto la citata disposizione fa espresso riferimento ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane e tale l'indicazione, per la Corte, deve ritenersi tassativa. Da qui la conseguenza che la disciplina delle Comunità Montane, pur in presenza della loro qualificazione come enti locali contenuta nel D. Lgs. n. 267 del 2000, rientra nella competenza legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, della Costituzione. Allo stesso modo ha ritenuto inconferente il riferimento, contenuto nell'ordinanza di rimessione, all'art. 114 della Costituzione, non contemplando quest'ultimo le Comunità montane tra i soggetti di autonomia destinatari del precetto in esso contenuto[58].

Secondo parte della dottrina[59], se si accetta l'impostazione data dalla Corte Costituzionale, l'autonomia statutaria delle Comunità montane non può identificarsi nell'autonomia politica, ma in una accentuata autarchia dell'ente locale, determinata dalle specificità territoriali che gli ineriscono, conseguentemente viene meno la loro funzione di rappresentanza delle comunità locali, per divenire enti privi di funzioni proprie e, quindi, strumentali sia rispetto ai Comuni (dei quali esercitano in forma associata le funzioni proprie o delegate) che alla Regione (libera di determinare le modalità di organizzazione e di funzionamento, oltre che di utilizzare le Comunità montane come soggetto attuatore di funzioni dalla stessa delegate).

Altra parte della dottrina[60] ritiene, invece, che la Corte Costituzionale ha omesso di valutare la compatibilità delle Comunità montane, così

[56] Ordinanza di rimessione del 4 luglio 2003 – T.A.R. Molise.

[57] Ordinanza di rimessione del 4 luglio 2003 – T.A.R. Molise.

[58] Nel senso della sentenza n. 244 del 24/06/2005, anche la sentenza n. 456 del 23/12/2005.

[59] CAVINO M., *La rappresentanza delle comunità locali*, in *Le autonomie al centro*, a cura di Scudiero M., Napoli, 2007, 89.

[60] RESCIGNO G. U., *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, 2120 ss.; MANGIAMELI S., *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2122 ss.

come attualmente disciplinate, con la riforma del Titolo V della Costituzione, in quanto in base alla nuova formulazione degli artt. 114 e 118 della Costituzione sarebbero costituzionalmente illegittime tutte quelle previsioni legislative che istituiscono enti locali diversi da quelli menzionati testualmente in Costituzione.

Da ciò, ne consegue, secondo tale dottrina, che le future Comunità montane potrebbero venire ad esistenza soltanto come forme associate di Comuni su base volontaria (e non imposte *ex lege*); mentre le Comunità montane attualmente esistenti potrebbero continuare a svolgere i loro compiti soltanto laddove i Comuni non si riapproprino delle funzioni attribuite agli enti montani.

Alla luce delle eccezioni sollevate dalla dottrina innanzi richiamata, ed in ragione del contrasto esistente tra il Titolo V della Costituzione e l'individuazione degli enti locali effettuata dal legislatore ordinario con l'art. 2 del D. Lgs. n. 267/2000 (T.U.E.L.) nonché con la restante disciplina delle Comunità montane, sarebbe auspicabile ed opportuno un intervento normativo in materia costituzionale volto a fare chiarezza sulla compatibilità della disciplina delle Comunità montane e il Titolo V della Costituzione così come riformato; o almeno un intervento della Corte Costituzionale che si pronunci, a chiarimento, su detto contrasto.

## 11. *L'impatto della legge finanziaria 2008*

La legge 24/12/2007 n. 244 ha demandato alle Regioni il compito di riorganizzare il sistema delle Comunità montane mediante una serie di disposizioni, che vanno dal comma 16 al comma 22 dell'art. 2 della legge finanziaria innanzi citata.

Più precisamente, il comma 16 prevede che il fondo ordinario di cui all'articolo 34, comma 1, lettera *a)*, del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 504, è ridotto di 33,4 milioni di euro per l'anno 2008 e di 66,8 milioni di euro a decorrere dall'anno 2009.

A ciò va aggiunto che le Regioni, al fine di concorrere agli obiettivi di contenimento della spesa pubblica, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria 2008, devono provvedere con proprie leggi, sentiti i consigli delle autonomie locali, al riordino della disciplina delle Comunità montane, in modo da ridurre a regime la spesa corrente per il funzionamento delle Comunità montane stesse per un importo pari almeno ad un terzo della quota del fondo ordinario di cui al comma 16, assegnata per l'anno 2007 all'insieme delle Comunità montane presenti nella Regione (art. 2, comma 17).

Il comma 18 precisa che le leggi regionali di cui al comma 17 devo-

no tener conto dei seguenti princıpi fondamentali:

a) riduzione del numero complessivo delle Comunità montane, sulla base di indicatori fisico-geografici, demografici e socio-economici e in particolare: della dimensione territoriale, della dimensione demografica, dell'indice di vecchiaia, del reddito medio *pro capite*, dell'acclività dei terreni, dell'altimetria del territorio comunale con riferimento all'arco alpino e alla dorsale appenninica, del livello dei servizi, della distanza dal capoluogo di provincia e delle attività produttive extra-agricole;
b) riduzione del numero dei componenti degli organi rappresentativi delle Comunità montane;
c) riduzione delle indennità spettanti ai componenti degli organi delle Comunità montane.

La legge finanziaria 2008, al comma 20, prevede, in caso di mancata attuazione delle disposizioni di cui al comma 17 entro il termine ivi previsto, una serie di effetti sanzionatori:

a) cessano di appartenere alle Comunità montane i Comuni capoluogo di provincia, i Comuni costieri e quelli con popolazione superiore a 20.000 abitanti;
b) sono soppresse le Comunità montane nelle quali più della metà dei Comuni non sono situati per almeno l'80 per cento della loro superficie al di sopra di 500 metri di altitudine sopra il livello del mare ovvero non sono Comuni situati per almeno il 50 per cento della loro superficie al di sopra di 500 metri di altitudine sul livello del mare e nei quali il dislivello tra la quota altimetrica inferiore e la superiore non è minore di 500 metri; nelle Regioni alpine il limite minimo di altitudine e il dislivello della quota altimetrica, di cui al periodo precedente, sono di 600 metri;
c) sono altresì soppresse le Comunità montane che, anche in conseguenza di quanto disposto nella lettera *a)*, risultano costituite da meno di cinque comuni, fatti salvi i casi in cui per la conformazione e le caratteristiche del territorio non sia possibile procedere alla costituzione delle stesse con almeno cinque comuni, fermi restando gli obiettivi di risparmio;
d) nelle rimanenti Comunità montane, gli organi consiliari sono composti in modo da garantire la presenza delle minoranze, fermo restando che ciascun Comune non può indicare più di un membro. A tal fine la base elettiva è costituita dall'assemblea di tutti i consiglieri dei Comuni, che elegge i componenti dell'organo consiliare con voto limitato. Gli organi esecutivi sono composti al massimo da un terzo dei componenti l'organo consiliare.

Il comma 21, invece, precisa che l'effettivo conseguimento delle ri-

duzioni di spesa di cui al comma 17 è accertato, entro il 31 luglio 2008, sulla base delle leggi regionali promulgate e delle relative relazioni tecnico-finanziarie, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro per gli affari regionali e le autonomie locali, sentite le singole Regioni interessate. Gli effetti di cui al comma 20 si producono dalla data di pubblicazione del predetto decreto (art. 2, comma 21).

Le Regioni devono, altresì, provvedere a disciplinare gli effetti conseguenti all'applicazione delle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 20 ed in particolare alla soppressione delle Comunità montane, anche con riguardo alla ripartizione delle risorse umane, finanziarie e strumentali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge. Sino all'adozione o comunque in mancanza delle predette discipline regionali, i Comuni succedono alla Comunità montana soppressa in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto, anche processuale, ed in relazione alle obbligazioni si applicano i princıpi della solidarietà attiva e passiva (art. 2, comma 22).

Evidenziati gli interventi normativi contenuti nella legge finanziaria 2008, è opportuno esaminare l'impatto e i riflessi di tali interventi sulla vita delle Comunità montane e sulla riduzione della spesa pubblica.

Per quanto concerne l'innanzi indicata riduzione del fondo ordinario, occorre evidenziare che il suo impatto sulla complessiva spesa pubblica è di modesta entità, mentre incide in modo determinante sul finanziamento delle Comunità montane, le quali, essendo a finanza totalmente derivata, corrono il rischio di un dissesto finanziario, non avendo altre entrate per far fronte agli impegni finanziari assunti nel corso degli anni proprio a valere sul fondo ordinario stesso; ne consegue che, ove dovesse verificarsi una tale ipotesi, sarebbe necessario un intervento pubblico volto a sanare il dissesto, vanificando così l'intervento di riduzione della spesa pubblica posto in essere.

Va, altresì, evidenziato che un tale taglio di spesa potrebbe determinare anche il venir meno dei servizi erogati dalle Comunità montane per conto dei Comuni (quali i servizi sociali, assistenziali, di raccolta rifiuti etc.), con gravi danni per le popolazioni che ne usufruiscono e l'inevitabile costituzione da parte dei Comuni di altre forme associative per far fronte a tali bisogni, producendo così costi che ridurrebbero notevolmente la già scarsa incidenza della manovra finanziaria sulla spesa pubblica.

Per quanto concerne, invece, il riordino, mediante leggi regionali, della disciplina delle Comunità montane, in modo da ridurre a regime la spesa corrente per il funzionamento delle stesse (art. 2, c. 17), occorre evidenziare che la legge finanziaria per il 2008 ha indicato una serie di

criteri ai quali le Regioni dovranno attenersi.

Il risparmio di spesa che il legislatore ordinario si propone di raggiungere passa attraverso una forte riduzione del numero complessivo delle Comunità montane, sulla base di criteri meramente quantitativi, quali la dimensione territoriale, la dimensione demografica, l'indice di vecchiaia, il criterio altimetrico etc. (art. 2, c. 18), del tutto scollegati, però, dalla specificità di ciascuna realtà territoriale, che invece poteva essere tutelata dando maggior rilievo all'autonomia statutaria, così che ciascun ente si sarebbe potuto dare l'assetto organizzativo e funzionale più idoneo a soddisfare i bisogni della collettività locale di propria pertinenza.

A fronte di una modesta riduzione della spesa pubblica, data dal riordino della disciplina delle Comunità montane, vi è il fondato rischio che le spese tagliate possano essere riversate sugli enti successori delle Comunità montane: infatti, in base al comma 22, le Regioni devono provvedere a disciplinare gli effetti conseguenti all'applicazione delle disposizioni di cui ai commi 17, 18 e 20 ed in particolare alla soppressione delle Comunità montane, anche con riguardo alla ripartizione delle risorse umane, finanziarie e strumentali, facendo salvi i rapporti di lavoro a tempo indeterminato esistenti alla data di entrata in vigore della presente legge.

Sino all'adozione o comunque in mancanza delle predette discipline regionali, i Comuni succedono alla Comunità montana soppressa in tutti i rapporti giuridici e ad ogni altro effetto, anche processuale, ed in relazione alle obbligazioni si applicano i princıpi della solidarietà attiva e passiva.

È evidente quindi che, in base a tali disposizioni, buona parte delle spese tagliate saranno riversate sugli enti successori delle Comunità montane, con conseguente e palese inefficacia della manovra finanziaria posta in essere.

A ciò va aggiunto che i tempi estremamente ristretti imposti dal legislatore ordinario alle Regioni per provvedere al riordino delle Comunità montane – sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge finanziaria per il 2008 – hanno, da un lato, impedito la partecipazione dei Comuni e delle popolazioni interessate alle scelte compiute a livello regionale e, dall'altro, hanno consentito alla potestà legislativa delle Regioni di soffocare la componente associativa che costituisce il segno ed il tratto tipico delle Comunità montane, costringendo i singoli Comuni a far parte "per legge", e non per scelta, di un determinato ambito territoriale ritenuto omogeneo dal legislatore regionale, senza tener conto delle reali esigenze rappresentate dai Comuni e dalle popolazioni locali.

Il legislatore non ha, neppure, tenuto conto che le Comunità montane, nell'ambito degli enti locali, sono quelle che hanno un costo estre-

mamente ridotto e, al contempo, presentano spesso una spesa per gli investimenti superiore a quella corrente[61], evidenziando quindi una capacità maggiore rispetto agli altri enti pubblici ad investire sul territorio.

Il legislatore si è trovato probabilmente nella condizione di dover scegliere, vista l'impellente necessità di ridurre la spesa pubblica, su quale ente locale intervenire ed ha scelto di riordinare la disciplina delle Comunità montane, ritenendo che un tale intervento avrebbe avuto un minore impatto sociale e politico, stante la natura di ente rappresentativo di secondo grado delle Comunità montane rispetto a quella degli altri enti locali, senza però tener conto che, per le ragioni innanzi spiegate, un tale intervento legislativo avrebbe inciso soltanto marginalmente sulla spesa pubblica.

Forse, sarebbe stato più opportuno coinvolgere tutti i soggetti interessati, piuttosto che imporre tempi così stretti e criteri meramente quantitativi, che hanno, invece, reso impossibile l'attivazione di procedure di concertazione e partecipazione; nonché intervenire anche nel riordino di altri enti locali, valutando i costi degli stessi, la capacità di investire sul territorio di pertinenza e quali enti siano, effettivamente, in grado di assicurare il governo ottimale del territorio e di dare risposte concrete ai bisogni delle popolazioni.

Infine, ma non da ultimo, occorre evidenziare che l'intervento normativo in questione, da un lato, potrà essere oggetto di censure di costituzionalità, in quanto invade un ambito (quello della disciplina delle Comunità montane) che la Corte Costituzionale ritiene attribuito alla competenza legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell'art. 117, c. 4, della Costituzione e, quindi, di esclusiva competenza delle Regioni stesse e non dello Stato[62] e, dall'altro, si palesa in evidente contrasto con la disciplina, tutt'ora vigente, in materia di Comunità montane, con particolare riguardo alla natura, al ruolo e alle funzioni delle Comunità montane ai sensi e per gli effetti degli artt. 27 e 28 del D. Lgs. n. 267/2000 – T.U.E.L.

## 12. *Conclusioni*

Dall'esame del quadro normativo antecedente alla Riforma del Titolo V della Costituzione emerge che le Comunità montane, quali enti locali, titolari di funzioni proprie, dell'esercizio in forma associata delle fun-

[61] Cfr., ad esempio, la relazione al DDL della regione Toscana.

[62] Corte Cost. n. 229/2001; Corte Cost. n. 244/2005; Corte Cost. n. 456/2005.

zioni dei Comuni membri, nonché delle funzioni delegate dai Comuni, dalla Provincia e dalla Regione, sono da collocare sullo stesso piano istituzionale dei Comuni e delle Province e, quindi, aventi titolo a godere della medesima autonomia riconosciuta a tali enti, con conseguente impossibilità di ricondurre le Comunità montane nell'ambito degli enti strumentali della Regione.

Parte della dottrina, infatti, dando particolare rilevo all'autonomia statutaria come indice di pienezza dell'autonomia locale, ritiene di poter collocare le Comunità montane (che dispongono, appunto di autonomia statutaria, ancorché la stessa sia loro conferita dal legislatore ordinario e non direttamente *ex* art. 114 della Cost.) allo stesso livello di Comuni e Province[63].

In linea con la qualificazione delle Comunità montane come enti autonomi locali, e non già come enti strumentali, va, poi, ricordato che il Consiglio di Stato, nell'esprimere il proprio parere in merito alla formulazione dell'articolo 28 del testo unico (D. Lgs. n. 267/2000), ritenne auspicabile una maggior precisione normativa, al fine di eliminare quanto più possibile i contrasti sulla natura giuridica di tali enti, nel senso di definire le Comunità montana quale ente locale costituito tra Comuni montani, precisando che la <<*Comunità montana, che già prima delle legge 142/90, costituiva non un mero fenomeno associativo o un ente strumentale del Comune o della Regione, bensì un vero e proprio ente autonomo locale – dotato di una propria fisionomia istituzionale, fissata in via generale ed obbligatoria dalla legge –, dopo la riforma dell'ordinamento delle autonomie locali acquisisce definitivamente la natura di ente locale e, soprattutto, di polo dell'ordinamento istituzionale differenziato previsto per le zone montane, sotto questo profilo equiparato ai Comuni*>>.

L'impostazione tesa a riconoscere alle Comunità montane le medesime prerogative (autonomia etc.) riconosciute ai Comuni e alle Province non ha avuto, però, il conforto della Corte Costituzionale, la quale con la sentenza n. 229 del 6/07/2001 ha affermato che <<*Le Comunità montane entrano nel novero degli "enti locali", precisamente quali "altri enti locali" a norma degli artt. 118, primo e terzo comma, e 130, primo comma, della Costituzione*> e, quindi, <<*costituiscono … strumenti organizzativi del sistema delle autonomie locali. Onde, in breve si può dire trattasi di "ordinamento" di enti locali tramite enti locali*>>.

[63] SILERI F., *Le Comunità montane*, in "*L'ordinamento degli enti locali nel testo unico"* a cura di Caringella, Giuncato e Romano, Milano, 2004, 239; CORSINI A., *Art. 27*, in "*Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali"*, Padova, 2006, 169.

Con la sentenza n. 244 del 24/06/2005 la Corte Costituzionale si è espressa, poi, in modo ancora più restrittivo in ordine alla sfera di autonomia spettante alle Comunità montane, precisando che il giudice rimettente è partito dal presupposto errato che alle Comunità montane si applicano <<in quanto compatibili, i principi previsti per l'ordinamento dei Comuni>>[64] e che, conseguentemente, la previsione di un potere regionale di controllo sostitutivo sulle Comunità montane si ponga in contrasto con il riconoscimento <<della parità di rango costituzionale tra Regione e Comuni»[65] di cui all'art. 114 della Costituzione e con la «riserva di legge statale»[66] in materia di legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali dei Comuni *ex* art. 117, secondo comma, lettera *p)* della Costituzione.

Più precisamente, il giudice *a quo* riteneva che la Comunità montana non fosse un ente *sub*-regionale, ma un ente a carattere associativo intercomunale, una forma di rappresentanza di Comunità, vale a dire di collettività qualificata dall'appartenenza alla zona montana (art. 27, comma 1, del D. Lgs. n. 267 del 2000), cui si applicano, ai sensi degli artt. 28, comma 7, e 32, comma 5, del D. Lgs. n. 267/2000, i principi previsti per l'ordinamento dei Comuni.

Riteneva, pertanto, il giudice rimettente che la riserva di legge statale che copre la materia elettorale, nonché la disciplina degli organi di governo e delle funzioni fondamentali degli enti locali debba essere estesa, per ragioni di coerenza e sistematicità dell'ordinamento, anche all'elezione e al funzionamento degli organi della Comunità montana, con la conseguenza che la previsione di un potere regionale di controllo sostitutivo sugli enti montani, contenuta in una legge regionale, collidesse con il riconoscimento della parità di rango costituzionale tra Regione e Comuni di cui all'art. 114 della Costituzione, nonché con la riserva di legge statale di cui all'art. 117, secondo comma, lettera *p)*, della Costituzione.

La Corte Costituzionale, invece, ritiene inconferente <<*il richiamo all'art. 117, secondo comma, lettera p), della Costituzione, nella parte in cui prevede, tra l'altro, che rientra nella competenza esclusiva dello Stato la materia relativa alla "legislazione elettorale" e agli "organi di governo". Ciò in quanto la citata disposizione fa espresso riferimento ai Comuni, alle Province e alle Città metropolitane e l'indicazione*>>, per la Corte, <<*deve ritenersi tassativa. Da qui la conseguenza che la disciplina delle Comunità Montane, pur in presenza*

[64] Ordinanza di rimessione del 4/07/2003 – T.A.R. Molise.
[65] Ordinanza di rimessione del 4/07/2003 – T.A.R. Molise.
[66] Ordinanza di rimessione del 4/07/2003 – T.A.R. Molise.

*della loro qualificazione come enti locali contenuta nel D. Lgs. n. 267 del 2000, rientra nella competenza legislativa residuale delle Regioni ai sensi dell'art. 117, quarto comma, della Costituzione. Allo stesso modo inconferente deve ritenersi*, secondo la Corte, *il riferimento, contenuto nell'ordinanza di rimessione, all'art. 114 della Costituzione, non contemplando quest'ultimo le Comunità montane tra i soggetti di autonomia destinatari del precetto in esso contenuto*>>[67].

Secondo parte della dottrina[68], se si accetta l'impostazione data dalla Corte Costituzionale, l'autonomia statutaria delle Comunità montane non può identificarsi nell'autonomia politica, ma in una accentuata autarchia dell'ente locale, determinata dalle specificità territoriali che gli ineriscono, conseguentemente viene meno la loro funzione di rappresentanza delle comunità locali, per divenire enti privi di funzioni proprie e, quindi, strumentali sia rispetto ai Comuni (dei quali esercitano in forma associata le funzioni proprie o delegate) che alla Regione (libera di determinare le modalità di organizzazione e di funzionamento, oltre che di utilizzare le Comunità montane come soggetto attuatore di funzioni dalla stessa delegate).

Altra parte della dottrina[69] ritiene, invece, che la Corte Costituzionale ha omesso di valutare la compatibilità delle Comunità montane, così come attualmente disciplinate, con la riforma del Titolo V della Costituzione, in quanto in base alla nuova formulazione degli artt. 114 e 118 della Costituzione sarebbero costituzionalmente illegittime tutte quelle previsioni legislative che istituiscono enti locali diversi da quelli menzionati testualmente in Costituzione.

Da ciò, ne consegue, secondo tale dottrina, che le future Comunità montane potrebbero venire ad esistenza soltanto come forme associate di Comuni su base volontaria (e non imposte *ex lege*); mentre le Comunità montane attualmente esistenti potrebbero continuare a svolgere i loro compiti soltanto laddove i Comuni non si riapproprino delle funzioni attribuite agli enti montani.

Dall'analisi sin qui svolta emerge un palese contrasto tra il quadro normativo vigente, ma antecedente alla Riforma del Titolo V della Costituzione, e quest'ultimo.

[67] Nel senso della sentenza n. 244 del 24/06/2005, anche la sentenza n. 456 del 23/12/2005.

[68] CAVINO M., *La rappresentanza delle comunità locali*, in *Le autonomie al centro*, a cura di Scudiero M., Napoli, 2007, 89.

[69] RESCIGNO G. U., *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, 2120 ss.; MANGIAMELI S., *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità montana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2122 ss.

Dal quadro normativo antecedente alla Riforma del Titolo V della Costituzione emergere, infatti, che le Comunità montane, quali enti locali, titolari di funzioni proprie, dell'esercizio in forma associata delle funzioni dei Comuni membri, nonché delle funzioni delegate dai Comuni, dalla Provincia e dalla Regione, sono da collocare sullo stesso piano istituzionale dei Comuni e delle Province e, quindi, aventi titolo a godere della medesima autonomia riconosciuta a tali enti, con conseguente impossibilità di ricondurre le Comunità montane nell'ambito degli enti strumentali della Regione; mentre dalla Riforma del Titolo V della Costituzione emerge una riduzione della sfera di autonomia spettante alle Comunità montane, in quanto il mancato richiamo nel Titolo V delle Comunità montane, tra gli enti locali costituzionalmente previsti come Province e Comuni (artt. 114, 117 e 118, Cost.), comporta che le Comunità montane non godano della stessa autonomia delle Province e dei Comuni, ma piuttosto siano da considerare quali enti funzionali della Regione.

Ne consegue che delle due, l'una: o si interviene sulla normativa previgente alla Riforma del Titolo V della Costituzione per adeguarla a quest'ultima (con modifiche, abrogazioni etc.), oppure si interviene, come sarebbe preferibile, con una riforma strutturale e sistematica della disciplina delle Comunità montane – e non estemporanea come quella prevista nella legge finanziaria 2008 – che ponga in primo piano l'associazionismo su base volontaria, l'autodeterminazione dei fini e dell'organizzazione degli enti montani, l'applicazione di tutti quei principi di organizzazione che de-burocratizzando la struttura rendano l'ente realmente capace di rappresentare le istanze più avvertite e di soddisfare i bisogni effettivi delle comunità locali, coinvolgendo nell'attività di riforma le popolazioni locali, i Comuni e le Comunità montane, così che si abbia una condivisione quanto più ampia possibile della stessa, con conseguente accettazione da parte degli enti partecipati del mutato assetto delle competenze, il tutto al fine di creare un ente che sia in grado di governare in modo ottimale il territorio e, al contempo, sia in grado di dare risposte concrete ai bisogni di popolazioni fortemente disagiate quali sono quelle montane.

La riforma delle Comunità montane non può essere imposta dall'alto, ma va condivisa con tutti gli attori presenti sul territorio.

## *Bibliografia*

ABRAMI A., *Comunità montana e sviluppo economico*, Milano, 1975, e voce *Comunità montana,* in *Nov.mo dig. (appendice)*, 1980, col. 212 ss.

BENCETTI L., *I Consigli di Valle*, Roma, 1960.

BENVENUTI F., *Natura giuridica e struttura delle Comunità Montane*, in *Corr. Amm.*, 1960, 324 ss.

CAVINO M., *La rappresentanza delle comunità locali*, in *Le autonomie al centro*, a cura di Scudiero M., Napoli, 2007, 89.

CERVATI G., *Consiglio di Valle e Comunità Montana*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 347 ss.

CONZATTI A., *Le comunità montane quali soggetti della programmazione*, in *Le Regioni*, 1973, 929 ss.

CORSINI A., *Art. 27*, in *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, 169.

DALFINO E., *Le comunità montane nel sistema dei poteri locali*, Bari, 1983, 40 ss.

DALFINO E., *Comunità montane*, in *Dizionario amministrativo*, GUARINO G., Milano, 1983, 2 ed., 721.

DE MARTIN G. C., *Comunità montana*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, 1989, 267 ss.

DE MARTIN G. C., *Le nuove comunità montane, AIt* n. 9/1990, 50.

DENTE B., *Le comunità montane come enti rappresentativi di secondo grado e come strumentali di riassetto dei poteri locali*, in *Le Comunità montane, Quaderni regionali Formez*, Napoli, 1974, 24.

DE ROBERTO R., *Commento all'art. 49*, in AA.VV., *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, Milano, 1990, 631.

DESIDERI C., *La nuova legge sulla montagna,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1972, 415 ss., e voce *Montagna*, in *Enc. dir.*, XXVI, 878 ss.;

DESIDERI C., *Montagna (legislazione e amministrazione)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Milano, 1976, 892.

D'ONOFRIO F., *Le comunità montane nel processo di riassetto dei poteri locali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1976, 1577 ss.

GESSA C., *Le comunità montane, un modo nuovo di fare programmazione*, in *Diritto ed economia oggi*, 1975.

NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territorialmente definita, RTDP*, 1975, 531 ss.

NIGRO M., *Gli enti pubblici con dimensione territoriale definita: problemi vecchi ed esperienze nuove*, *RTDP,* 1976, 536.

MAGGIORA E., *Testo unico degli enti locali*, Volume I, *Ordinamento istituzionale*, Tomo I, *Commento agli artt. 1-87 del D. Lgs. 18/08/2000 n. 267*, coordinato da ITALIA V., 2000, 349.

MANGIAMELI S., *Titolo V, ordinamento degli enti locali e Comunità*

*montana*, in *Giur. cost.*, 2005, 2122 ss.

MARTINO A., *Regione e Comunità montana*, in AA.*VV., Il ruolo della Regione nel nuovo ordinamento delle autonomie locali,* Padova, 1991, 141 ss.

MIGNONE C., VIPIANA Patrizia, VIPIANA Piera Maria, *Le Autonomie locali*, 2, *Commento alla legge sulle Autonomie locali*, I° Tomo, 1993, 270.

RESCIGNO G. U., *Sul fondamento (o sulla mancanza di fondamento) costituzionale delle Comunità montane*, in *Giur. cost.*, 2005, 2120 ss.

SILERI F., *Le Comunità montane*, in "*L'ordinamento degli enti locali nel testo unico"* a cura di Caringella, Giuncato e Romano, Milano, 2004, 239.

STADERINI F., in *Diritto degli enti locali*, settima ed., 1997, 275.

TERESI F., *Profili giuridici delle comunità montane*, Palermo, 1975.

VIGNOLI G., *Le comunità montane: compiti e natura*, in *Riv. dir. agr.*, 1977, 289 ss.

VIRGA P., *L'amministrazione locale*, sec. ed., 2003, 4.

ZUCCHETTI A., *Commento all'art. 29*, in AA.VV., *Le autonomie locali (Legge 8 giugno 1990, n. 142)*, Milano, 1990, 455, nt. 82.

DOMENICO RICCIO

# La costruzione per via giudiziale della giurisdizione tributaria

SOMMARIO: 1. L'espansione della giurisdizione tributaria. - 2. Le fattispecie espressamente incluse. - 3. Il COSAP. - 4. Le sanzioni «comunque irrogate» dagli uffici finanziari. - 5. Il fermo dei beni mobili registrati. - 6. La TIA e la TARSU.

## *1.* L'espansione della giurisdizione tributaria

La giurisdizione tributaria, alla luce delle ultime modifiche, può dirsi generale (e forse anche esclusiva), nel senso che ha superato – attraverso una serie di correzioni ed innovazioni – i limiti derivanti dalla attribuzione casistica e specialistica delle materie attinenti alla sua giurisdizione.

L'espressione «giurisdizione tributaria» non era presente del DPR 636/1972, il quale – al titolo della sezione I ed ai commi 2 e 3 dell'art. 1 – faceva riferimento alla «competenza».

Pur tuttavia tale espressione («competenza») veniva intesa comunque nel senso di «giurisdizione»[1] ossia di ripartizione della competenza fra più organi giurisdizionali appartenenti a diversi ordini.

La competenza giurisdizionale delle Commissioni tributarie, fin dall'emanazione DPR 26 ottobre 1972, n. 636, in attuazione della legge delega per la riforma tributaria, 9 ottobre 1971, n. 825, era determinata mediante l'elencazione dei tributi, relativamente ai quali le controversie erano affidate, appunto, alla cognizione delle predette Commissioni.

Proprio in base alle disposizioni di tale legge e, in particolare, del suo art. 10, comma 2, n. 14), che ha assegnato al Governo il compito di procedere alla «revisione della composizione, del funzionamento e delle competenze funzionali e territoriali delle commissioni tributarie anche al fine di assicurare l'autonomia e l'indipendenza, e in modo da garantire l'imparziale applicazione della legge», con la sentenza n. 287 del 19-27 dicembre 1974, in contrario avviso rispetto alle sue precedenti pronunce, la Corte costituzionale ha definitivamente riconosciuto la natu-

[1] Per tutti, v. F. TESAURO, voce *Processo tributario*, in *Noviss. dig. it.*, App., V, p. 1400; C. GLENDI, *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, Milano, 1990, p. 14.

ra giurisdizionale delle commissioni stesse[2].

La cennata impostazione normativa, che affidava, in via prioritaria, all'elencazione dei tributi la delimitazione della sfera di giurisdizione delle Commissioni tributarie, non era stata modificata né dal DPR 28 novembre 1980, n. 787, né dal DPR 3 novembre 1981, n. 739 – che pure avevano apportato integrazioni e modificazioni all'originario provvedimento – ed era stata sostanzialmente recepita dallo stesso DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, emanato in attuazione della delega al Governo, contenuta nell'art. 30 della L 30 dicembre 1991, n. 413.

La normativa originaria prevedeva (art. 1, comma 3, DPR 636/1972), inoltre – come tuttora prevede la vigente (art. 2, comma 2, DLGS 546/1992) – accanto alla competenza individuata mediante l'elencazione dei tributi ed il riferimento alle sanzioni amministrative, la cognizione delle controversie «concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale».

L'impianto iniziale della normativa concernente la giurisdizione delle Commissioni tributarie, mantenuto fermo, come si è rilevato, fino alla legislazione del 1992, è stato radicalmente mutato a seguito della sostituzione dell'art. 2, DLGS 546/1992, ad opera dell'art. 12, comma 2, L 28 dicembre 2001, n. 448, che, per la determinazione dell'ambito di cognizione delle Commissioni stesse, ha sostituito al criterio della elencazione dei tributi l'indicazione, onnicomprensiva, della «materia». Secondo questo rinnovato assetto della competenza giurisdizionale delle Commissioni tributarie (art. 2, comma 1, DLGS 546/1992), queste sono state abilitate a conoscere di tutte le controversie aventi ad oggetto «i tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali», le controversie concernenti il (soppresso) contributo per il Servizio sanitario nazionale, le sovrimposte e le addizionali, nonché «le sanzioni amministrative comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio».

Il problema della giurisdizione è stato da sempre collegato a quello della natura delle Commissioni tributarie, sorte negli anni trenta come organi di contenzioso amministrativo[3] (Commissioni distrettuali, provin-

[2] Il Giudice costituzionale ha precisato anche, con tale arresto, che la «revisione» anzidetta si inquadra inequivocabilme nte nella previsione della VI disposizione transitoria della Costituzione, la quale tale revisione consente «proprio per gli organi speciali di giurisdizione già esistenti nell'ordinamento al momento di entrata in vigore della Costituzione».

[3] RDL 7 agosto 1936, n. 1639, RD 8 luglio 1937, n. 1516, DLGSLGT 12 ottobre 1944, n. 334.

ciali e Commissione centrale) operanti in stadio preventivo rispetto all'intervento dei giudice ordinario destinatario di tutte le controversie su diritti soggettivi tra cittadini e Pubblica amministrazione comprese le liti in materia di imposte e tasse (allegato E della L 20 marzo 1865, n. 2248).

Questo netto sistema binario si è venuto via via ad attenuare con un progressivo rafforzamento delle Commissioni nel senso della loro «giurisdizionalizzazione» con conseguente marginalizzazione del giudice ordinario.

La lettura in chiave giurisdizionale delle Commissioni ha da tempo infatti superato il vaglio di costituzionalità del giudice delle leggi sul presupposto che la Costituzione vieta l'istituzione di nuovi giudici speciali (art. 102) ma non la soppravvivenza di quelli esistenti solo da revisionare a sensi della VI disposizione transitoria.

E difatti la prima grande riforma del contenzioso tributario degli anni settanta (DPR 26 ottobre 1972, n. 636) ha visto la Corte costituzionale[4] assegnare alle istituite Commissioni tributarie di I e di II grado natura di organi giurisdizionali preesistenti dunque non un nuovo giudice ma giudice riformato.

Questa strada è stata seguita anche dalla seconda grande riforma degli anni novanta (decreti legislativi 31 dicembre 1992, n. 545 e n. 546) dove ancora una volta le neo istituite Commissioni provinciali e regionali sono state ritenute dalla Corte costituzionale non nuovo giudice ma continuazione di quello preesistente[5].

E ciò benché il legislatore del 1992 – da un lato – avesse devoluto alla cognizione delle Commissioni innovativa materia tributaria (si pensi ai tributi locali e comunali da sempre estranei a quella giurisdizione); dall'altro, ne avesse ampliato le attribuzioni (si pensi agli istituti della tutela cautelare e della regolamentazione delle spese processuali secondo principio di soccombenza) per giunta in via esclusiva (essendo stato eliminato ogni raccordo di merito con la giurisdizione alternativa della Corte di appello) mal conciliantesi – a ben vedere – con la previsione di un sistema di mero riordino del precedente (già revisionato).

Scelta sintomatica del giudice delle leggi – dunque – di conservare comunque all'ordinamento le Commissioni così potenziate ribadendone la precipua natura giurisdizionale.

A tale positivo impatto costituzionale è venuto poi ad aggiungersi un deciso *favor* legislativo verso l'allargamento e l'autonomia della giu-

[4] Corte Cost. sentenze nn. 287/1974, 215/1976, 196/1982, in *Il fisco* n. 3/1983, p. 379.
[5] Corte Cost. ord. n. 144/1998.

risdizione tributaria a scapito di quella ordinaria.

Già prima della riforma del 1992 singole leggi di imposta avevano devoluto alle Commissioni ulteriori tributi rispetto a quelli tassativamente elencati nel DPR 636/1972. Basti ricordare l'imposta sul patrimonio netto delle imprese (L 26 novembre 1992, n. 461), l'imposta straordinaria sui depositi bancari (L 8 agosto 1992, n. 359), l'imposta straordinaria su particolari beni (L 14 novembre 1992, n. 438), l'imposta straordinaria immobiliare – ISI (L 359/1992).

E la previsione di ulteriori espansioni ha trovato conferma nello stesso disposto dell'art. 2, DLGS n. 546/1992 che ha esteso la cognizione delle Commissioni ad ogni altro tributo (statale e non) ad esse attribuito dalle future leggi d'imposta.

Norma in bianco – questa – suscettibile di venire riempita dal legislatore nel corso dell'evoluzione fiscale ancora una volta al fine di agevolare il processo di concentrazione delle liti fiscali davanti ad un solo giudice.

Così nell'alveo della giurisdizione tributaria è stata ricondotta parte della stessa fiscalità regionale (di dubbia ricomprensione nel novero dei «tributi locali»[6]) come l'imposta regionale sulle attività produttive – IRAP (DLGS 15 dicembre 1997, n. 446), l'imposta regionale sulle immissioni sonore degli aeromobili (collegato fiscale alla Finanziaria 2000), il tributo speciale (regionale) per il deposito in discarica dei rifiuti solidi (inserito con la lettera g *bis*] nell'art. 2, DLGS n. 546/1992 dalla L 28 dicembre 1995, n. 549).

Si è venuti così ad assistere ad una tendenziale devoluzione di ogni nuovo tributo alla giurisdizione delle Commissioni in vista di una razionalizzazione ed unificazione del sistema di giustizia tributaria.

Tale evoluzione ha trovato il suo punto di arrivo con la riformulazione dell'art. 2, DLGS n. 546/1992 ad opera della L 28 dicembre 2001, n. 448 (recante disposizioni per la formazione dei bilancio annuale e pluriennale dello Stato per il 2002).

La norma stabilisce l'appartenenza alla giurisdizione tributaria di tutte le controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali ed il contributo per il servizio sanitario nazionale (cosiddetta tassa sulla salute *ex lege* 28 febbraio 1986, n. 41 oggi abolita) sovraimposte, addizionali, sanzioni amministrative comunque irrogate da uffici finanziari interessi ed ogni altro ac-

[6] Argomentandosi dal fatto che la stessa Carta costituzionale contrappone province, comuni e gli «altri enti locali» all'«ente regionale» (art. 118).

cessorio nonché le controversie catastali (come in passato) con sola esclusione delle controversie riguardanti gli atti di esecuzione forzata successivi alla notifica della cartella di pagamento o – se previsto – dell'avviso *ex* art. 50, DPR 29 settembre 1973, n. 602[7] contro il concessionario dopo il compimento della esecuzione fiscale ritenuta illegittima[8].

La disposizione è arricchita della precisazione secondo cui il giudice tributario risolve in via incidentale ogni questione rientrante nella propria giurisdizione (a meno che si tratti di querela di falso o di materia di stato/capacità delle persone che rimangono di competenza esclusiva dell'Autorità giudiziaria ordinaria)[9], esplicitando anche su questo versante la previsione di autonomia della giustizia tributaria rispetto alla giustizia civile in parallelo con l'art. 39, DLGS 546/1992 che contempla la sospensione del processo tributario solo al ricorrere delle due summenzionate ipotesi[10].

La norma riformata prevede una unitaria e compiuta giurisdizione tributaria.

La formulazione originaria dell'art. 2, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546 prevedeva che rientrassero nella giurisdizione del giudice tributario le controversie relative ad un'elencazione tassativa di tributi[11] (come già, prima, l'art. 1, DPR 26 ottobre 1972, n. 636). Le controversie legate ai tributi non rientranti nell'elenco erano devolute alla giurisdizione del giu-

[7] In pratica l'opposizione di terzo *ex* art. 619 CPC, non essendo consentiti dal DPR 602/1973 i rimedi dell'opposizione all'esecuzione – salvo quella riguardante la pignorabilità dei beni – ed agli atti esecutivi per vizi formali del titolo *ex* artt. 615 e 617 CPC ma solo l'eventuale azione risarcitoria avanti all'Autorità giudiziaria ordinaria.

[8] Artt. 57-58-59 sulla riscossione coattiva.

[9] Si tratta della mera ripetizione di regola già contenuta nella L 6 dicembre 1971, n. 1034 sui Tribunali regionali e nel RD 26 giugno 1924, n. 1054 sul Consiglio di Stato.

[10] La limitazione della sospensione per pregiudizialità nel processo tributario è stata ritenuta costituzionalmente legittima dalla Corte costituzionale con sent. n. 31/1998, in banca dati *Il fiscovideo* e ribadita – in relazione al giudizio civile, penale, amministrativo (pregiudiziale esterna) da Cass. 30 ottobre 2000, n. 14281, in *Il fisco* n. 6/2001, p. 1919 (che ha ritenuto applicabile l'art. 295 del codice di procedura civile solo alla presenza di pregiudiziale interna intercorrente tra controversie tributarie).

[11] Il comma 1 dell'art. 2, nella formulazione in vigore fino al 31 dicembre 2001, recitava «Sono soggette alla giurisdizione delle commissioni tributarie le controversie concernenti: a) le imposte sui redditi; b) l'imposta sul valore aggiunto, tranne i casi di cui all'art. 70 del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, ed i casi in cui l'imposta è riscossa unitamente all'imposta sugli spettacoli; c) l'imposta comunale sull'incremento di valore degli immobili; d) l'imposta di registro; e) l'imposta sulle successioni e donazioni; f) le imposte ipotecaria e catastale; g) l'imposta sulle assicurazioni; g *bis*) il tributo speciale per il deposito in discarica dei rifiuti solidi; h) i tributi comunali e locali; i) ogni altro tributo attribuito dalla legge alla competenza giurisdizionale delle commissioni tributarie».

dice ordinario[12].

Unanimemente la dottrina invocava un allargamento della giurisdizione tributaria[13].

Non fu un fulmine a ciel sereno, dunque, la modifica dell'art. 2 citato ad opera dall'art. 12, L 28 dicembre 2001, n. 448 (legge Finanziaria per il 2002) con l'eliminazione dell'elencazione tassativa e l'attribuzione al giudice tributario della giurisdizione relativa a «tutte le controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio. Restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'articolo 50 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto del Presidente della Repubblica».

L'art. 3 *bis*, comma 1, lettera a), DL 30 settembre 2005, n. 203, convertito con L 2 dicembre 2005, n. 248, ha poi aggiunto[14], dopo le parole «tributi di ogni genere e specie» le parole «comunque denominati» quasi a confermare che il giudice si deve arrestare alla qualificazione formale dell'entrata sottoposta al suo esame, ma deve indagarne la natura sostanziale[15] (in realtà l'aggiunta non realizza alcuna reale novità in quanto, come noto, la denominazione data dal legislatore ad una forma di entrata è irrilevante ai fini della sua effettiva qualificazione, dipendendo la sua reale natura non dal *nomen* bensì dalla sua struttura e disciplina[16])[17].

[12] Il comma 2 dell'art. 9 del codice di procedura civile, nella formulazione tutt'ora in vigore, anche se ormai svuotata di significato, recita «Il tribunale è altresì esclusivamente competente per le cause in materia di imposte e tasse».

[13] P. Russo, *I nuovi confini della giurisdizione delle commissioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 415.

[14] In modo forse poco meditato (cfr. V. Nucera, *Nuova giurisdizione tributaria e art. 102 della Costituzione: ampliamento della giurisdizione o istituzione di un giudice speciale?*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 1591, che rileva come la novella, introdotta *in extremis* nella legge di conversione, non risulta preceduta da alcun dibattito dottrinale e sostiene che l'equilibrio faticosamente raggiunto in punto di giurisdizione dopo la riforma del 2001 avrebbe dovuto sconsigliare nuove iniziative legislative nel settore; dello stesso avviso M. Basilavecchia, *Modifiche al processo tributario*, in *Corr. trib.* n. 2/2006, p. 105).

[15] U. Perrucci, *Emendamenti anche per la giustizia tributaria*, in *Boll. trib.*, 2005, p. 1788.

[16] Cfr. S. La Rocca, *Dal contenzioso al processo tributario: le modifiche di cui alla L n. 248/2005, di conversione del DL n. 203/2005 e le novità introdotte dal codice di procedura civile applicabili al processo tributario*, in *Il fisco*, 2006, p. 4004; D. D'Agostino, *Contenzioso tributa-*

Il passaggio, ad opera della legge Finanziaria per il 2002, da una giurisdizione fondata *ratione materiae* su di un'elencazione tassativa di tributi ad una giurisdizione generale, sollevò immediatamente dubbi di costituzionalità. Non si può, infatti, dimenticare che l'art. 102, comma 2, Cost. (nella lettura combinata con la VI disposizione transitoria e nell'interpretazione evolutiva che ne ha dato la Corte costituzionale[18]) dispone l'il-

*rio: modifiche normative e snellimento delle procedure*, in *Il fisco*, 2006, p. 3213; E. Grassi, *L'ampliamento della giurisdizione tributaria ad opera della legislazione del 2005: conseguenze sulla gestione sullo sfondo delle incompletezze, difficoltà e incertezze della normativa*, in *Il fisco*, 2006, p. 2878. La portata innovativa della novella è svalutata dalla stessa Agenzia delle entrate, secondo cui l'introduzione delle parole «comunque denominati» starebbe solo ad esplicitare «ulteriormente il principio già contenuto nel precedente testo dell'art. 2 del decreto n. 546, così come risultante dalle modifiche introdotte dall'art. 12, comma 2, della L 28 dicembre 2001, n. 448 (Finanziaria 2002)» (circolare 13 marzo 2006, n. 10/E, in *Il fisco*, 2006, p. 1974; in termini analoghi anche la precedente circolare 21 marzo 2002, n. 25/E, in *Il fisco*, 2002, p. 1848). Di diverso avviso C. Glendi, *Aspetti applicativi delle modifiche apportate al processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 420, secondo cui non pare inutile aver precisato, con efficacia vincolante per l'interprete, l'irrilevanza al fine dell'inclusione nella giurisdizione tributaria, dell'impiego da parte del legislatore di espressioni quali «canone». Anche L. Perrone, *I limiti della giurisdizione tributaria*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 714, ritiene opportuna l'aggiunta in discussione perché, da un lato, consente di attrarre alla giurisdizione tributaria «quelle forme di imposizione nelle quali manca formalmente la qualificazione di tributo», dall'altro «potrebbe avere avuto, nell'ottica del legislatore, una funzione meramente prospettica» con riferimento al federalismo fiscale ed alla possibilità per gli enti locali di istituire prestazioni imposte con un *nomen* che potrebbe ingenerare confusione.

[17] Il medesimo art. 3 *bis* ha altresì precisato che appartengono alla giurisdizione tributaria «le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche … e del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani, nonché le controversie attinenti l'imposta o il canone comunale sulla pubblicità e il diritto di pubbliche affissioni» reintroducendo un'elencazione di tributi ai fini dell'individuazione della giurisdizione. Trattasi di fattispecie che avevano generato un intenso dibattito giurisprudenziale a livello di Corti di merito risolto dalla Cassazione con l'attribuzione alla giurisdizione del giudice ordinario (in particolare, con le ordinanze 19 agosto 1993, n. 12167 e 21 gennaio 2005, n. 1239, la Cassazione, a SU, aveva affermato la natura patrimoniale del canone per l'occupazione degli spazi ed aree pubbliche; con ordinanze 17 giugno 2005, n. 13082 e 15 febbraio 2006, n. 3274, in *Il fisco*, 2006, p. 2025, aveva disconosciuto la natura tributaria della TIA; con numerose sentenze, per tutte v. Cassazione a SU, 13 giugno 2002, n. 8444, aveva stabilito, a decorrere dal 4 ottobre 2000, la natura di corrispettivo di diritto privato del canone per la depurazione e smaltimento delle acque reflue). La problematica, decisamente interessante (soprattutto per i profili di costituzionalità della novella introdotta dal DL 30 settembre 2005, n. 203) può essere così sintetizzata: se ai prelievi richiamati nel testo non si riconosce natura tributaria è palese la violazione della costituzione (in quanto si snatura la materia affidata al giudice speciale, v. *infra*); se, viceversa, tali materie hanno natura tributaria la novella è inutile. In questi termini si esprime E. De Mita, *Ampliamento che non giova*, in *Il Sole-24 Ore* del 1° novembre 2005.

[18] Corte Cost., ord. 20-23 aprile 1998, n. 144, in *Corr. trib.*, 1998, p. 1669 con nota di C. Glendi. Fortemente critico verso questa interpretazione della disposizione costituzio-

legittimità di nuovi giudici speciali previsti da una norma successiva all'entrata in vigore della Costituzione stessa[19].

Quel che è certo è che l'art. 2, DLGS 546/1992, nella formulazione oggi in vigore, ha realizzato, proprio per le motivazioni di cui sopra, la massima espansione costituzionalmente accettabile della giurisdizione tributaria. Se «il legislatore tributario è pienamente legittimato ad ampliare i confini della giurisdizione tributaria, salvo il limite rappresentato dal non snaturamento delle materie ad essa attribuite quale elemento essenziale e caratterizzante della medesima»[20] un'ulteriore estensione della giurisdizione delle Commissioni tributarie non si sottrarrebbe a consistenti dubbi di legittimità costituzionale.

La modifica dell'art. 2 in discussione ha dunque fatto venir meno i cosiddetti «limiti esterni» od «orizzontali» della giurisdizione (costituiti dai tributi tassativamente enumerati).

Sono restati fermi, invece, i cosiddetti «limiti interni» o «verticali»[21], costituiti dalla previsione di cui agli artt. 10 e 19, DLGS 546/1992.

In dettaglio l'art. 10, DLGS 546/1992 prevede che siano parti del processo tributario «oltre al ricorrente, l'ufficio del Ministero delle finanze o l'ente locale o il concessionario del servizio di riscossione che ha emanato l'atto impugnato o non ha emanato l'atto richiesto ovvero, se l'ufficio è un centro di servizio, l'ufficio delle entrate del Ministero delle finanze al quale spettano le attribuzioni sul rapporto controverso». Prescindendo dall'imprecisione tecnica che indubbiamente af-

nale F. Batistoni Ferrara, *La giurisdizione del giudice tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, p. 254, il quale osserva, a proposito della riforma del processo tributario realizzata con il DLGS 546/1992, che «l'interpretazione della VI disposizione transitoria sulla quale si regge questa catena di revisioni travalica abbondantemente i limiti della logica ed anche del ridicolo, giacché configura una potestà di revisione permanente come espressione di una disposizione eternamente transitoria».

[19] Ebbene l'attribuzione alla giurisdizione del giudice tributario di tributi storicamente assegnati alla giurisdizione del giudice ordinario (tasse, canoni ed in genere prelievi a carattere contributivo), mentre tradizionalmente solo le imposte appartenevano alla giurisdizione del giudice speciale, realizzerebbe, per autorevolissima dottrina, un «colpo di mano ai limiti della Costituzione» (l'espressione è utilizzata da E. De Mita come titolo di un articolo apparso su *Il Sole-24 Ore* del 29 dicembre 2001, ove si legge che «con l'art. 12 della Finanziaria è stato istituito un giudice speciale, costituzionalmente vietato non tanto per le imposte non comprese oggi nell'art. 2 DLGS 546/1992 (bollo, fabbricazione, consumo, doganali) che possono però rientrarvi in base al principio costituzionale della parità di trattamento; ma soprattutto per tutte le imposizioni che non sono imposte e che neppure astrattamente possono essere sottratte alla giurisdizione ordinaria».

[20] P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, Milano, 2005, p. 19.

[21] La distinzione fra limiti esterni ed interni è stata elaborata da P. Russo, voce *Processo tributario*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 757.

fligge la norma[22], ciò che emerge con chiarezza dalla stessa è l'assoluta carenza di giurisdizione delle Commissioni tributarie con riguardo alle controversie, pur tributarie, ma *inter privatos*: il contraddittorio giudiziale deve necessariamente instaurarsi fra il contribuente e l'ente che ha emesso l'atto impugnato[23].

D'altro canto, l'instaurazione della controversia tributaria non può prescindere dall'impugnazione di uno degli atti indicati dal comma 1 dell'art. 19, DLGS 546/1992[24].

Al di là delle diverse impostazioni teoriche sulla natura del processo tributario (se esso sia un processo di impugnazione di atti piuttosto che di accertamento del rapporto obbligatorio d'imposta, ovvero un giudizio di impugnazione-annullamento piuttosto che un giudizio di impugnazione-merito[25]) certo è che esso è strutturato come giudizio di impugnazio-

[22] L'attore è individuato con un criterio avente natura meramente formale (che proprio perché tale non sottende per forza la legittimazione ad agire); il convenuto è invece identificato mediante criteri che attengono alla sfera della legittimazione processuale passiva. Cfr. P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, cit., p. 59; C. Bafile, *Il nuovo processo tributario*, Padova, 1994, p. 47; F. Pistolesi, *Le parti nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 2002, I, p. 89.

[23] V., per tutti, P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, cit., p. 61; C. Bafile, *Il nuovo processo tributario*, cit., p. 47.

[24] Da ultimo, v. F. Tesauro, *Gli atti impugnabili e i limiti della giurisdizione tributaria*, in *Giust. trib.*, 1-2007, p. 1 ss., il quale ricorda che «Il processo dinanzi alle Commissioni ha oggi, ed ha sempre avuto, carattere impugnatorio». La dottrina (Per tutti P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, cit., p. 103; P. Russo, voce *Processo tributario*, in *Enc. dir.*, XXXVI, Milano, 1987, p. 771; F. Tesauro, voce *Processo tributario*, in *Digesto*, IV, Torino, 1994, p. 345; A. Giovannini, *Il ricorso e gli atti impugnabili*, in Aa.Vv., *Il processo tributario*, a cura di F. Tesauro, Torino, 1998, p. 384) e parte della giurisprudenza (cfr. Cass., 1° dicembre 2004, n. 22564) ritengono che tale elencazione debba essere considerata tassativa in quanto il comma 3 dell'art. 19 contiene il divieto di impugnare autonomamente atti diversi da quelli elencati nel comma 1 ed inoltre la previsione della lettera i) postula che se la legge che prevede l'autonoma impugnabilità non c'è, l'atto, qualunque esso sia, non sarà impugnabile.

[25] In proposito v. P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, cit., p. 36, che ha coniato l'espressione «impugnazione-merito» per evidenziare la peculiarità del processo tributario che «si atteggia, da un lato ed avuto riguardo al contenuto della tutela, quale giudizio di accertamento negativo della pretesa avanzata con l'atto investito dal ricorso e della correlata obbligazione; e, dall'altro, sotto il profilo formale, quale giudizio di impugnazione». Anche la giurisprudenza si è ormai consolidata nel ritenere il processo tributario come un processo di «impugnazione-merito»; v. Cassazione, SU, 16 giugno 2006, n. 13916 (in *Il fisco*, 2006, p. 4386), ove si legge «In particolare si è formato un consenso ormai quasi unanime sul fatto che il processo tributario non sia un "giudizio sull'atto" (da annullare), ma abbia, invece, ad oggetto la tutela di un diritto soggettivo del contribuente: un giudizio che inevitabilmente si estende al merito e, quindi, anche all'accertamento del rapporto. La giurisprudenza di questa Corte, in linea con siffatto orientamento, ha af-

ne di atti e che la elencazione dell'art. 19 è logica conseguenza di tale strutturazione[26]. L'enumerazione tassativa degli atti impugnabili non esclude, tuttavia, la possibilità di un'interpretazione estensiva degli stessi[27].

Perciò le controversie devolvibili al giudice tributario sono soltanto quelle: (1) aventi ad oggetto «tributi di ogni genere e specie comunque denominati» (art. 2 citato); (2) radicate contro gli uffici dell'Amministrazione finanziaria, il concessionario della riscossione e gli altri enti

fermato che l'impugnazione davanti al giudice tributario attribuisce a quest'ultimo la cognizione non solo dell'atto, come nelle ipotesi l'"impugnazione-annullamento", orientate unicamente all'eliminazione dell'atto, ma anche del rapporto tributario, trattandosi di una cosiddetta "impugnazione-merito", perché diretta alla pronuncia di una decisione di merito sostitutiva (nella specie) dell'accertamento dell'Amministrazione finanziaria, implicante per esso giudice di quantificare la pretesa tributaria entro i limiti posti dalle domande di parte; ne consegue che il giudice che ritenga invalido l'avviso di accertamento non per motivi formali, ma di carattere sostanziale, non deve limitarsi ad annullare l'atto impositivo, ma deve esaminare nel merito la pretesa tributaria, e, operando una motivata valutazione sostitutiva, eventualmente ricondurla alla corretta misura, entro i limiti posti dalle domande di parte»; v. anche Cass. 19 febbraio 2004, n. 3309, Cass. 23 marzo 2001, n. 4280. Critici verso la nozione di impugnazione-merito S. La Rosa, *Principi di diritto tributario*, Torino, 2006, p. 446, che afferma che rivelerebbe «una posizione ambiguamente intermedia»; C. Magnani, *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*, in *GT* , 2006, p. 764, che definisce la nozione «intimamente contraddittoria» (F. Tesauro, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Boll. trib.*, 2006, p. 1174, d'altro canto, osserva che «anche il giudizio tributario concepito come diritto all'annullamento dell'atto impositivo è un processo in cui trova tutela un diritto soggettivo (da identificare come diritto potestativo all'annullamento), né ad esso è estraneo il rapporto d'imposta che costituisce l'oggetto dell'atto impugnato» (analogamente F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, I, Torino, 2003, p. 399).

[26] Infatti «è ovvio che ove vi fosse totale libertà di ricorrere avverso qualsiasi atto, verrebbe meno l'unica plausibile giustificazione di tale schema, ossia la limitazione delle occasioni di tutela a quelle in cui sussista un grado di incertezza del diritto particolarmente qualificato», P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, *Il processo tributario*, cit., p. 103. In merito alla tassatività dell'elencazione dell'art. 19 DLGS 546/1992 v. L. Perrone, *I limiti della giurisdizione tributaria*, cit., p. 718; M. Cantillo, *Aspetti problematici dell'istituzione della giurisdizione generale tributaria*, cit., p. 811; G. Marongiu, *La rinnovata giurisdizione delle Commissioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 127. In dottrina si rinvengono, a dire il vero, alcune isolate posizioni a sostegno della non tassatività dell'art. 19: C. Glendi, voce *Processo tributario*, in *Enc. giur. Treccani*, Aggiornamento, XIII, Roma, 2005, paragrafo 3.2; C. Bafile, *Il nuovo processo tributario*, cit., p. 85; C. Glendi, *Manovra bis 2006 e giurisdizione tributaria*, in *GT*, 2006, afferma «contrariamente a quanto viene di solito ripetuto, pure qui con molta generalizzata superficialità, l'elencazione contenuta nell'art. 19 DLGS 546/1992 non ha carattere tassativo, non esprime, cioè, una enumerazione fissa, tipo *numerus clausus* per i diritti reali, tanto per essere chiari».

[27] In proposito esiste un consolidato orientamento giurisprudenziale il quale, con riferimento a quanto precedentemente disposto dall'art. 16, DPR 636/1972, ha trovato anche l'avallo della Corte costituzionale con sent. 6 dicembre 1985, n. 313; v. Cass., SU, 26 marzo 1985, n. 185 e Cass. 18 maggio 2000, n. 361.

titolari di potestà impositiva (art. 10 citato); (3) introdotte con l'impugnazione di uno degli atti tassativamente elencati dall'art. 19 citato.

L'affermazione della giurisdizione del giudice tributario è necessariamente collegata alla ricorrenza di tutte e tre queste condizioni, sicché l'assenza di una soltanto di esse determina la carenza di giurisdizione in capo al giudice tributario. Infatti, la devoluzione al giudice tributario di controversie che non siano caratterizzate dalla prima di queste tre condizioni, come evidenziato, realizzerebbe un vizio di costituzionalità; mentre, d'altro canto, la carenza del requisito *sub* 2) o *sub* 3) si risolverebbe comunque in una incoerenza del sistema della giustizia tributaria.

### *2. Le fattispecie espressamente incluse*

Accanto alla delimitazione generale per la quale – si ripete – «appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati», l'art. 2, DLGS 546/1992 si profonde poi in una elencazione ulteriore di ipotesi che il legislatore intende far rientrare nella giurisdizione del giudice tributario.

Ebbene, in relazione a tali ipotesi è necessario comunque verificare se si tratta o meno di tributi, non al fine – ovviamente – di valutare se essi rientrano nella giurisdizione (atteso che tale asserto è pacifico stante la chiara lettera della norma), quanto piuttosto se tale catalogazione non sia meramente descrittiva ma miri piuttosto ad includere nella giurisdizione del Giudice tributario materie non tributarie.

Questa eventualità può avere esiti importanti perché la giurisdizione del Giudice tributario in ordine alle materie non tributarie potrebbe essere suscettibile – come in effetti, si vedrà, è accaduto – di rilievi di incostituzionalità. In sostanza si potrebbe obiettare al legislatore che per talune fattispecie egli ha derogato alla destinazione delle stesse al loro giudice naturale a favore di un giudice che (rispetto alle stesse) si pone come speciale, in contrasto con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali.

In questo quadro ben delineato, tranne a vedere nel caso concreto quali prestazioni rientrano nell'una o nell'altra categoria di tasse o di corrispettivi, ha posto problemi la novella del 2005 di integrazione dell'art. 2, già richiamata, non tanto con riguardo alla formula «comunque denominati», volta a ribadire quanto già contenuto nella formulazione «tributi di ogni genere e specie», quanto per l'aggiunta secondo cui, indipendentemente da un esame sulla natura ed in deroga, dunque, alla nozione di «tributi di ogni genere e specie», rientrano comunque nella giurisdizione del giudice tributario una serie di prestazioni nominate ed in particolare «il canone per l'occupazione di spazi e aree pubbliche, il ca-

none per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani, l'imposta o il canone comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni». Lo stesso era avvenuto, a ben vedere, con la riforma del 2001 con l'attribuzione esplicita al giudice tributario del contributo per il servizio sanitario nazionale.

L'aggiunta ha determinato una varietà di commenti. È sorta la preoccupazione che l'elenco mettesse in discussione il carattere generale e onnicomprensivo della giurisdizione fondato sulla nozione di «tributi di ogni genere e specie comunque denominati» e rappresentasse un ritorno all'elencazione casistica, con riguardo a prestazioni su cui, per la disciplina o per la complicata vicenda legislativa o per lo stesso nome, si possono nutrire dubbi sulla natura tributaria. E così, secondo le diverse posizioni, si è sostenuto che l'attribuzione al giudice tributario assicura loro la natura tributaria[28], ovvero che le prestazioni nominate non hanno natura tributaria e che, quindi, si è creato un giudice speciale «nuovo» vietato dalla Costituzione, nella considerazione che se avessero avuto natura tributaria certa, non vi sarebbe stato bisogno di richiamarle esplicitamente[29], o ancora che, nel dubbio, sarebbe stato più appropriato da parte del legislatore un intervento nella sede propria della disciplina sostanziale[30].

E dunque, l'elencazione scioglie ogni incertezza sull'attribuzione al giudice tributario. In ordine alle prestazioni indicate, ai fini della giurisdizione, non c'è bisogno di indagare ulteriormente per verificare se si tratta di tributi o meno, quale che sia la denominazione.

La indubbia attrazione alla giurisdizione del giudice tributario non qualifica però queste prestazioni come tributarie. La qualificazione di una entrata come tributaria o meno vale a molti fini nell'ordinamento e richiede la considerazione di molteplici aspetti ed in particolare la verifica dell'esistenza dei tratti propri del fenomeno tributario e, dunque, non dipende dalla disciplina di diritto positivo sulla giurisdizione a cui è assegnata. Nel caso di specie, ai fini di determinare la natura della prestazione, occorre piuttosto andare ad un'indagine caso per caso volta a stabilire la natura tributaria o meno.

[28] Cfr. C. Glendi, *Aspetti applicativi delle modifiche apportate al processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 420 ss.

[29] Cfr. P. Russo, *L'individuazione del giudice fornito di giurisdizione in materia di controversie concernenti la tariffa di igiene ambientale*, in *Dir. dir. trib.*, 2006, II, p. 355; L. Perrone, *I limiti della giurisdizione tributaria*, cit., p. 713.

[30] Cfr. M. Basilavecchia, *Modifiche al processo tributario*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 106; F. Amatucci, *Le prestazioni patrimoniali locali e l'ampliamento della giurisdizione tributaria*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 382.

### 3. *Il COSAP*

Un primo termine di paragone per le esposte premesse lo ha rappresentato il COSAP[31].

Come noto, la giurisprudenza, indotta dalla dizione letterale della legge aveva in passato riconosciuto natura tributaria alla tassa di occupazione del suolo pubblico, ma ora, di fronte alle modifiche legislative, la medesima giurisprudenza manifesta un diverso indirizzo[32]. E nei medesimi termini si è pronunciata l'Agenzia delle entrate[33].

Si può in proposito ricordare che, secondo le SU della Corte di cassazione, il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche, istituito dall'art. 63 DLGS 15 dicembre 1997, n. 446, come modificato dall'art. 31 della L 23 dicembre 1998, n. 448, rappresenta il corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici perciò costituisce, dal punto di vista giuridico, un *quid* ontologicamente diverso rispetto al tributo denominato «tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche» (di cui al Capo II DLGS 15 novembre 1993, n. 507 ed all'art. 5 della L 16 maggio 1970, n. 281) in luogo del quale può essere applicato.

Ne consegue che le controversie attinenti alla debenza del canone in esame esulano dalla materia tributaria (come delineata dall'art. 2 DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, pur dopo la sostituzione operata dall'art. 12 della L 28 dicembre 2001, n. 448) e rientrerebbero piuttosto nella competenza giurisdizionale del giudice ordinario, a mente dell'art. 5 della L 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dall'art. 33 DLGS 31 marzo 1998, n. 80, ora sostituito dall'art. 7 della L 21 luglio 2000, n. 205[34].

Insomma, si realizzerebbe una situazione analoga a quella relativa ai canoni demaniali; in ordine ai quali è stato ancora di recente affermato che i canoni e, in genere, i proventi derivanti dalla utilizzazione dei beni del demanio pubblico e del patrimonio dello Stato non hanno carattere tributario, trattandosi di entrate correlate alla concessione del go-

[31] F. Tesauro, *Natura giuridica e coesistenza della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e del canone di concessione*, in *Finanza locale*, 1994, p. 1201.

[32] L. Del Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000, p. 254 ss. Per quanto riguarda il canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche anche l'Amministrazione finanziaria ne ha affermato la natura di entrata non tributaria (cfr. risoluzione 21 dicembre 2000, n. 195/E, in *Il fisco*, 2001, p. 663).

[33] Risoluzione n. 121/E del 17 settembre 2004 Agenzia delle entrate, in *Il fisco*, 2004, p. 5403 e ciò sebbene sia difficile comprendere perché l'Agenzia abbia voluto esprimere un parere in ordine ad un'entrata di pertinenza degli enti locali.

[34] Cass., SU, ord. n. 12167 del 19 agosto 2003, in banca dati *fisconline*.

dimento di tali beni; ne deriva che le relative controversie sono sottratte alla giurisdizione del giudice tributario, e sono invece devolute alla giurisdizione del giudice ordinario, a meno che implichino la verifica dei poteri autoritativi della Pubblica amministrazione sul rapporto concessorio sottostante (in tal caso ricadendo nella sfera di competenza giurisdizionale del giudice amministrativo)[35].

Queste considerazioni hanno guidato la Corte costituzionale che, con la sentenza n. 64 del 14 marzo 2008, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, secondo periodo, DLGS n. 546/1992, nella parte in cui stabilisce che appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche (COSAP) previsto dall'art. 63, DLGS n. 446/1997.

Nella fattispecie, il giudice remittente aveva rilevato che se è vero che le commissioni tributarie sono organi giurisdizionali «pienamente compatibili» con il dettato costituzionale, essendo preesistenti all'entrata in vigore della Costituzione (Corte costituzionale, sentenze n. 196 del 1982; n. 215 del 1976; ordinanze n. 144 del 1998; n. 351 del 1995) è altrettanto vero che la loro giurisdizione deve ritenersi limitata alle controversie attinenti alla «materia tributaria» e ciò «costituisce garanzia di compatibilità con il divieto di istituzione di nuovi giudici speciali» (Corte costituzionale, ordinanza n. 144 del 1998).

Sempre per il giudice *a quo* la disposizione censurata – nello stabilire che «appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'art. 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni» – attribuisce alla cognizione delle Commissioni tributarie prestazioni che, secondo la giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione, non hanno natura tributaria (sentenze n. 14864 del 2006; n. 1239 del 2005; n. 12167 del 2003) ed ineriscono a diritti soggettivi rientranti nella giurisdizione del giudice ordinario. La norma denunciata comporterebbe, pertanto, lo «snaturamento» della giurisdizione tributaria e, quindi, la violazione sia del divieto di costituzione di nuovi giudici speciali (art. 102, secondo comma, Cost.), sia del principio del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, primo comma, Cost.).

[35] Cass., SU, 14 gennaio 2005, n. 604 (in *Il fisco*, 2005, p. 892); ord. 3 marzo 2003, n. 3144. Cass., SU, 17 luglio 2001, n. 9652: sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla controversia attinente all'entità del canone per bene demaniale il cui rapporto concessorio sia scaduto, in quanto la giurisdizione del giudice ordinario, *ex* art. 5, comma 2, della L 6 dicembre 1971, n. 1034, presuppone l'esistenza della concessione.

Tali considerazioni, nel pensiero del Giudice costituzionale, evidenziano la fondatezza della questione sollevata in riferimento all'art. 102, secondo comma, Cost.

Ed infatti, premesso che la giurisdizione tributaria deve essere considerata un organo speciale di giurisdizione preesistente alla Costituzione (*ex plurimis*: sentenza n. 50 del 1989; ordinanze n. 144 del 1998, n. 152 del 1997, n. 351 del 1995, tutte citate), la modificazione dell'oggetto della giurisdizione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti alla Costituzione è consentita solo se non «snaturi» la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice speciale.

Ebbene, una volta che sia esclusa la natura tributaria del COSAP (Cassazione, sentenze n. 14864 del 2006; n. 1239 del 2005; n. 12167 del 2003, citate), l'attribuzione alla giurisdizione tributaria – ad opera della norma censurata – delle controversie relative a tale canone «snatura» la materia originariamente attribuita alla cognizione del giudice tributario e, conseguentemente, víola l'evocato art. 102, secondo comma, Cost.

La Costituzione consente al legislatore ordinario di modificare l'oggetto della giurisdizione dei giudici speciali tributari, ma l'art. 102, secondo comma, Cost. vieta l'istituzione *ex novo* di giudici speciali diversi da quelli espressamente nominati in Costituzione (Corte costituzionale sentenze n. 196 del 1982, n. 215 del 1976, n. 41 del 1957; ordinanza n. 144 del 1998). Inoltre, la VI disposizione transitoria della Costituzione – ad integrazione della disciplina posta dal citato art. 102 Cost. – impone l'obbligo di effettuare la revisione degli organi speciali di giurisdizione preesistenti alla Costituzione («salvo le giurisdizioni del Consiglio di Stato, della Corte dei conti e dei tribunali militari») entro il termine ordinatorio di cinque anni dall'entrata in vigore della Costituzione medesima.

Il Giudice delle leggi ha poi precisato che, benché l'indicata revisione non crei nell'ordinamento «una sorta di immodificabilità nella configurazione e nel funzionamento» delle giurisdizioni revisionate, tuttavia il legislatore ordinario – nel modificare la disciplina di tali organi giurisdizionali – incontra il duplice limite costituzionale «di non snaturare (come elemento essenziale e caratterizzante la giurisprudenza speciale) le materie attribuite» a dette giurisdizioni speciali «e di assicurare la conformità a Costituzione» delle medesime giurisdizioni (ordinanza n. 144 del 1998). Da tale giurisprudenza si desume che il menzionato duplice limite opera con riferimento ad ogni modificazione legislativa riguardante l'oggetto delle giurisdizioni speciali preesistenti alla Costituzione (sia in sede di prima revisione, che successivamente) e, altresí, che il mancato rispetto del limite di «non snaturare» le materie originariamente attribuite alle indicate giurisdizioni si traduce nell'istituzione di un «nuo-

vo» giudice speciale, espressamente vietata dall'art. 102 Cost. L'identità della «natura» delle materie oggetto delle suddette giurisdizioni costituisce, cioè, una condizione essenziale perché le modifiche legislative di tale oggetto possano qualificarsi come una consentita «revisione» dei giudici speciali e non come una vietata introduzione di un «nuovo» giudice speciale. In coerenza con i sopra evidenziati princípi e con specifico riferimento alla materia devoluta alla cognizione dei giudici tributari, la Consulta ha rilevato, in numerose pronunce, che la giurisdizione del giudice tributario «deve ritenersi imprescindibilmente collegata» alla «natura tributaria del rapporto» (ordinanze n. 395 del 2007; n. 427, n. 94, n. 35 e n. 34 del 2006).

Da ciò deriva che l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali.

Per valutare la sussistenza della violazione dell'art. 102, secondo comma, Cost., occorre accertare, perciò, se la controversia devoluta ai giudici tributari abbia o no effettiva natura tributaria. E, a tal fine, non si può prescindere dai criteri elaborati dalla giurisprudenza della Corte per qualificare come tributarie le entrate erariali; criteri che, indipendentemente dal *nomen iuris* utilizzato dalla normativa che disciplina tali entrate, consistono nella doverosità della prestazione e nel collegamento di questa alla pubblica spesa, con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante (*ex multis*: sentenze n. 334 del 2006 e n. 73 del 2005).

Ebbene, in relazione alla natura (tributaria o meno) del COSAP, la Corte di cassazione ha costantemente dichiarato che le controversie attinenti al COSAP non hanno natura tributaria (*ex multis*, Cassazione, sezioni unite civili, nn. 25551, 13902, 1611 del 2007; n. 14864 del 2006; n. 1239 del 2005; n. 5462 del 2004; n. 12167 del 2003). In particolare, la Cassazione, dopo aver rilevato che il COSAP si applica in via alternativa al tributo denominato «tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche» (TOSAP), ha precisato che detto canone, da un lato, «è stato concepito dal legislatore come un *quid* ontologicamente diverso, sotto il profilo strettamente giuridico, dal tributo (TOSAP) in luogo del quale può essere applicato» e, dall'altro, «risulta disegnato come corrispettivo di una concessione, reale o presunta (nel caso di occupazione abusiva), dell'uso esclusivo o speciale di beni pubblici».

Da quanto precede, per la Consulta, discende l'illegittimità costituzionale della norma denunciata, perché questa attribuisce alla giurisdizione tributaria la cognizione di controversie relative a prestazioni patrimoniali non tributarie e, pertanto, si risolve nella creazione di un giudice speciale vietato dal secondo comma dell'art. 102 Cost.

## 4. *Le sanzioni «comunque irrogate» dagli uffici finanziari*

Sorte analoga a quella appena descritta ha ricevuto la giurisdizione in materia di sanzioni.

Nel quadro normativo susseguente alla riforma del 2001 si è posto il dubbio interpretativo se ritenere estesa la competenza delle Commissioni tributarie a tutte le controversie relative alle «sanzioni comunque irrogate da uffici finanziari» in quanto tali ovvero solo se afferenti la materia tributaria.

Tale difficoltà ermeneutica ha trovato conferma nella esegesi di talune singole ipotesi passate al vaglio della giurisprudenza e, in particolare, per il provvedimento di cancellazione dall'Anagrafe unica delle onlus[36], il provvedimento amministrativo di sospensione della licenza o dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale[37], il provvedimento di destinazione a fini sociali dei beni confiscati ai sospetti mafiosi[38], le sanzioni al codice della strada[39].

[36] Nonostante i chiarimenti dell'Agenzia delle entrate (circ. 26 febbraio 2003, n. 14/E; circ. 16 maggio 2005, n. 22/E) non è tuttora chiaro se il provvedimento di cancellazione dall'Anagrafe unica delle onlus (art. 11, DLGS 4 dicembre 1997, n. 460; DM 19 gennaio 1998; DM 18 luglio 2003, n. 266) vada impugnato innanzi al giudice tributario o innanzi al giudice amministrativo (A. Cuonzo-F. Montecchiani, *Onlus: note di allarme dal contenzioso*, in *Il fisco*, 2006, p. 6377, i quali consigliano di presentare distinti ricorsi; per la giurisdizione amministrativa si sono pronunciati TAR Lazio, 16 novembre 2004, n. 13087; CTR Bologna 8 luglio 2005, n. 112; CTP Venezia 25 luglio 2006, n. 30; per la giurisdizione tributaria TAR Marche, 14 aprile 2004, n. 169; CTR Perugia 24 maggio 2004, n. 33 e n. 35; CTP Perugia 27 maggio 2004, n. 30; CTP Bologna 1° giugno 2004, n. 30; CTP Ancona, 27 settembre 2004, n. 106; CTP Bologna 7 ottobre 2005, n. 259; v. anche F. Capogrossi Guarna-A. Liparata, *Attività di controllo e decadenza dalle agevolazioni delle Onlus: riscontri formali e sostanziali dell'Amministrazione finanziaria*, in *Il fisco*, 2003, p. 2607). A ciò si aggiunga che il provvedimento di cancellazione va impugnato in una sede (CTP luogo in cui ha sede la Direzione regionale che ha emesso il provvedimento, se non addirittura il TAR) diversa da quella dell'impugnazione del conseguente atto di accertamento con cui vengono recuperate a tassazione le agevolazioni indebitamente godute (CTP del luogo in cui ha sede l'ufficio dell'Agenzia delle entrate che ha emesso tale atto) con evidenti problemi di coordinamento fra i giudizi.

[37] In argomento, v. Cass. 26 febbraio 2004, n. 3877, per la quale le controversie riguardanti il provvedimento amministrativo di sospensione della licenza o dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività commerciale, emesso a seguito dell'accertamento di tre diverse violazioni di emissione dello scontrino o della ricevuta fiscale nell'arco di un quinquennio, sono attribuite alle Commissioni tributarie.

[38] Nella ipotesi in parola si rientra – *sine ullo dubio* – nel concetto di «prestazione patrimoniale imposta». Ad essa, tuttavia, non può essere attribuita alcuna valenza tributaria, quanto piuttosto sanzionatoria.

[39] In questo caso manca tanto il «criterio di collegamento oggettivo» (la sanzione non è un tributo), quanto quello «soggettivo» (la sanzione non è comminata da un ufficio finanziario *stricto sensu*), di tal che se ne deduce facilmente la incompetenza del giudice tributario (CTR Lazio 27 ottobre 2004, n. 82).

Maggiore approfondimento, non di meno, è stato dedicato alla questione delle sanzioni previste dall'art. 3, DL 12/2002.

La Cassazione, con decisione a Sezioni unite 13902/2007 (confermativa della ordinanza, sempre a Sezioni unite 2888/2006[40]), aveva ritenuto che la giurisdizione in tema di sanzioni sul lavoro irregolare dovesse spettare alle Commissioni tributarie[41].

Per la Corte, infatti, l'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, infatti, individua l'oggetto della giurisdizione tributaria stabilendo che appartengono a essa «tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali». Stabilisce, inoltre, che appartengono alla medesima giurisdizione «le sanzioni amministrative, comunque

[40] Cass. SU ord. n. 2888/2006, a termini della quale, in applicazione del nuovo testo dell'art. 2, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, introdotto dall'art. 12, L 28 dicembre 2001, n. 448 – il quale ha previsto l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio – è devoluta alla giurisdizione delle commissioni tributarie la controversia relativa all'opposizione avverso l'ordinanza irrogativa di sanzione amministrativa emessa dall'amministrazione finanziaria per violazione dell'art. 3, comma 3, DL 22 febbraio 2002, n. 12, convertito nella L 23 aprile 2002, n. 73, relativa all'omessa registrazione di lavoratore dipendente nelle scritture obbligatorie. Infatti, pur non potendosi riconoscere a quest'ultima disposizione natura propriamente tributaria, deve ritenersi che la relativa sanzione amministrativa si aggiunge al sistema sanzionatorio contenuto nei decreti legislativi nn. 471, 472 e 473 del 18 dicembre 1997, dal momento che, ai sensi dell'art. 3, comma 4, del suddetto DL n. 12/2002, competente ad irrogare la sanzione è l'Agenzia delle entrate, con la conseguenza che viene in rilievo la specifica previsione di competenza del giudice tributario per «le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari», come risultante dal novellato art. 2 del citato DLGS 546/1992, il quale prevede che tale giurisdizione sussiste, in via residuale, anche con riferimento all'organo (Agenzia delle entrate) che applica una sanzione amministrativa in ordine ad infrazioni commesse in violazione di norme di svariato contenuto, non necessariamente attinenti a tributi (come nella specie), per quanto evidenziato dall'impiego del termine «comunque».

[41] «È devoluta alla giurisdizione delle commissioni tributarie la controversia relativa all'opposizione avverso l'ordinanza irrogativa di sanzione amministrativa emessa dall'amministrazione finanziaria per violazione dell'art. 3, comma 3, DL 12/2002, relativa all'omessa registrazione di lavoratore dipendente nelle scritture obbligatorie» (Cass. ord. 11 febbraio 2008, n. 3171). Nella giurisprudenza di merito è dato rintracciare sentenze di giudici tributari che affrontano vari profili applicativi dell'art. 3, comma 3, DL 12/2002, convertito, con modificazioni dalla L 73/2002, dando per scontata la soluzione positiva della questione relativa alla competenza: cfr. CTP Genova 23 marzo 2004, n. 146 e 20 aprile 2004, n. 22. Per il difetto di giurisdizione del giudice tributario è invece CTP Venezia 3 febbraio 2005, n. 8. V. pure M. Rana, *Le sanzioni irrogate dall'Agenzia delle entrate su fattispecie di incompatibilità dei medici dipendenti Inail*, in *Il fisco*, 2003, p. 4235.

irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio». Sicché, in conclusione, tale disposizione va interpretata nel senso di attribuire alla giurisdizione delle Commissioni tributarie le controversie concernenti l'irrogazione della sanzione per l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o altra documentazione obbligatorie prevista dall'art. 3, comma 3, DL 12/2002. Infatti, poiché il comma 5 dell'art. 3 citato – nel testo originario – stabilisce che «competente alla irrogazione della sanzione amministrativa di cui al comma 3 è l'Agenzia delle entrate», troverebbe applicazione l'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, secondo il quale rientrano nella giurisdizione tributaria le sanzioni comunque irrogate da uffici finanziari.

A tale conclusione, la Cassazione è pervenuta pur affermando espressamente che le controversie relative alle sanzioni di cui all'art. 3, DL 12/2002 non hanno natura tributaria, in considerazione delle finalità perseguite da tale normativa, volta a favorire l'emersione del lavoro irregolare.

In tal caso, sufficiente a radicare la giurisdizione tributaria, in forza dell'esplicito disposto dell'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, è ritenuta la natura finanziaria dell'organo competente a irrogare la sanzione.

Nella stessa direzione si è espressa pure per le sanzioni relativa all'utilizzazione non autorizzata di impiegati pubblici.

Per la Suprema corte «L'art. 12, comma 2 della L 28 dicembre 2001, n. 448 ha attribuito alle Commissioni tributarie la cognizione su tutte le liti aventi ad oggetto «le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari», individuando così la giurisdizione delle Commissioni tributarie non con riferimento alla materia della controversia, ma – allo scopo di dare certezza al cittadino del mezzo di tutela esperibile – in relazione all'organo competente ad irrogare la sanzione. Di conseguenza, l'applicazione di questa da parte di un ufficio finanziario vale a radicare la giurisdizione delle Commissioni tributarie anche nel caso in cui si tratti d'infrazione a norme non attinenti a tributi (sono quindi devolute alla giurisdizione tributaria le controversie relative alle sanzioni inflitte dall'Agenzia delle entrate a chi utilizzi dipendenti pubblici senza la previa autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza ai sensi degli artt. 58, DLGS 29/1993 e 53, DLGS 165/2001)»[42].

[42] Cass. SU 13 novembre 2007, n. 24398. La Corte esplicitamente afferma che le Commissioni tributarie vengono ad assumere competenza sulle sanzioni inflitte per violazioni a leggi «non attinenti a tributi» perché il legislatore e l'interprete perseguono un «disegno razionale» in modo da «dar certezza al cittadino dei mezzi di tutela esperibili». Simile principio può essere utilmente addotto anche nella interpretazione della norma della L 248/2006 che ha inserito fra gli atti elencati nell'art. 19, DLGS n. 546/1992, ed impugna-

Il risultato interpretativo è stato contrastato da subito da parte della dottrina che vi ha intravisto i problemi di costituzionalità poi emersi nella sentenza in commento[43] e, comunque, delle incongruenze interne.

Infatti, lo stesso elemento letterale dell'art. 2 citato può far propendere per la negazione della giurisdizione tributaria sul punto, in quanto l'espressione «ogni altro accessorio» utilizzata dal legislatore, che segue alla menzione delle «sanzioni amministrative comunque irrogate da uffici finanziari» lascia intendere che queste ultime rientrano sì nella giurisdizione del giudice tributario, ma solo se legate a tributi di ogni genere e specie comunque denominati e certamente non se ne sono completamente scollegate[44].

Più volte, giudici delle Commissioni tributarie avevano rimesso gli atti di causa al Giudice delle leggi con riferimento all'art. 102, comma 2, e della VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, ritenendo che il comma 1 dovesse individuare, quale presupposto per la sussistenza della giurisdizione tributaria, non già la natura del soggetto competente a irrogare la sanzione, e cioè che si trattasse di uffici finanziari, bensì la natura delle violazioni cui le sanzioni sono riferite.

E, su tale piano, la sanzione prevista dall'art. 3, comma 3, DL 12/2002, benché irrogata dagli uffici finanziari, non poteva esser riconducibile al «campo tributario» ma, piuttosto, alla «materia previdenziale»[45].

bili avanti alle Commissioni tributarie: e *bis*) l'iscrizione di ipoteca sugli immobili di cui all'art. 77 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni; e *ter*) il fermo di beni mobili registrati di cui all'art. 86 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, e successive modificazioni. Infatti, lo scopo di dar certezza al cittadino non può che determinare la concentrazione di tutte le relative controversie avanti al giudice tributario, anche quando ipoteca e fermo siano adottati in funzione di un debito non tributario. In dottrina cfr. A. Riccioni, *Prime applicazioni della L 248/2006: il fermo di beni mobili registrati. Commento alle sentenze n. 192/59/07, n. 95/33/07, n. 242/07/07 e n. 246/08/07 della Commissione tributaria provinciale di Roma e alla sentenza n. 108/01/07 della Commissione tributaria provinciale di Taranto*, in *Il fisco*, 2007, p. 4404; M. Conigliaro, *Processo tributario: riflessioni sulle novità in tema di giurisdizione, poteri del giudice ed atti impugnabili. Abbiamo davvero risolto il problema del fermo amministrativo?*, in *Il fisco*, 2007, p. 5744; M. Cicala, *La giurisdizione tributaria*, in *Il fisco*, 2005, p. 2047. In generale, cf. L. Del Federico, *La giurisdizione*, in *Il processo tributario* a cura di F. Tesauro, Torino, 1998, p. 33.

[43] P. Russo, *L'eccessiva e riprovevole dilatazione della giurisdizione tributaria*, in *Rassegna tributaria*, 2006, p. 587; ma già G. Marongiu, *La rinnovata giurisdizione delle Commissioni tributarie*, in *Rassegna tributaria*, 2003, p. 115 ss.

[44] In questo senso P. Russo, *L'eccessiva e riprovevole dilatazione della giurisdizione tributaria*, cit., p. 591.

[45] Nel senso del carattere tributario delle prestazioni contributive e previdenziali v. D. Riccio, *Le rendite previdenziali*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XV, Torino, 2005, p. 361 ss.; A. Fantozzi, *Diritto Tributario*, Torino, 2003, p. 27.

La Corte costituzionale, con le ordinanze 94[46], 93, 36[47] e 34 del 2006 e 394 e 395 del 23 novembre 2007, dichiarava però manifestamente inammissibili tali censure di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, perché i giudici *a quibus* non avevano previamente compiuto

[46] L'ord. 94/2006, a sua volta ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 102, comma 2, Cost. e VI disposizione transitoria, dell'art. 2, comma 1, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, «nella parte in cui non esclude dalla giurisdizione tributaria le controversie riguardanti le sanzioni di cui all'art. 3, terzo comma», DL 22 febbraio 2002, n. 12, convertito in legge dall'art. 1, L 23 aprile 2002, n. 73. Secondo la Consulta, il giudice *a quo*, infatti, non ha tratto dalle premesse argomentative da lui stesso svolte le dovute conseguenze interpretative, omettendo il doveroso tentativo di esplorare la possibilità di pervenire, sempre in via interpretativa, ad una soluzione costituzionalmente corretta.

[47] Sono manifestamente infondate le questioni di legittimità costituzionale proposte, in riferimento all'art. 102, comma 2, e VI disposizione transitoria della Costituzione, nei confronti dell'art. 30, L 30 dicembre 1991, n. 413, e dei decreti legislativi 31 dicembre 1992, nn. 545 e 546, contenenti, rispettivamente, la delega legislativa per il riordino, fra l'altro, degli organi speciali di giurisdizione tributaria, e le disposizioni emanate al riguardo in base ad essa. Non può infatti dirsi che le modifiche apportate con tali disposizioni al precedente assetto, siano tali da far ritenere che con esse si sia istituito, in contrasto con il divieto stabilito in Costituzione, un nuovo giudice speciale, in quanto sono rimasti non snaturati sia il sistema di estrazione dei giudici (che dal punto di vista dei requisiti di idoneità e di qualificazione professionale e delle incompatibilità appare anzi migliorato) sia la giurisdizione nell'ambito delle controversie tributarie – anche se riconfigurata mediante una soluzione unitaria ed aggiornata con la previsione di imposte locali in aggiunta a quelle statali e con l'adeguamento delle norme del processo tributario a quelle del processo civile – e giacché le stesse innovazioni introdotte riguardo all'ordinamento e alle disposizioni procedurali toccano solo profili relativi alla organizzazione e al funzionamento delle commissioni che, rimaste sostanzialmente immutate rispetto alla previsione della materia tributaria oggetto della loro giurisdizione, vanno viste come continuatrici di quelle preesistenti regolate dal DPR 26 ottobre 1972, n. 636. E neppure può sostenersi che le norme impugnate non potessero essere emanate per essere state le commissioni tributarie – attraverso i mutamenti graduali operati in base all'art. 17, L 9 ottobre 1971, n. 825, ed i parziali successivi adeguamenti disposti anche per colmare «le molte deficienze del contenzioso tributario» sottolineate dalla Corte costituzionale, con invito al «riordino legislativo dell'intera materia» – già sottoposte a revisione. Si noti che l'ord. 36/2006 della Corte costituzionale ha disposto la restituzione degli atti al giudice rimettente, perché riesamini i termini della questione di legittimità costituzionale, in riferimento all'art. 3 Cost., dell'art. 3, comma 3, DL 22 febbraio 2002, n. 12, nella parte in cui determina le modalità di quantificazione della sanzione per l'impiego di lavoratori dipendenti non risultanti dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria. Successivamente all'ordinanza di rimessione, infatti, è intervenuta la sentenza n. 144/2005, che, nel dichiarare la illegittimità della norma nella parte in cui «non ammette la possibilità di provare che il rapporto di lavoro irregolare ha avuto inizio successivamente al primo gennaio dell'anno in cui è stata constatata la violazione», ha ravvisato, nel meccanismo di tipo presuntivo, previsto dalla norma censurata, la lesione del diritto di difesa, poiché preclude all'interessato ogni possibilità di provare circostanze che attengono alla propria effettiva condotta, idonee ad incidere sulla entità della sanzione che dovrà subire.

il tentativo di dare della disposizione censurata un'interpretazione «costituzionalmente corretta»[48].

Dopo la decisione delle Sezioni unite della Cassazione, e delineatasi quindi un'univoca interpretazione dell'art. 2, i giudici delle Commissioni tributarie hanno potuto con maggiore forza sottoporre all'attenzione della Corte costituzionale proprio quella interpretazione ormai consolidatasi.

Per i giudici rimettenti, l'art. 2, DLGS 546/92 non poteva che violare l'art. 102, comma 2, e la VI disposizione transitoria e finale della Costituzione, visto che tale norma, così come interpretata dalla Cassazione, trasformerebbe il giudice tributario in giudice speciale dell'Amministrazione tributaria.

Su queste basi, la Corte costituzionale, con la sentenza in epigrafe, ha ritenuto che la questione sollevata dai rimettenti fosse fondata.

[48] Il Giudice delle leggi, con le ordinanze nn. 394 e 395 del 23 novembre 2007, ha dichiarato manifestamente inammissibili due questioni di legittimità relative, rispettivamente – la prima – all'art. 3, comma 5, DL 12/2002, nella parte in cui omette di individuare e di disciplinare la legittimazione soggettiva a riscuotere e le modalità della riscossione coattiva della sanzione per l'utilizzo di lavoratori irregolari irrogata dall'Agenzia delle entrate, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. e – la seconda – al divieto di prova testimoniale nel processo tributario (sempre relativo al processo di impugnazione di sanzioni in materia di lavoro irregolare). La Corte ha motivato il proprio convincimento per entrambe le controversie sulla considerazione che il giudice *a quo* non aveva motivato espressamente circa la riconducibilità alla giurisdizione tributaria della controversia in materia di sanzioni per lavoro irregolare. In particolare, nel primo caso, la Corte ha esaminato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3, comma 5, DL 12/2002, nella parte in cui omette di individuare e di disciplinare la legittimazione soggettiva a riscuotere e le modalità della riscossione coattiva della sanzione per l'utilizzo di lavoratori irregolari irrogata dall'Agenzia delle entrate, sollevata in riferimento all'art. 3 Cost. Il testo originario dell'art. 3, comma 5, DL 12/2002, convertito, con modificazioni, dalla L 73/2002, stabiliva la competenza dell'Agenzia delle entrate in relazione alla irrogazione della sanzione amministrativa prevista per l'utilizzo di lavoratori irregolari dal precedente comma 3, nonché l'applicabilità delle disposizioni, DLGS 472/1997, ad eccezione dell'art. 16, comma 2. Nel secondo caso, alla Corte è stato sottoposto ancora una volta il dubbio sulla legittimità costituzionale del divieto di prova testimoniale nel processo tributario (art. 7, DLGS 546/1992), questa volta con riferimento al processo per la impugnativa delle sanzioni per il lavoro irregolare. La Consulta, in entrambe le ipotesi, ha ritenuto che il giudice *a quo* non avesse adeguatamente esplorato la possibilità di negare la giurisdizione tributaria per tale tipo di controversia; ove, infatti, fosse stata ritenuta la giurisdizione del giudice ordinario, il problema del divieto di prova testimoniale sarebbe stato escluso in radice. La Corte costituzionale, quindi, ha dichiarato la manifesta inammissibilità delle questioni per difetto di motivazione in punto di rilevanza: il giudice *a quo* – in entrambe le ipotesi – non ha motivato espressamente circa la riconducibilità alla giurisdizione tributaria della controversia sottoposta al suo esame, nonostante l'esistenza – a parere della Consulta – di orientamenti non univoci sul punto.

L'interpretazione che dell'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, è stata operata dalla giurisprudenza di legittimità, secondo cui sarebbe sufficiente a radicare la giurisdizione tributaria, in forza dell'esplicito disposto dell'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, la natura finanziaria dell'organo competente ad irrogare la sanzione, non è quindi compatibile con la Costituzione.

Secondo la Corte costituzionale, infatti, è orientamento consolidato e che discende da ultimo anche dalla recente sentenza 64/2008[49] il principio secondo cui «la giurisdizione tributaria deve essere considerata un organo speciale di giurisdizione preesistente alla Costituzione».

La Corte prosegue affermando che, se è vero che l'oggetto di tale giurisdizione, così come la disciplina degli organi speciali, ben possono essere modificati dal legislatore ordinario, è tuttavia necessario ricordare che tali possibili modifiche incontrano precisi limiti costituzionali consistenti nel «non snaturare (come elemento essenziale e caratterizzante la giurisprudenza speciale) le materie attribuite» a dette giurisdizioni speciali e nell'«assicurare la conformità a Costituzione» delle medesime giurisdizioni (ordinanza 144/1998[50]).

[49] La sentenza 68/2008 ha stabilito che «È costituzionalmente illegittimo l'art. 2, comma 2, secondo periodo, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546, come modificato dall'art. 3 *bis*, comma 1, lett. b), DL 30 settembre 2005, n. 203 (convertito, con modificazioni, dalla legge 2 dicembre 2005, n. 248), nella parte in cui stabilisce che appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubblici, previsto dall'art. 63, DLGS 15 dicembre 1997, n. 446, in quanto la natura non tributaria del predetto canone si sostanzia nella creazione di un giudice speciale per le relative controversie, vietato dal secondo comma dell'art. 102 Cost.». Più puntualmente si è assunto che «La giurisdizione del giudice tributario, in base all'art. 102, secondo comma, Cost., deve ritenersi imprescindibilmente collegata alla natura tributaria del rapporto. Pertanto, l'attribuzione alla giurisdizione tributaria di controversie non aventi natura tributaria – sia che derivi direttamente da un'espressa disposizione legislativa ovvero, indirettamente, dall'erronea qualificazione di «tributaria» data dal legislatore (o dall'interprete) ad una particolare materia – comporta la violazione del divieto costituzionale di istituire giudici speciali». Sulla materia aveva già da tempo segnalato il disagio F. Tesauro, *Natura giuridica e coesistenza della tassa per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche e del canone di concessione*, cit., p. 1201.

[50] Corte costituzionale, ed in particolare la sentenza n. 144/1998, che ha ritenuto, in ordine al divieto di istituzione di giudici speciali, che l'art. 102 Cost. deve essere interpretato in relazione alla VI disposizione transitoria, e cioè nel senso che esclude l'introduzione di giudici diversi da quelli espressamente nominati (Consiglio di Stato, Corte dei Conti e Tribunali militari) ma non il mantenimento delle altre giurisdizioni speciali preesistenti alla Costituzione, soggette tuttavia ad obbligo di revisione. Riguardo alle quali, peraltro, è senz'altro da respingere l'assunto che, una volta che siano state assoggettate a revisione, si sia creata una sorta di immodificabilità nella loro configurazione e funzionamento e che la potestà di intervento del legislatore ordinario debba ritenersi consumata, giacché questi conserva il normale potere di sopprimerle come di trasformarle e riordinarle,

Quindi, secondo la Corte, il mancato rispetto del limite di «non snaturare» le materie originariamente attribuite alle indicate giurisdizioni si traduce nell'istituzione di un nuovo giudice speciale, espressamente vietata dall'art. 102 della Costituzione: «l'identità della natura delle materie oggetto delle suddette giurisdizioni costituisce, infatti, una condizione essenziale perché le modifiche legislative di tale oggetto possano qualificarsi come una consentita revisione dei giudici speciali e non come una vietata introduzione di un nuovo giudice speciale» (ancora sentenza 64/2008).

Già in altre sue decisioni la Corte costituzionale aveva ritenuto che la giurisdizione tributaria «deve ritenersi imprescindibilmente collegata» alla «natura tributaria del rapporto»[51] e che la medesima non potesse essere ancorata «al solo dato formale e soggettivo, relativo all'ufficio competente ad irrogare la sanzione» (ordinanza 34/2006).

Secondo la Corte, quindi, non c'è dubbio che «la lettura che dell'art. 2, comma 1, DLGS 546/1992, dà il diritto vivente, finisce per attribuire alla giurisdizione tributaria le controversie relative a sanzioni unicamente sulla base del mero criterio soggettivo costituito dalla natura finanziaria dell'organo competente ad irrogarle e, dunque, a prescindere dalla natura tributaria del rapporto cui tali sanzioni ineriscono. Essa, dunque, si pone in contrasto con l'art. 102, secondo comma, e con la VI disposizione transitoria della Costituzione, risolvendosi nella creazione di un nuovo giudice speciale».

Le sanzioni amministrative irrogate dagli uffici finanziari non possono quindi rientrare nella giurisdizione delle Commissioni tributarie, se non attengono alla materia fiscale[52].

o di ristrutturarle nuovamente, anche nel funzionamento e nella procedura, con il solo duplice limite di non snaturare (in quanto elemento essenziale e caratterizzante della giurisdizione speciale) le materie attribuite alla loro rispettiva competenza e di assicurarne la conformità a Costituzione.

[51] Fa presente il collegamento tra la giurisdizione e la natura tributaria del rapporto controverso, F. Tesauro, voce *Processo tributario*, in *Dig. sez. comm.*, agg., 2007.

[52] La sentenza della Corte costituzionale apre uno scenario dalle possibili ampie conseguenze: se, in tema di lavoro sommerso, è presumibile che le Commissioni tributarie dichiareranno il proprio difetto di giurisdizione in favore del giudice ordinario sugli avvisi di irrogazione sanzioni emanati nel vigore dell'art. 3, DL 12/2002 (prima delle modifiche apportate dal decreto Bersani), la portata della decisione potrà estendersi ad altre materie, attualmente sottoposte al giudice tributario, ma della cui natura tributaria può dubitarsi (ad esempio, le liti sui fermi amministrativi e le ipoteche se il credito tutelato non ha natura fiscale). Per le sanzioni irrogate dopo l'entrata in vigore del DL 223/2006 non dovrebbero porsi problemi di sorta. Il comma 7, lettera a), dell'art. 36 *bis*, DL 223/2006 ha modificato il comma 3 dell'art. 3, DL 12/2002 come segue: «Ferma restando l'applicazione delle sanzioni già previste dalla normativa in vigore, l'impiego di lavoratori non risultanti dal-

## 5. *Il fermo dei beni mobili registrati*

Conformi passaggi logici – *mutatis mutandis* – hanno segnato la vicenda giudiziale dei provvedimenti di fermo amministrativo dei beni mobili registrati.

Dopo alcuni iniziali contrasti nella giurisprudenza di merito[53], la Corte di cassazione aveva adottato un preciso orientamento sui confini della giurisprudenza tributaria. Nel rispetto del divieto costituzionale di istituzione di giudici speciali, i Giudici di legittimità avevano affermato la possibilità per il legislatore di devolvere alla cognizione del giudice tributario «le controversie che riguardino atti "neutri", cioè utilizzabili a sostegno di qualsiasi pretesa patrimoniale (tributaria o no) della mano pubblica»[54].

La giurisdizione sulle controversie relative al fermo di beni mobili registrati (art. 86 del DPR 602/1973) appartiene al giudice tributario solo

le scritture o da altra documentazione obbligatoria, è altresì punito con la sanzione amministrativa da euro 1.500 a euro 12.000 per ciascun lavoratore, maggiorata di euro 150 per ciascuna giornata di lavoro effettivo. L'importo delle sanzioni civili connesse all'omesso versamento dei contributi e dei premi riferiti a ciascun lavoratore di cui al periodo precedente non può essere inferiore a euro 3.000, indipendentemente dalla durata della prestazione lavorativa accertata». La modifica è applicabile per le constatazioni di irregolarità riscontrate dal 12 agosto (entrata in vigore della legge di conversione del DL 223/2006). Viene inoltre riscritto il comma 5 dell'art. 3, prevedendo che, indipendentemente dalla provenienza e dalla data della constatazione, la direzione provinciale del Lavoro – e non più, dunque, l'Agenzia delle entrate – è competente a irrogare la sanzione anche per le violazioni constatate (ma non irrogate) prima del 12 agosto 2006. Per le sanzioni irrogate prima di quella data dagli uffici dell'Agenzia delle entrate, gli stessi restano invece competenti a effettuare l'iscrizione a ruolo. La competenza della Direzione provinciale del lavoro in ordine all'irrogazione delle sanzioni (mediante emissione di un'ordinanza-ingiunzione ai sensi dell'art. 18, L 689/1981) ha comportato anche rilevanti conseguenze in merito alla giurisdizione cui è attribuita la cognizione delle relative controversie, tenuto conto che avverso l'ordinanza-ingiunzione è proponibile l'opposizione di cui all'art. 22, L 689/1981, da esperire innanzi al giudice ordinario. Poiché l'art. 5 CPC prevede che la giurisdizione sia determinata tenendo esclusivamente conto della legge vigente al momento della proposizione della domanda, continuavano invece, almeno sino alla commentata sentenza, a rimanere incardinati dinanzi alle Commissioni tributarie i giudizi relativi agli avvisi di irrogazione sanzioni emessi dagli uffici dell'Agenzia delle entrate in data antecedente al 12 agosto 2006, in quanto gli stessi si riferivano, secondo l'interpretazione sino a oggi data all'art. 2, DLGS 546/1992, a sanzioni riconducibili all'oggetto della giurisdizione tributaria. È su tali giudizi, quindi, che spiegherà i suoi effetti la decisione della Corte costituzionale.

[53] Per la rilevanza della natura tributaria del credito, cfr. CTP Roma, 18 aprile 2007, n. 95; CTP Roma, 31 maggio 2007, n. 242; CTP Milano, 29 novembre 2007, n. 395, in *Il fisco*, 2008, p. 270); CTP Terni, 18 dicembre 2007, n. 240, in *Il fisco*, 2008, p. 461; *contra*, CTP Roma, 11 luglio 2007, n. 118, in *Il fisco*, 2007, p. 5524; CTP Roma, 24 luglio 2007, n. 269; CTP Caserta, 24 settembre 2007, nn. 270-271, entrambe in *Il fisco*, 2007 p. 5655; CTP Grosseto, 29 ottobre 2007, n. 23.

[54] Cass., SU, ord., 11 febbraio 2008, n. 3171.

quando il provvedimento impugnato concerne la riscossione di tributi.

Il giudice tributario innanzi al quale sia stato impugnato un provvedimento di fermo di beni mobili registrati deve accertare quale sia la natura – tributaria o non tributaria – dei crediti posti a fondamento del provvedimento in questione, trattenendo, nel primo caso, la causa presso di sé, interamente o parzialmente (se il provvedimento faccia riferimento a crediti in parte di natura tributaria e in parte di natura non tributaria), per la decisione del merito e rimettendo, nel secondo caso, interamente o parzialmente, la causa innanzi al giudice ordinario, in applicazione del principio della *traslatio iudicii*. Allo stesso modo deve comportarsi il giudice ordinario eventualmente adito. Il debitore, in caso di provvedimento di fermo che trovi riferimento in una pluralità di crediti di natura diversa, può comunque proporre originariamente separati ricorsi innanzi ai giudici diversamente competenti.

Sono i due rilevanti principi di diritto affermati dalle sezioni unite della Corte di cassazione con la sentenza 14831, depositata il 5 giugno 2008, pronuncia con la quale il giudice di legittimità è tornato a occuparsi, risolvendole definitivamente, di alcune problematiche afferenti le cosiddette «ganasce fiscali».

È opportuno evidenziare, innanzitutto, come le condivisibili (e forse per alcuni addirittura scontate, attesa la chiarezza del dato normativo che non sembrerebbe dare adito a dubbi interpretativi) argomentazioni addotte dalla Cassazione nella pronuncia in commento che, come si vedrà, peraltro, non sono in linea con l'orientamento dalla stessa precedentemente espresso in materia, si conformano ai principi enunciati dalla Corte costituzionale nelle sentenze 64 e 130 del 2008.

La controversia nasce dall'impugnazione innanzi al giudice tributario di un preavviso di fermo di beni mobili registrati, emesso ai sensi dell'art. 86, DPR 602/1973, notificato al contribuente dal concessionario per la riscossione in relazione a una cartella di pagamento per contributi Inps.

La Commissione adita rigettava l'istanza di sospensiva del fermo per difetto di giurisdizione e il contribuente proponeva ricorso per regolamento preventivo di giurisdizione, a seguito del quale il giudice tributario sospendeva il processo.

Con il ricorso, si era chiesto alle sezioni unite di dichiarare la giurisdizione del giudice tributario nella controversia in esame, sulla base della disposizione di cui all'art. 19, comma 1, DLGS 546/1992 – come modificato dall'art. 35, comma 26-*quinquies*, DL 223/2006 – che, enumerando gli atti impugnabili innanzi alle Commissioni tributarie, prevede testualmente alla lettera e-*ter*) che il ricorso può essere proposto avverso «il fermo di beni mobili registrati di cui all'art. 86 del DPR 29 settembre

1973, n. 602, e successive modificazioni».

Per le sezioni unite, i problemi da affrontare sono stati due: il coordinamento dell'art. 19, DLGS 546/1992 con la norma espressa dall'art. 2 dello stesso decreto, che fissa i limiti della giurisdizione tributaria, e, in via consequenziale, la circoscrivibilità della competenza del giudice tributario a conoscere delle sole controversie concernenti il fermo di beni mobili registrati relativo alla riscossione di tributi.

Rispetto alla prima questione, l'art. 2, DLGS 546/1992, infatti, nel disciplinare l'oggetto della giurisdizione tributaria, esclude espressamente «le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui al DPR 29 settembre 1973, n. 602, art. 50, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto». E il fermo di cui si discute è certamente un atto successivo alla notifica della cartella o dell'avviso di mora – anzi presuppone necessariamente la notifica di questi atti e la decorrenza di almeno sessanta giorni dalla notificazione stessa – e trova la propria disciplina nel titolo secondo del DPR 602/1973 dedicato alla riscossione coattiva dei crediti.

Al riguardo, i giudici della Cassazione, hanno ricordato che, sulla base di quanto disposto dal citato art. 2, DLGS 546/1992 – anteriormente alla modifica dell'art. 19 dello stesso decreto – avevano ritenuto che in ordine al fermo di beni mobili registrati sussistesse la giurisdizione del giudice ordinario in quanto il fermo «è preordinato all'espropriazione forzata, atteso che il rimedio, regolato da norme collocate nel titolo 2° sulla riscossione coattiva delle imposte, si inserisce nel processo di espropriazione forzata esattoriale quale mezzo di realizzazione del credito (Cass. SU ord. nn. 2053 e 14701 del 2006)».

Tale interpretazione, tuttavia, oggi non può più essere mantenuta di fronte alla chiara volontà del legislatore di escludere il fermo di beni mobili registrati dalla sfera tipica dell'espropriazione forzata.

In questa nuova prospettiva, infatti, appare evidente che la modifica all'art. 19, DLGS 546/1992, a opera della legge 248/2006, collocando il fermo tra gli atti impugnabili innanzi alla Commissioni tributarie, ha determinato di riflesso una modifica dell'art. 2 del medesimo decreto, nella parte in cui esclude dalla giurisdizione tributaria le controversie riguardanti gli atti dell'esecuzione forzata successivi alla notifica della cartella di pagamento.

Per la Cassazione, quindi, «la individuazione dell'area della giurisdizione tributaria, e dei relativi limiti, può essere compiuta solo mediante una lettura integrata del DLGS n. 546 del 1992, artt. 2 e 19, e rende testimonianza di una chiara volontà legislativa di generalizzare la giuri-

sdizione tributaria, lasciando alla giurisdizione ordinaria solo la sfera residuale dell'espropriazione forzata vera e propria la cui disciplina ha movenze simili a quella contenuta nel codice di rito e rispetto alla quale possono ben essere funzionali gli strumenti giurisdizionali di tutela del debitore garantiti dal medesimo codice».

La soluzione della prima questione – sulla necessità di una lettura integrata degli articoli 2 e 19 del DLGS 546/1992 – favorisce, secondo i giudici di piazza Cavour, anche la soluzione del secondo problema e, cioè, se il giudice tributario debba limitarsi a conoscere delle sole controversie concernenti il fermo disposto in relazione a crediti tributari, con l'esclusione di quelle controversie che riguardino il fermo adottato per crediti da sanzioni amministrative, in particolare quelle regolate dal codice della strada, rispetto alle quali è previsto l'utilizzo delle procedure di riscossione delle imposte a mezzo ruoli esattoriali.

La modifica introdotta all'art. 19, DLGS 546/1992, infatti, non ha apportato, come sua conseguenza, una corrispondente modifica del primo periodo dell'art. 2, comma 1, del medesimo decreto, a norma del quale la giurisdizione tributaria resta ancorata, come alla sua base legittimante, alle controversie concernenti tributi, sia pure di ogni genere e specie, comunque denominati.

Ne consegue, per le sezioni unite, che le controversie relative al fermo di beni mobili registrati che possono essere conosciute dal giudice tributario sono solo quelle concernenti crediti tributari.

Nella sua motivazione, la Cassazione si sofferma, in particolare, sulla sentenza 130/2008 della Corte relativa sanzioni comunque irrogate da uffici finanziari, ritenuta particolarmente rilevante, rispetto al caso in esame, «proprio perchè relativa ad una fattispecie nella quale la formula adottata dal legislatore sembra in qualche modo prescindere, allo stesso modo di quella concernente il fermo di beni mobili registrati, dal riferimento a controversie aventi ad oggetto tributi».

In materia di sanzioni, infatti, le stesse sezioni unite avevano interpretato la formula «comunque irrogate da uffici finanziari» dell'art. 2 come attinente a una disposizione idonea a individuare «la giurisdizione delle commissioni tributarie non con riferimento alla materia della controversia, ma in relazione all'organo competente ad irrogare la sanzione, nel senso che l'applicazione di questa da parte di un ufficio finanziario vale a radicare la giurisdizione delle commissioni tributarie anche nel caso in cui si tratti d'infrazione diversa da quelle più direttamente tributarie (Cass. SU n. 13902 del 2007; v. anche Cass. SU n. 2888 del 2006 e 24398 del 2007)».

Questa interpretazione, però, non è stata condivisa dai giudici delle leggi che, nella ricordata sentenza 130, hanno affermato come l'inter-

pretazione (estensiva) che dell'art. 2, comma 1, del DLGS 546/1992, da il diritto vivente, finisce per attribuire alla giurisdizione tributaria le controversie relative a sanzioni unicamente sulla base del mero criterio soggettivo costituito dalla natura finanziaria dell'organo competente a irrogarle, a prescindere dalla natura tributaria del rapporto cui tali sanzioni ineriscono; se così fosse, si finirebbe per istituire un nuovo giudice speciale in palese violazione dell'art. 102 della Costituzione e della VI disposizione transitoria della Carta, che espressamente lo vietano.

Da ultimo, hanno concluso le sezioni unite, se questo necessario ancoraggio alla natura tributaria del rapporto è il fondamento della legittimità costituzionale della giurisdizione tributaria, anche per quanto riguarda il fermo bisogna affermare che intanto il giudice tributario potrà conoscere delle relative controversie in quanto le stesse siano attinenti a una pretesa tributaria[55].

## 6. *La TIA e la TARSU*

Correlativamente possono trovare rilievo argomentazioni simili per la risoluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione in materia di TIA e TARSU.

Senza soffermarsi troppo in questa sede sulle differenze ontologiche tra i due istituti[56], basta sottolineare che il passaggio da copertura par-

[55] Si segnala, infine, l'interessante argomentazione con la quale i giudici di legittimità hanno ammesso la possibilità, qualora il ricorso non sia stato originariamente proposto innanzi al giudice competente in relazione alla specifica natura dei crediti posti a fondamento del provvedimento di fermo, di far ricorso al principio della *traslatio iudicii*. Per le sezioni unite, l'applicazione, nel caso di specie, della *traslatio iudicii* rappresenta «una adeguata tutela del cittadino che deve avere la possibilità di ricorrere alle garanzie apprestate dall'ordinamento sul piano giurisdizionale attraverso un percorso lineare e privo di "trappole formali", senza che tuttavia le esigenze di semplificazione e celerità del processo si convertano in una violazione dei limiti costituzionali». Al riguardo, si fa presente che, a seguito di due ravvicinate sentenze emesse dalla Cassazione, sezioni unite, prima (la 4109 del 22 febbraio 2007) e dalla Corte costituzionale poi (la 77 del 12 marzo 2007), anche nel giudizio tributario è applicabile il principio civilistico della *traslatio iudicii*, in base al quale, nell'ipotesi di errore da parte del ricorrente circa l'esatta individuazione della giurisdizione, il processo può proseguire davanti al giudice effettivamente munito della competenza a decidere sul giudizio instaurato, onde dar luogo a una pronuncia di merito che conclude la controversia, comunque iniziata, realizzando in modo più sollecito ed efficiente il servizio di giustizia, costituzionalmente garantito.

[56] Il DLGS 15 novembre 1993, n. 507, sulla finanza locale, disciplina la tassa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani interni, con effetto dal 1° gennaio 1994. Accanto alla TARSU, tutt'ora applicata da una parte dei comuni italiani, vede successivamente la luce la nuova disciplina della Tariffa di igiene ambientale, TIA, istituita dall'art. 49, DLGS 5 feb-

ziale a copertura integrale del costo del servizio ha comportato la trasformazione dell'originaria «tassa» in «tariffa», con conseguenti problemi di interpretazione, tra l'altro, sul piano della tutela giurisdizionale[57].

Il primo problema che si è posto è stato, quindi, quello del giudice da adire nel caso di controversia col soggetto gestore del servizio di smaltimento dei rifiuti.

Come è noto, secondo taluni giudici di merito[58] la TIA configurerebbe non una tariffa in senso tecnico ma una vera e propria tassa, secondo altri[59] il corrispettivo che l'utente del servizio deve corrispondere a titolo di TIA, in luogo della TARSU, ha natura privatistica, per cui le relative controversie non rientrano nella giurisdizione delle Commissioni tributarie.

Il problema della giurisdizione è stato, successivamente, risolto dal legislatore con l'art. 3-bis, comma 1, lettera b), DL 30 settembre 2005, n. 203, convertito, con modificazioni, dalla L. 2 dicembre 2005, n. 248, che ha aggiunto all'art. 2, comma 2, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546 la precisazione: «Appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone … per lo smaltimento dei rifiuti urbani».

Il legislatore ha attribuito ai giudici tributari la cognizione della TIA non per la sua acclarata natura di tributo[60], ma per un'esigenza pratica di concentrazione di giurisdizione in capo allo stesso giudice sia delle controversie relative alla TARSU, ancora configurabili con riferimento a quei comuni che continuano ad applicarla, sia di quelle relative alla TIA, stante l'uguaglianza del presupposto della prestazione patrimoniale, che nul-

braio 1997, n. 22, applicata da altri comuni. La norma dell'art. 49 dispone che «I costi per i servizi relativi alla gestione dei rifiuti urbani, e dei rifiuti di qualunque natura o provenienza giacenti sulle strade ed aree pubbliche e soggette ad uso pubblico, sono coperti dai Comuni mediante l'istituzione di una tariffa». Nel quadro normativo primario dell'art. 49 si collocano le discipline regolamentari dei comuni che hanno adottato il sistema della TIA. Dall'esame dei DLGS n. 507/1993 e n. 22/1997 emerge – e non poteva essere diversamente, trattandosi dello stesso fenomeno da disciplinare – che il presupposto sia della TARSU che della TIA è l'occupazione o la detenzione o la conduzione di locali e aree scoperte ad uso privato, a qualsiasi uso adibiti, esistenti nelle zone del territorio comunale (art. 62, DLGS n. 507/1993 e art. 49, DLGS n. 22/1997).

[57] G. Alfano, *Il problema della giurisdizione della TARSU e della TIA prima e dopo il DL 90/2008*, in *Il fisco*, 2008, p. 4887.

[58] CTP Venezia, 15 marzo 2004, n. 5, in *Il fisco*, 2004, p. 2491.

[59] CTP Caserta, 31 marzo 2004, n. 53, in *Il fisco*, 2004, p. 3274.

[60] V. R. Lunelli-A. Missoni, *La mini-riforma del contenzioso tributario*, in *Forum fiscale*, n. 2/2006. Gli Autori mettono ben in guardia dal pericolo di «snaturamento» della materia di cognizione delle Commissioni tributarie insito nell'art. 3 *bis*, DL 203/2005, preconizzando l'intervento riparatore della Corte costituzionale.

la dice, però, in ordine alla natura tecnica di «tassa» della TIA.

Il vero problema è, allora, quello della natura tecnica della TIA, indipendentemente dal fatto esterno dell'attribuzione alla giurisdizione alle Commissioni tributarie delle relative controversie.

Nel caso della TIA il rapporto giuridico di utenza nasce con la denuncia all'ente gestore di una situazione di fatto: l'occupazione o conduzione da parte dell'utente di locali o aree scoperte ad uso privato esistenti nel territorio comunale.

La denuncia costituisce un negozio giuridico unilaterale recettizio, rivolto a conseguire gli effetti pratici, riconosciuti dal diritto, della prestazione del servizio raccolta e smaltimento rifiuti dietro controprestazione del pagamento del prezzo-corrispettivo dovuto.

Nel sistema della TIA, la denuncia di occupazione o conduzione locali ha natura di dichiarazione di scienza per quanto riguarda l'indicazione dei presupposti di fatto dell'obbligazione tariffaria e di dichiarazione di volontà relativamente alla richiesta di erogazione del servizio, per cui la TIA non si differenzia, sostanzialmente, dalle tariffe relative ad altri servizi a rete, come quelli di acqua, gas, e luce, caratterizzati dalla corrispettività delle prestazioni[61].

Queste considerazioni non possono certamente valere con riferimento allo svolgimento del servizio smaltimento rifiuti in regime di tassa, non emergendo, in quella situazione tributariamente qualificata, il suaccennato schema sinallagmatico di corrispettività delle prestazioni.

La denuncia, quindi, assume valenza di dichiarazione di volontà idonea a produrre la nascita dell'obbligazione civilistica tariffaria, per cui quando l'ente pubblico assume la titolarità di un servizio pubblico, affidandone a terzi la gestione in regime privatistico, per soddisfare un interesse generale attraverso l'adempimento di prestazioni ai singoli utenti dietro pagamento di un prezzo corrispettivo non siamo più nel campo delle obbligazioni pubbliche (come quelle tributarie), ma in quello delle obbligazioni di diritto comune[62], la cui fonte è il contratto ed ogni altro atto o fatto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico *ex* art. 1173 CC.

Questo tipo di regolamentazione del rapporto di utenza del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti, unitamente alla struttura della tarif-

[61] Significativo, al riguardo, è il comma 14 dell'art. 49, DLGS n. 22/1997 in base al quale alla TIA «è applicato un coefficiente di riduzione proporzionale alle quantità di rifiuti assimilati che il produttore dimostri di aver avviato al recupero mediante attestazione rilasciata dal soggetto che effettua l'attività di recupero di tali rifiuti».

[62] M.S. Giannini, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

fa di igiene ambientale funzionalizzata alla copertura integrale dei costi di gestione del servizio, fa propendere per la natura di corrispettivo della TIA, addebitabile all'utente, come accade per ogni altro corrispettivo da prestazione servizi, a mezzo di fattura soggetta ad IVA.

E la natura di «corrispettivo» della TIA è esplicitamente enunciata nel DLGS 3 aprile 2006, n. 152 (recante norme in materia ambientale), il cui art. 238 definisce, al comma 1, la suddetta tariffa come il «corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani»[63].

[63] La corrispettività delle prestazioni, dunque, è stata, in buona sostanza, l'impostazione data alla questione del difetto di giurisdizione tributaria, dalla CTP Caserta con la sent. n. 53 del 31 marzo 2004. Sulla stessa lunghezza d'onda si è posta la Corte di cassazione – SU – la quale, con l'ord. n. 3274 del 15 febbraio 2006 (in *Il fisco*, 2006, p. 2025), ha escluso che la controversia relativa al pagamento della tariffa per lo smaltimento dei rifiuti solidi urbani *ex* art. 49, DLGS 22/1997 fosse riconducibile alla giurisdizione tributaria. Ha affermato la Corte che era pacifico in causa che la prestazione pecuniaria, imposta all'utente del servizio di raccolta dei rifiuti urbani, non avesse natura tributaria: la tariffa risultava approvata dal comune competente e l'ente gestore aveva emesso regolare fattura nei riguardi dell'utente. Pertanto, secondo la Corte, «la prestazione non ha natura tributaria e le relative controversie non sono, quindi, devolute alla giurisdizione delle Commissioni tributarie» *ex* art. 12, L 28 dicembre 2001, n. 448, pur ritenendo la Corte che l'obbligo del pagamento del corrispettivo al gestore del servizio raccolta e smaltimento rifiuti sorga – come già avveniva per la TARSU – «da presupposti interamente preregolati dalla legge e da atti amministrativi generali (nella specie, la tariffa di cui all'art. 49 del DLGS 5 febbraio 1997, n. 22) senza che siano riservati alla pubblica amministrazione spazi di discrezionalità circa la concreta individuazione dei soggetti obbligati, i presupposti oggettivi o il quantum del corrispettivo dovuto». La Cassazione ha, così, concluso in favore della giurisdizione ordinaria. Inoltre, con la sent. n. 4895 dell'8 marzo 2006 (in *Il fisco*, 2006, p. 2184), non muta orientamento, ma semplicemente prende atto dello *ius superveniens* rappresentato dall'art. 3 *bis*, comma 1, lettera b), DL 203/2005, convertito in L 248/2005, che ha ricompreso nella competenza delle Commissioni tributarie anche le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani[64]. E la successiva sent. n. 17526 del 9 agosto 2007, anche se argomentata con riferimento alla natura di prelievo patrimoniale paratributario della TIA, sostanzialmente, prende atto, anch'essa, che il legislatore con la L 248/2005 ha devoluto al giudice tributario anche le controversie in materia di tariffa di igiene ambientale, facendone derivare la natura paratributaria, esogenamente, dalla sua devoluzione alla competenza delle Commissioni tributarie. L'Agenzia delle entrate, nella recente ris. n. 250/E del 17 giugno 2008, osserva che l'anzidetta sentenza, senza affrontare in modo specifico la problematica fiscale, ha affermato la natura tributaria della TIA sulla base, in primo luogo, della circostanza che le controversie in materia di tariffa di igiene ambientale sono state devolute al giudice tributario dall'art. 3 *bis* DL n. 203/2005; «ad avviso dei giudici di legittimità – argomenta l'Agenzia delle entrate – se il legislatore ha ricondotto la TIA nell'ambito del processo tributario si deve presumere che abbia voluto riconoscerne la natura di entrata tributaria». Ma, ritiene (correttamente) l'Agenzia, l'avvenuta devoluzione delle liti in materia di TIA al giudice tributario non può valere, di per sé, «come presupposto idoneo a definire la natura della stessa come prelievo di diritto pubblico e ad escluderne la natura di corrispettivo del servizio di gestione dei rifiuti, con conseguente inapplicabilità dell'IVA».

Pertanto, in controversie aventi ad oggetto la TIA, le Commissioni tributarie, pur non potendo dichiarare il proprio difetto di giurisdizione, devono sentirsi obbligate a sollevare questione di legittimità costituzionale in relazione all'art. 2, comma 2, secondo periodo, DLGS 31 dicembre 1992, n. 546 nella parte in cui dispone che: «appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone … per lo smaltimento dei rifiuti urbani», in quanto questione rilevante e non manifestamente infondata.

Tutto quanto fin qui esposto rischia di essere superato, in prima approssimazione, dal recentissimo D.L. 23 maggio 2008, n. 90, recante «Misure straordinarie per fronteggiare l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti nella regione Campania».

L'art. 4, in virtù del quale «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie, anche in ordine alla fase cautelare, comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti», quant'anche con riferimento a diritti costituzionalmente tutelati, implicherebbe, secondo alcuni, l'attrazione nella giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo anche delle controversie in materia di TARSU, con una conseguente restrizione di fatto del diritto di difesa del contribuente-cittadino.

Per contro si deve ritenere che la norma non fa venir meno la competenza del Giudice tributario alla luce della delimitazione della giurisdizione tributaria operata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 64 del 14 marzo 2008 e della delimitazione della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo operata dalla Corte costituzionale con la sentenza additiva n. 204 del 6 luglio 2004[64], la quale, modificando l'impianto complessivo dell'art. 33, DLGS 31 marzo 1998, n. 80 (come riscritto dall'art. 7, L 21 luglio 2000, n. 205) con la riformulazione del comma 1 e la soppressione del comma 2, ha ribadito l'interpretazione tradizionale dell'art. 103, comma 1, della Costituzione, per cui le ipotesi di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo possono essere fissate dal legislatore non per blocchi di materie, ma solo limitatamente a «particolari materie», rispetto alla giurisdizione generale di legittimità, caratterizzate dalla compresenza indistinta di interessi legittimi e diritti soggettivi.

Entro questi limiti costituzionali può muoversi il legislatore ordinario, il quale non ha il potere di prevedere una giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo «ancorata alla pura e semplice presenza, in un certo settore dell'ordinamento, di un rilevante pubblico interesse»: il

[64] Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, in *Il fisco*, 2004, p. 6080.

comma 1 dell'art. 103, lungi dal consentire una qualsivoglia evoluzione degli assetti giurisdizionali, frappone un preciso limite alla discrezionalità legislativa rappresentato dalla necessità che sia considerata la natura delle situazioni soggettive coinvolte (interessi legittimi e diritti soggettivi) e non il mero dato della materia *ex se*.

Ebbene, l'obbligazione tributaria si contraddistingue per la presenza nitida di diritti soggettivi del contribuente, la cui tutela è affidata alla giurisdizione delle Commissioni tributarie, giurisdizione i cui confini sono stati oggetto di ricognizione e ridefinizione a cura della Corte costituzionale, nelle sentt. nn. 64 e 130 del 2008, in armonia con i criteri di cui all'art. 102 e alla VI disposizione transitoria della Costituzione.

L'esclusione della giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo va confermata, per altro verso, dalla tendenza legislativa[65], a qualificare, in generale, l'interesse fiscale «come interesse composito nel quale confluisce anche quello del contribuente alla coamministrazione, alla cooperazione e partecipazione, all'attività amministrativa, alla semplificazione, all'efficienza, alla sufficiente motivazione degli atti, al contraddittorio amministrativo, e così via»: è, quindi, in atto una chiara evoluzione legislativa verso la pariteticità delle posizioni soggettive dell'ente impositore e del contribuente, che supera il paradigma tradizionale dell'esercizio del potere autoritativo della Pubblica amministrazione, a fronte del quale possono configurarsi prevalenti situazioni soggettive di interesse legittimo inestricabilmente legate a situazioni accessorie di diritto soggettivo che giustificano la giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Allora, la norma dell'art. 4, DL 90/2008, secondo cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti dell'Amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati», deve essere interpretata nel senso che[66] lascia inalterata la giurisdizione generale delle Commis-

[65] Evidenziata da F. Gallo, *Le ragioni del fisco*, Bologna, 2007.

[66] Nulla sarebbe mutato nella ipotesi in cui il Parlamento non avesse respinto, in sede di conversione in legge del DL n. 90/2008, l'emendamento 4.50. Ferranti ed altri, volto a dare una diversa formulazione all'art. 4 per cui «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie … attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, relative a comportamenti ricollegabili all'esercizio dei poteri delle amministrazioni pubbliche e dei soggetti ad esse equiparati». Infatti lo scopo della proposta emendativa, come si evince dai resoconti stenografici della seduta d'aula n. 20 del 19 giugno 2008, era essenzialmente quello di sottrarre al giudice amministrativo le controversie relative a questioni risarcitorie per danno ingiusto, preservando in capo allo stesso le controversie

sioni tributarie relativamente alla tassa per lo smaltimento rifiuti (TARSU) e non attrae, per effetto della sentenza manipolativa n. 204/2004 della Corte costituzionale, alla competenza del giudice amministrativo neanche le controversie relative alla TIA, in ordine alle quali, pertanto, va sollevata dalle Commissioni tributarie questione di legittimità costituzionale dell'art. 2, comma 2, DLGS 546/1992 nella parte in cui stabilisce che appartengono alla giurisdizione tributaria le controversie relative alla debenza del canone per lo smaltimento dei rifiuti urbani.

Infatti, «l'intenzione del legislatore», cui fa riferimento l'art. 12 delle preleggi, non è quella soggettiva della maggioranza parlamentare che redige la norma, ma è quella oggettiva ed autonoma dello Stato, staccata dalla volontà dell'organo ed inserita armonicamente in seno al più ampio ordinamento giuridico: le norme vanno, pertanto, interpretate ed applicate alla stregua dei criteri di coerenza interna all'ordinamento, di non contraddittorietà e di razionalità.

E compito dell'interprete è di dedurre dall'ordinamento positivo, e in primis dalla Costituzione, tutti i principi giuridici che possono esserne tratti: alla luce dell'insieme di tali principi va determinata «l'intenzione del legislatore».

L'intenzione del legislatore va determinata, quindi, alla stregua dei principi giuridici deducibili dall'ordinamento positivo nella sua sistematicità, compresi quelli espressi direttamente dalla Corte costituzionale nelle proprie pronunce.

E ciò perché lo Stato di diritto ha elaborato un complesso ed armonico sistema giuridico, alla cui stregua non è propriamente legittimata un'interpretazione anelastica, asetticamente separata dall'intero sistema, della singola norma, a differenza di quanto può avvenire nel c.d. «Stato di legge» nel quale manca la stessa nozione di ordinamento giuridico.

riguardanti «la tutela del cittadino avverso le modalità dell'esercizio della funzione pubblica», che è quanto dire avverso ogni genere di provvedimento amministrativo illegittimo, compresi, quindi, gli atti impositivi illegittimi. Sulla stessa linea di contenimento della dilatazione a dismisura della giurisdizione amministrativa si pone l'emendamento 4.150. Monai-Piffari, anch'esso bocciato, che tendeva a riformulare l'art. 4 nel senso che «sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tutte le controversie … comunque attinenti alla complessiva azione di gestione dei rifiuti, seppure posta in essere con comportamenti riconducibili all'esercizio di un pubblico potere dell'Amministrazione pubblica o dei soggetti alla stessa equiparati». Emerge anche in questa proposta emendativa lo scopo di lasciare alla competenza del giudice ordinario le controversie risarcitorie, da illecito extracontrattuale: «la ratio della norma è quella di devolvere al giudice amministrativo tutte le vicende che siano comunque collegate a provvedimenti amministrativi, anche quando siano i comportamenti attuativi dei provvedimenti stessi ad incidere su posizioni soggettive» (http://www.camera.it/docesta/312/14367/documento esterno.asp).

Consegue che, nel nostro ordinamento, il giudice, ordinario o speciale che sia, non applica, di fatto, quella norma che si manifesta incompatibile col quadro generale sistematico risultante dall'ordinamento nella sua totalità.

Sicché deve concludersi con l'auspicio che le Commissioni tributarie provinciali, qualora adite in materia di TARSU e di TIA a partire dal 23 maggio 2008, non dichiarino il proprio difetto di giurisdizione a favore del giudice amministrativo per effetto dell'art. 4, DL 90/2008, bensì sollevino questione di legittimità costituzionale – in ogni caso – con riguardo alla TIA affinché sia dichiarata la giurisdizione del giudice ordinario e – eventualmente – con riguardo alla TARSU, impugnando l'art. 4, DL 23 maggio 2008, n. 90 affinché sia confermata la giurisdizione (generale) tributaria.

NICO SALOMONE

# Note sulla concezione marxiana del diritto e dello Stato *

Nelle opere di Karl Marx non vi è una trattazione sistematica concernente il diritto; è tuttavia possibile rintracciare, all'interno del suo pensiero (filosofico, sociologico ed economico-politico), un'idea del fenomeno giuridico e dell'organizzazione statuale che va oltre la tradizionale formula del rapporto univoco tra struttura economica e sovrastrutture politico-istituzionali, tra rapporti materiali di produzione e forme di coscienza.

Si può, dunque, con fondamento parlare di una *teoria marxiana del diritto e dello Stato* che, sebbene frammentaria, getta nuova luce sulla tesi, propria di un'ermeneutica diffusa e replicantesi, dell'estinzione (*sic et simpliciter*) degli ordinamenti giuridico-statuali.

Lo studio della vita e delle opere di Marx ci mostra come nella sua dottrina nasca e si evolva una visione del diritto e dello Stato che si inserisce coerentemente nel solco della dialettica del materialismo storico e che non riduce il precetto normativo e le organizzazioni politiche a mero riflesso dei rapporti di forza socio-economici, rispondendo, invece, alle esigenze di un preciso progetto politico di trasformazione sociale. Progetto che, nella sua ultima formulazione, trova sbocco in una sorta di anelito giusnaturalistico, nell'ideale di una 'vita giusta' liberata finalmente dal motivo del profitto.

Per lungo tempo, si è visto in Marx principalmente, se non esclusivamente, il capo politico, l'attivista votato alla realizzazione della dittatura del proletariato, e – conseguentemente - nella sua teoria è stata posta in primo piano l'idea della lotta tra le classi. Il suo stesso incompiuto *opus magnum*, *Il Capitale* [1], è stato sovente considerato un 'lavoro a tesi' per 'giustificare' la lotta tra le classi. Proprio per questo, i pochi testi

* Il testo riproduce, in forma sintetica, le argomentazioni essenziali della tesi di laurea discussa, nell'ottobre del 2008, presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi del Molise (cattedra di *Filosofia del diritto*, Prof. Valentino Petrucci).

[1] Karl MARX, *Das Kapital*. *Kritik der politischen Ökonomie* (1867); *Il Capitale*. *Critica dell'economia politica*, edizione integrale a cura di Eugenio Sbardella, Newton Compton Editori, Roma, 2008. Nel 1867 viene pubblicato il primo libro de *Il Capitale*, dall'editore *Meissner* di Amburgo; usciranno postumi, a cura di Engels, un secondo libro sul processo di circolazione del capitale (1885), un terzo sulla formazione del processo complessivo (1895), e, dal 1905 al 1910, a cura di Karl Kautsky, dirigente e principale teorico del Partito socialdemocratico tedesco, un quarto sulla storia delle teorie economiche, intitolato *Teorie sul plusvalore*.

editi che non potevano essere utilmente incasellati in questa interpretazione (tra i quali, *Sulla questione ebraica* [2] e l'*Introduzione* del 1857 a *Per la critica dell'economia politica* [3]) sono rimasti in ombra. Ha così preso consistenza una valutazione del pensiero di Marx, anche in tema di diritto, che soltanto la scoperta di alcuni testi inediti ha dimostrato essere limitata e, in taluni casi, persino fuorviante.

Gli studiosi (non tutti, in realtà) hanno gradualmente preso consapevolezza che nell'*iter* speculativo marxiano l'idea della "lotta delle classi" è piuttosto la conclusione e non il principio, e che il principio, cioè la radice propriamente scientifica, vada identificato nella critica (presente già negli scritti giovanili) dell'idealismo hegeliano e nel "rovesciamento" di quel metodo dialettico che Marx, invertendone il segno, farà suo. Da questa critica Marx parte per elaborare un organico sistema di idee e procedimenti, la *concezione dialettica della storia*, che supera il *dualismo* kantiano tra intelletto e sensibilità, e che evidenzia dell'hegelismo l'ingannevole *monismo* razionalizzante. All'interno di tale concezione, la riflessione marxiana sul diritto e sullo Stato appare più complessa ed articolata rispetto all'interpretazione, ancora largamente condivisa, che vede in Marx il teorico di una dottrina millenaristica della società senza classi, senza politica e senza diritto. Nelle opere giovanili (in particolare, nella citata *Sulla questione ebraica* e in *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione*[4]), nonché in alcuni articoli pubblicati sulla "*Reinische Zeitung*" [5], vi sono ele-

[2] Karl MARX, *Zur Judenfrage* (1843-44); *Sulla questione ebraica*, in: Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere complete*, voll. 50, Editori Riuniti, Roma, 1972-1986; vol. III (*Opere complete 1843-1844*), pp. 158-186. Articolo scritto nel 1843 e pubblicato nel 1844 nei "*Deutsch-französische Jahrbücher*" ("Annali franco-tedeschi").

[3] Karl MARX, *Zur Kritik der Politischen Ökonomie. Einleitung* (1857, pubblicata nel 1903); *Introduzione* a *Per la critica dell'economia politica*, Editori Riuniti, Roma, 1957. Scritta nel 1857, l'*Einleitung*, nelle intenzioni dell'Autore doveva costituire appunto l'introduzione a *Per la critica dell'economia politica* (1859); fu invece sostituita da una semplice *Prefazione*. Il manoscritto (le prime 24 pagine di un quaderno, datato 23 agosto 1857 e contrassegnato dalla lettera M, il cd. "*Quaderno M*") fu accantonato dallo stesso Marx, che lo giudicava una "anticipazione di risultati ancora da dimostrare". Rinvenuto tra le sue carte, dopo la sua morte, venne decifrato e pubblicato da Karl Kautsky sulla rivista "*Neue Zeit*", nel numero del marzo 1903.

[4] Karl MARX, *Aus der Kritik des Hegelschen Rechtsphilosophie. Einleitung*, (1843-44); *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel. Introduzione*, in: Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere complete*, cit.; vol. III (*Opere complete 1843-1844*, cit.), pp. 190-204. Scritta nel 1843, fu pubblicata nel 1844, in doppio fascicolo, insieme a *Sulla questione ebraica,* negli "Annali franco-tedeschi".

[5] Karl MARX, articoli pubblicati sulla "*Rheinische Zeitung*" (maggio 1842 - marzo 1843), in: Karl Marx, *Opere complete*, cit.; vol. I (*Opere complete 1835-1843*), pp. 105-394. Marx scrive per la "Gazzetta Renana" dagli inizi del 1842 fino alla primavera del 1843, quando la rivista, per le sue posizioni politiche democratiche e libertarie, venne soppressa dal governo prussiano.

menti importanti per l'analisi della riflessione marxiana sul diritto. A partire da questi scritti, attraverso le opere che realizzano il passaggio dal razionalismo idealistico al materialismo storico-dialettico, si giunge alla fase del marxismo maturo: alla redazione de *Il Capitale* e degli scritti dell'ultimo periodo, che maggiormente sembrano soffermarsi sulla dottrina dello Stato.

La stessa risistematizzazione postuma del pensiero di Marx, ad opera dell'amico fraterno Friedrich Engels, ne *Le origini della famiglia, dello Stato e della società civile* [6], e la critica al programma *riformista* del nuovo Partito socialdemocratico tedesco (*Critica al Programma di Gotha*[7]), recuperata e pubblicata dallo stesso Engels, contribuiscono in modo rilevante a delineare il nuovo modello di organizzazione della convivenza umana prospettato da Marx ed a individuare lo spazio in esso occupato dalle norme giuridiche e dalle sovrastrutture politico-istituzionali.

Dall'insieme delle opere menzionate emerge in modo chiaro come Marx non elabori un discorso completo e lineare sulla natura o sulla struttura del diritto, privilegiando piuttosto la riflessione sulla *funzione* del diritto stesso. In particolare, Marx analizza non *come* il diritto funzioni, bensì *perché* funzioni in un certo modo. In effetti, nella tradizione marxista, il diritto sembra essere soprattutto la tecnica per la gestione di una società, ossia fondamentalmente (ma non solo) la forma in cui si esercita il potere di una classe sociale predominante in un sistema di rapporti materiali di produzione, storicamente determinato. Il diritto si pone, pertanto, come un *posterius* rispetto al potere, "sovrastruttura" rispetto alla base economica, anche se - lo si vedrà – questa interpretazione privilegia *uno* degli aspetti della riflessione giuridico-politica di Marx.

È vero che la sua attenzione si concentra, almeno in una prima fase, non tanto sull'esercizio, quanto piuttosto sulla presa del potere da parte di una classe (quella operaia); non sulla sovrastruttura, dunque, ma sulla base economica, cioè sul concreto determinarsi dei rapporti materiali di produzione e di scambio. Per questo, in Marx, molto spesso lo studio del diritto soggiace inesorabilmente allo studio dell'economia politica.

Ma è anche vero che tale orientamento, frutto della tendenza mar-

[6] Friedrich ENGELS, *Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats* (1884); *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato*, a cura di Fausto Codino, Editori Riuniti, Roma, 2005.

[7] Karl MARX, *Kritik des Gothaer Programms* (1890-91); *Critica al programma di Gotha*, Massari editore, Grotte di Castro (VT), 2008. Marx scrisse la *Critica al programma di Gotha* nel 1875. Il 5 maggio di quell'anno la inviò a Wilhelm Bracke, affinché ne comunicasse il contenuto ai dirigenti socialisti; tale missiva, e la stessa opera, furono rese pubbliche solo alcuni anni più tardi. La pubblicazione del manoscritto di Marx avvenne, ad opera di Engels, sulla "*Neue Zeit*", tra il 1890 e il 1891.

xistica a leggere la realtà secondo gli schemi della scienza economico-politica, non si traduce in una riduzione forzata del fenomeno giuridico alla relazione (univoca) struttura economica-sovrastruttura istituzionale; anzi, si può notare come il progetto di rivoluzione socio-economica definitivamente delineato da Marx nelle opere della maturità risulti affiancato da un progetto, altrettanto rilevante, di rivoluzione politico-istituzionale, che non contempla alcun definitivo predominio sociale di classe né l'abolizione della funzione del diritto. Si assiste al progressivo formarsi, sulle basi della dialettica materialistica, della concezione marxiana di un diritto che non è solo generato dai rapporti materiali dell'esistenza (società civile e rapporti economici di produzione), ma che genera, esso stesso, modificazioni sociali, culturali, politiche ed economiche.

A tale riguardo, appaiono illuminanti due scritti: la III tesi su Feuerbach [8], con la fondazione da parte di Marx della gnoseologia della "prassi rovesciata", ed il discorso difensivo pronunciato dallo stesso Marx, il 7 febbraio 1849 [9], in occasione del processo contro la "Nuova Gazzetta Renana", di cui era direttore.

Nella III tesi su Feuerbach, Marx scrive: "*La dottrina materialistica che gli uomini sono il prodotto dell'ambiente e della educazione, e variano col varia-*

[8] Karl MARX, *Thesen über Feuerbach* (1845, pubblicate nel 1888); *Tesi su Feuerbach*, in: Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere complete*, cit.; vol. V (*Opere complete 1845-1846*), pp. 4-5. Si tratta di poche righe che Marx scrisse a Bruxelles nella primavera del 1845 e che sono conservate nel suo taccuino degli anni 1844-1847 sotto il titolo "*1. ad Feuerbach*". Furono pubblicate per la prima volta nel 1888 da Friedrich Engels, come appendice alla ristampa separata e riveduta del suo scritto *Ludwig Feuerbach e il punto di approdo della filosofia classica tedesca* (*Ludwig Feuerbach und die Ausgang der klassischen deutschen Philosophie*, 1886), col titolo *Marx su Feuerbach*. Fu poi l'Istituto per il marxismo-leninismo di Mosca a stabilire, secondo l'indicazione fornita dallo stesso Engels nella prefazione alla sua opera, il titolo definitivo di *Tesi su Feuerbach*. Oltre ad essere un completo superamento delle concezioni feuerbachiane, esse mostrano il tentativo da parte di Marx di fondare una filosofia del tutto originale, la filosofia della *prassi*, una "gnoseologia" che può ricevere conferma soltanto dell'attività rivoluzionaria volta alla liberazione dell'uomo dall'alienazione socio-economica.

[9] Karl MARX, *Der erste Pressprozess der «Neuen Rheinischen Zeitung»* (1849); *Il primo processo di stampa contro la «Neue Rheinische Zeitung» [Discorso di difesa di Karl Marx]*, in: Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere complete*, cit.; vol. VIII (*Opere complete 1848-1849* ), pp. 307-324. La "Nuova Gazzetta Renana", infatti, aveva pubblicato (nel n. 35 del 5 luglio 1848) l'articolo *Arresti* (*Verhaftungen*), in cui si criticava duramente l'operato del procuratore generale Zweiffel, in occasione dell'arresto dei democratici Gottschalk e Anneke. A causa di questo articolo, Marx, in veste di direttore, ed Engels, come condirettore, erano stati accusati di oltraggio nei riguardi di Zweiffel e di calunnia nei confronti dei gendarmi che avevano effettuato l'arresto. Il processo fu aggiornato più volte, fino al dibattimento del 7 febbraio 1849, che portò all'assoluzione di Marx, Engels e del direttore responsabile Korff. Per l'articolo *Arresti* cfr.: Karl Marx-Friedrich Engels, *Opere complete*, cit.; vol. VII (*Opere complete 1848*), pp. 178-180.

*re dell'ambiente e dell'educazione, dimentica che l'ambiente viene mutato dagli uomini e che lo stesso educatore deve essere educato. Essa finisce, quindi, per necessità, col dividere la società in due parti, delle quali l'una è concepita come soprastante all'altra. Il coincidere del variare dell'ambiente e dell'attività umana, può essere concepito e inteso razionalmente soltanto come 'praxis' rovesciata"* [10]. Marx accusa Feuerbach di non avere bene inteso il processo storico-sociale nel quale l'uomo è un elemento attivo. Adattando la dialettica di Hegel al realismo di Feuerbach, giunge alla *praxis* come rapporto reciproco di soggetto e oggetto. L'uomo reale è prodotto dell'ambiente sociale (*praxis*), ma è anche produttore dell'ambiente sociale (*praxis* rovesciata).

È importante mettere in rilievo l'essenza del processo dialettico che, nell'ottica marxistica, guida l'evoluzione storica dell'umanità. Se è vero – e lo è – che non la coscienza determina la vita, ma la vita determina la coscienza, ciò non vuol dire che gli uomini siano passivi nella storia: la storia, anzi, non è nulla fuori della loro attività. Resta fermo, naturalmente, che la loro attività fondamentale e condizionante è l'attività produttiva intesa come rapporto degli uomini, al tempo stesso, tra loro e con la natura.

Il complesso dei rapporti economici, dei bisogni concreti dell'uomo e dei rapporti di forza sociali condiziona strutturalmente la produzione di idee, cultura, valori, e genera determinate forme di organizzazione della convivenza: dunque determinati ordinamenti giuridici e sistemi politico-istituzionali. Allo stesso tempo, secondo Marx, tutto ciò che noi abbiamo imparato a definire sovrastruttura (tradizione, aspirazioni umane, senso della giustizia, idee politiche, azioni delle organizzazioni governative) produce modificazioni della struttura socio-economica di base. L'insieme dei rapporti materiali dell'esistenza resta, comunque, il fattore determinante nell'evoluzione dell'umanità, ma Marx ritiene che il percorso storico-evolutivo degli uomini sia fondato essenzialmente su un rapporto dialettico di reciproco condizionamento fra "struttura" e "sovrastruttura". Questo, il senso profondo del discorso sulla *praxis* rovesciata nella critica a Feuerbach.

In tale contesto, il diritto si pone come *entità vivente*, in continua ricezione delle nuove istanze provenienti dalla realtà sociale ed economica, e, contemporaneamente, in grado di influenzare e determinare esso stesso l'evolversi dei rapporti materiali, l'andamento dei costumi sociali ed il sorgere di nuove concrete esigenze collettive.

Tale concezione del diritto, in fondo, percorre l'intera opera di Marx, ma, in modo perspicuo, appare in uno dei suoi scritti meno noti: in quel discorso del 1849 pronunciato nell'aula di un tribunale prussiano a di-

[10] Karl MARX, *Tesi su Feuerbach*, cit., p. 4.

fesa della libertà di stampa. Marx invita i giudici a riflettere sull'opportunità di evitare una interpretazione strettamente letterale della norma (l'art. 367 dell'allora vigente Codice Penale prussiano)[11], che vanificherebbe il senso stesso del lavoro del giornalista, sacrificando irrimediabilmente il principio fondamentale della libertà di espressione. Applicare alla lettera il testo del Codice, vorrebbe dire non rendersi conto dell'esigenza sociale di una libera informazione, disconoscendo il diritto del popolo ad essere informato; significherebbe, invece, premiare la cieca volontà di censura di un esecutivo (il governo prussiano) a discapito della volontà dello stesso legislatore, dunque della *ratio* stessa della norma. La condanna per oltraggio e calunnia, in nome di una presunta violata onorabilità di funzionari dello Stato, significherebbe, secondo Marx, far trionfare ottusamente la lettera morta di un testo normativo "inerte", senza comprendere l'esistenza di esigenze reali, necessità sociali, che il diritto non può, non deve, ignorare.

Il *lebendes Recht*, l'idea marxiana di un insieme di precetti che seguano e, al contempo, guidino l'evoluzione delle comunità umane, si rivela così estrinsecazione della dialettica materialistica.

In Marx troviamo il rifiuto tanto di una concezione positivistico-formalistica del diritto, fossilizzata nell'esaltazione di una legge scritta intoccabile, quanto del flebile storicismo giuridico, a suo parere, colpevolmente privo del senso profondo del movimento dialettico.

Il diritto di Marx non è nemmeno quello dell'*apriorismo* kantiano, dei princìpi razionali, universali e veri di per sé, senza alcuna attenzione alle peculiarità e criticità dei diversi contesti storici, sociali, politici ed economici. Tuttavia – lo si è accennato – nell'ultimo Marx (quello della citata *Critica al Programma di Gotha*), si insinua una visione ispirata all'idea di un 'diritto giusto': sull'onda, probabilmente, di un recuperato socialismo "umanistico"[12], giunge all'individuazione di un senso della 'giustizia universale', nella quale, sebbene solidamente ancorata al suo materialismo scientifico, riecheggia la filosofia dei "diritti innati" di stam-

[11] Così Marx: *"Preso nel senso stretto del pubblico ministero, l'art. 367 esclude la prova della verità e permette la denuncia soltanto là dove si basa su documenti pubblici o sentenze giudiziarie già esistenti. A che scopo la stampa dovrebbe ancora denunciare post festum, a sentenza compiuta?"* (Karl MARX, *Il primo processo di stampa contro la «Neue Rheinische Zeitung»*, cit., p. 316).

[12] La formazione culturale del giovane Karl Marx fu influenzata dalle tesi del "comunismo umanistico" di Moses Hess, che svolsero un ruolo fondamentale nella conversione di Marx (e dello stesso Engels) dal radicalismo democratico-rivoluzionario della Sinistra hegeliana al comunismo. In effetti, Moses Hess, conosciuto come il "rabbino rosso" (per le sue origini ebraiche, unite alle sue convinzioni politiche), è ricordato per essere stato il padre del cosiddetto "comunismo umanistico", corrente culturale del nascente mo-

po illuministico. Si potrebbe persino affermare che Marx resti, in fondo, un idealista: legge l'universo umano seguendo lo schema del metodo dialettico hegeliano, pur avendolo liberato da ogni forma di assolutizzata e assolutizzante astrazione razionalistica, fonte di pericolose tendenze reazionarie a livello politico. Ma si potrebbe anche ritenere, seguendo Theodor Wiesengrund Adorno, che la teoria marxiana si collochi in uno spazio nuovo, al di là del dualismo materia-idea. Scrive Adorno: "*Il materialismo marxiano ha un* télos*, che lo distingue radicalmente dalle altre filosofie materialistiche* […]*: se le condizioni materiali dell'umanità saranno interamente realizzate, e cioè se la riproduzione della specie umana e la soddisfazione dei bisogni degli uomini saranno infine liberate dal valore di scambio* […]*, allora l'umanità cesserà di vivere sotto il giogo della materia; la completa realizzazione del materialismo sarà insieme anche la sua fine* […]*. Possiamo dire che secondo Marx il mondo borghese è idealista nella sua ideologia e materialista nel suo contenuto; mentre la teoria di Marx è materialistica, ma quello che egli ha in mente, se si considera il suo contenuto più profondo, non dirò che sia idealistico, per carità; sarebbe una costituzione del mondo e anche del pensiero che è situata al di là di quella dicotomia di materialismo e idealismo*" [13].

Il pensiero giuridico marxiano pare muoversi, non senza fluttuazioni ed incongruenze, lungo queste linee: quella del razionalismo illuministico, inestricabilmente legato all'idealismo; quella di un materialismo dialettico che ha in sé lo scopo etico della liberazione dell'uomo; quella di una giuridicità disegnata dalla storia. Nel progetto di Marx non c'è, a nostro avviso, alcuna abolizione del diritto, né dello Stato: bensì la riformulazione di un apparato normativo e statuale legato alle esigenze della costruzione della società comunistica. L'unico diritto ad essere abolito sarà quello borghese, inadatto ed inattuale rispetto ai meccanismi non antagonistici del nuovo modello di organizzazione sociale. Non la cancellazione, dunque, del diritto e dello Stato, ma il superamento di un *determinato tipo* di diritto, espressione di un modello ben definito di organizzazione statuale del potere.

Ma proprio sulla struttura di questo futuro mondo comunistico bisogna riflettere attentamente, per evitare che il comunismo si trasformi in vagheggiamento anarchico o in sterile fantasticheria. Società comunistica non vuol dire "età dell'oro", paradiso terrestre senza contrasti: anche in

vimento comunista internazionale, particolarmente impegnata nella definizione e attuazione di un progetto di miglioramento delle condizioni esistenziali della emergente classe lavoratrice.

[13] Theodor Wiesengrund ADORNO, *Philosophische Terminologie* (1973); *Terminologia filosofica*, Einaudi, Torino, 1975, voll. 2. La citazione riportata è nel vol. II, p. 471.

questa società vi saranno ineluttabilmente (umanamente) conflitti, ma - ecco la novità - la loro composizione avverrà, per Marx, senza l'annientamento di una delle parti contendenti (come, invece, è nelle contraddizioni antagonistiche del modello capitalistico). Permanenza del conflitto, dunque; diversità della sua fisionomia strutturale e delle sue dinamiche.

Non vi sarà più né Stato né diritto, ma soltanto un'amministrazione ed una serie di norme o regole sociali, la cui funzione sarà solo tecnicamente simile a quella dello Stato e del diritto liberal-borghese: scomparirà cioè l'apparato repressivo statuale (nato dai conflitti antagonistici di classe tipici della società capitalistica), mentre permarrà quella struttura organizzativa, comunque indispensabile per risolvere i contrasti 'non antagonistici' ed un ordinamento del sociale, osservato dai membri della società stessa, che prescrive la solidarietà, secondo un ideale – utopistico, forse – di rispetto ed aiuto reciproco. Un ideale di *società giusta*, dunque, di cui si nutre (non senza contraddizioni - lo si ribadisce, ma anche con grande forza suggestiva) il 'giusnaturalismo' marxiano, punto di approdo della sua filosofia della storia.

Va, tuttavia, precisato che se questo 'diritto giusto' è riguardato come voce della comunità, colto cioè nella coscienza collettiva storico-sociale, cessa di essere un'entità metafisica e diviene segno di quelle idealità che la società elabora e richiede, contro la legolatria del monismo statualistico. Secondo questa lettura, dunque, il diritto non scomparirebbe, ma si trasformerebbe in un'entità vivente, nella quale confluiscono quei valori e quelle esigenze nati dal tessuto sociale, valori ed esigenze costituenti la cifra storica della società auto-ordinantesi.

Le forme istituzionali e giuridiche della nuova organizzazione sociale immaginata da Marx presuppongono l'impegnativa costruzione di una coscienza civile rinnovata; una coscienza collettiva fondata su ideali di solidarietà e giustizia difficilmente contenibili all'interno di schemi normativi. Si tratta della crescita dell'uomo nel suo sentire sociale, come pre-condizione indispensabile alla realizzazione di un modello di convivenza in cui si affermi, nel profondo di ciascun individuo, l'intimo convincimento che la tensione verso il soddisfacimento del bene comune non sia soltanto rispondente ad un'istanza etica, ma sia anche (e soprattutto) umanamente "utile". È la comprensione di un'evidenza: che solo migliorando le condizioni di tutti, è realmente possibile ottenere un concreto, effettivo, duraturo e non aleatorio vantaggio individuale.

In questo, al di là delle tematiche propriamente giuridiche, politiche ed economiche, e, soprattutto, oltre le distorsioni storiche del "comunismo reale", deve consistere, a nostro parere, l'eredità del pensiero di Marx e l'attualità del suo messaggio.

FRANCESCA SCUDIERO

# Il reato di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti nel rinnovato assetto normativo

SOMMARIO: 1. L'evoluzione normativa della disciplina in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope. - 2. Il reato di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti. - 3. Uso di gruppo, coltivazione domestica e cessione di sostanza priva di efficacia drogante.

## 1. *L'evoluzione normativa della disciplina in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope*

La l. n. 49/06 ha apportato significative modifiche alla disciplina dei reati in materia di sostanze stupefacenti.

Pur avendo sostanzialmente conservato l'impianto generale del D.P.R. n. 309/90, il nuovo provvedimento legislativo ha innestato innovazioni che, oltre ad essere di obiettivo rilievo, hanno suscitato non pochi dubbi e dissensi. L'assimilazione delle droghe c.d. leggere a quelle pesanti; la "normativizzazione" dei criteri indiziari utilizzati in giurisprudenza per fondare un giudizio positivo circa la sussistenza della destinazione a terzi dello stupefacente; la previsione di provvedimenti a tutela della sicurezza pubblica; le modifiche inerenti le attività e le strutture per il recupero del tossicodipendente, nonché l'esecuzione nei confronti di quest'ultimo della pena; i poteri attribuiti alla polizia giudiziaria, in tema di acquisto c.d. simulato, costituiscono i tratti salienti della intervenuta modifica.

Per cogliere appieno la portata e la finalità della riforma si ravvisa necessaria una breve disamina della disciplina previgente[1].

[1] Per un'approfondita analisi sull'evoluzione normativa in tema di sostanze stupefacenti, cfr, tra gli altri, AMATO, *Stupefacenti: dalla riforma del governo una rivoluzione per competenze e sanzioni*, in g. dir. 2004, 36, 102 ss.; ID, *Per gli indizi della giurisprudenza arriva la "promozione" a norma*, in g. dir. 2006, 12, 69 ss; DELPINO, *Diritto Penale, Parte speciale*, Napoli 2008, 871 ss.; GRILLO, *Stupefacenti: nuove norme e "antiche" questioni*, in dir. pen. proc. 2009, 4, 407ss.; MANNA, *Problemi costituzionali e prospettive della detenzione, importazione e coltivazione di stupefacenti*, in giur. cost., 1982, 1986 ss.; ID., *Legislazione "simbolica" e diritto penale: a proposito del recente d.d.l. governativo, ormai definitivamente approvato, sugli stupefacenti*, in politica dir., 1990, 226; ID, *Gli effetti del referendum abrogativo sulla legislazione in materia di stupefacenti*, in dei delitti e delle pene, 1993, 2, 46 ss.; PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, Milano 2007, 1745 ss.; STORTONI, voce *Stupefacenti*, in nov. dig. it., 1971, XVIII, 573 ss.;

La prima normativa organica in materia di sostanze stupefacenti è stata introdotta nel nostro ordinamento dalla l. n. 1041/54.

Emanata per la repressione del traffico degli stupefacenti, era caratterizzata dalla previsione di un trattamento sanzionatorio *unitario* per le condotte di acquisto, vendita, cessione ed importazione delle sostanze, a prescindere dal quantitativo e dal tipo di droga detenuta.

Con il dilagare del fenomeno del commercio dei narcotici, il Legislatore ha sentito l'esigenza di dare un nuovo assetto sistematico alla materia, mediante la predeterminazione di una cornice edittale graduata in relazione alla quantità ed alla pericolosità per la salute del tipo di stupefacente.

Tale necessità è stata soddisfatta dalla l. n. 685/75, che ha sancito il principio della non punibilità per il detentore di modica quantità di droga per uso personale e non terapeutico.

La novella, evidentemente ispirata ad orientamenti ideologici antiproibizionisti, ha patito un riesame critico che ha condotto al varo in Parlamento della l. n. 162/90, la quale, modificando radicalmente la disciplina previgente, ha introdotto il divieto dell'uso personale di droghe e di qualsiasi impiego non autorizzato delle stesse.

Il sistema sanzionatorio dettagliato nel Testo Unico delle norme in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, emanato al fine di provvedere al coordinamento della normativa vigente in materia[2], ha trovato il suo fondamento nel criterio della "dose media giornaliera" e nella modulazione della risposta sanzionatoria attraverso la previsione di sanzioni amministrative e penali.

Il Testo Unico del 1990 si è caratterizzato per un notevole inasprimento sanzionatorio rispetto alla disciplina previgente.

Basti pensare che la comminatoria edittale relativa alle condotte connesse al traffico delle droghe c.d. pesanti è stata innalzata nel minimo da 1 a 8 anni di reclusione, mentre i limiti massimi sono stati elevati da 4 a 20 anni di reclusione. Per i dirigenti, gli organizzatori, i promotori, i finanziatori e per coloro che costituiscono associazioni finalizzate al traffico di sostanze stupefacenti, inoltre, è stato previsto un trattamento sanzionatorio più severo rispetto a quello predeterminato per i soggetti che ricoprono posizioni apicali all'interno di associazioni *ex* art. 416 *bis* c.p.

La quantità di droga e l'accertata finalità della condotta costituiva-

[2] Cfr. l'art. 37 della l. n. 162/90 che ha delegato il Governo ad emanare un *testo unico nel quale devono essere riunite e coordinate tra loro, e con le norme della presente legge, le disposizioni di cui alla legge n. 685/75, del d.l. n. 144/85, conv. l. n. 297/85, del d.l. n. 103/88, conv. l. n. 176/88 e del codice di procedura penale*.

no i criteri di riferimento per distinguere tra l'illecito amministrativo e quello penale; il primo si configurava qualora la condotta di acquisto, importazione o detenzione si realizzasse per uso esclusivamente personale dell'agente ed avesse ad oggetto quantitativi non superiori alla dose media giornaliera individuata dall'art. 78 D.P.R. 309/90. Integrava il reato, invece, la detenzione di sostanza stupefacente in quantità superiore alla dose media giornaliera, o la destinazione a terzi della stessa.

Il richiamo ad un parametro generale, non adattabile al singolo consumatore e il rinvio ad un atto amministrativo per la determinazione delle quantità di principio attivo costituenti il limite della dose media giornaliera sono state oggetto di molteplici questioni di legittimità costituzionale[3].

Soprattutto, la "dose media giornaliera" è apparsa strumento concettuale di scarsa consistenza scientifica ed assoluta rigidità applicativa, poiché lo sconfinamento dai valori predeterminati comportava per i tossicodipendenti la sottoposizione alle medesime sanzioni previste per i trafficanti, comportando, di fatto, un aumento dei detenuti tossicodipendenti[4].

Mentre la Corte Costituzionale, con tre sentenze[5] sostanzialmente analoghe, confermava la compatibilità del parametro della dose media giornaliera al sistema costituzionale, veniva proposto un *referendum* abrogativo, che ha segnato il superamento del criterio della dose media giornaliera quale discrimine tra le condotte di detenzione ed acquisto, aventi mera rilevanza amministrativa, e quelle penalmente rilevanti[6].

Il quadro delineato ha presentato alcune evidenti insufficienze.

L'eliminazione di un criterio oggettivo e predeterminato (la dose media giornaliera) e la costruzione di un sistema in cui la prova della destinazione a terzi, in assenza di flagranza, andava ricavata sulla base di elementi indiziari, frutto di una mera interpretazione giurisprudenziale, hanno favorito il rischio di un ingiustificato margine di eccessiva discrezionalità in capo all'autorità giudiziaria chiamata a pronunciarsi sulla vicenda.

Del pari, notevoli contrasti interpretativi aveva sollevato l'accertamento del dolo specifico della finalità di spaccio, che, a seguito del *referendum* del 1993, appariva l'unico spartiacque ai fini della rilevanza pe-

[3] Cfr., sul punto, PADOVANI (a cura di), *Leggi penali complementari*, cit., 1769; PISA, *Giurisprudenza commentata di diritto penale*, Padova 1995, 2, 454.

[4] In tal senso, GIORDANO-DI MATTEO, *Reati in materia di stupefacenti. Percorsi giurisprudenziali*, Milano 2008, 10 ss.

[5] C. Cost., sent. 11 luglio 1991, n. 333; C. Cost., sent. 27 marzo 1992, n. 131; C. Cost., sent. n1 luglio 1992, n. 308.

[6] Così, PALAZZO, *Consumo e traffico degli stipe facenti*, Padova 1994, 40.

nale o amministrativa delle condotte di detenzione di cui all'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90.

È per colmare queste lacune che si spiega la novella del 2006.

L'attuale previsione legislativa, in applicazione dei principi costituzionali di tutela della salute e di tutela dell'ordine pubblico, contempla un sistema di sanzioni amministrative, stabilite per il consumo personale di stupefacenti, ed uno di pene per una pluralità di condotte attinenti alla circolazione delle sostanze medesime.

In particolare, rilevano in questa prospettiva il complessivo ampliamento della sfera delle condotte penalmente rilevanti, dovuto alla parificazione tra droghe leggere e droghe pesanti[7].

Alle sei tabelle prima contemplate, se ne contrappongono due: la prima riguarda, senza distinzioni interne, le droghe pesanti e quelle leggere; la seconda raggruppa, in cinque distinte sezioni, i medicinali che possono divenire oggetto di abusi, avendo attitudine ad indurre dipendenza fisica e psichica.

[7] Sottolinea la illegittimità costituzionale, per violazione degli artt. 3 Cost. e 49, c. 2, Cost. europea, della equiparazione tra droghe leggere e droghe pesanti MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, in d. pen. proc. 2006, 7, 835 ss., secondo cui *l'equiparazione prevista dalla legge in commento tra droghe leggere e droghe pesanti rischia paradossalmente di determinare effetti criminogeni, inducendo davvero questa volta da un lato il consumatore di marijana, hashish e loro derivati a passare agli oppiacei, e dall'altro favorendo inevitabilmente il mercato dell'eroina o della cocaina, in quanto più vantaggioso di quello delle droghe c.d. leggere. Ma ciò che preme sottolineare è l'illegittimità costituzionale di tale equiparazione, per violazione del principio di proporzionalità della pena rispetto alla gravità del fatto commesso: art. II-49 della Costituzione europea e del principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 comma 1 Cost., che in relazione alle norme incriminatrici vieta la previsione di un medesimo trattamento sanzionatorio per illeciti caratterizzati da un differente disvalore e, quindi, da una diversa carica lesiva nei confronti del bene protetto. Le medesime condotte di produzione, traffico, detenzione illecita di sostanze stupefacenti si connotano di un disvalore radicalmente diverso a seconda della natura dello stupefacente che ne sia oggetto. Mentre, infatti, le droghe c.d. pesanti, in ragione della loro idoneità a determinare effetti pregiudizievoli sul sistema nervoso centrale dell'assuntore, presentano una marcata pericolosità (e, quindi, una incisiva idoneità lesiva) nei confronti del bene finale protetto dalle norme in questione (ovvero la salute psico-fisica individuale), non altrettanto è a dirsi per le c.d. droghe leggere, che non determinano alcuno di questi effetti sulle condizioni di salute psico-fisica dell'assuntore. Ne consegue, quindi, come la previsione della medesima comminatoria edittale, stabilita dalla legge in esame, per le condotte aventi ad oggetto queste due diverse categorie di sostanze appaia del tutto irragionevole, tale pertanto da determinare un inammissibile vulnus al principio di eguaglianza-ragionevezza, di cui all'art. 3 comma 1 cost…. il principio si coniuga con l'art. 27 comma 3 Cost….appare evidente come l'equiparazione quod poenam, realizzata dalla legge in esame, tra condotte caratterizzate da un disvalore del tutto incommensurabile in ragione della diversa pericolosità per la salute psico-fisica individuale, della sostanza stupefacente prodotta, trafficata o detenuta illecitamente (nei termini di cui all'art. 73, comma 1-bis t.u.l.stup.) determina un inammissibile vulnus al principio di eguaglianza, sub specie della ragionevolezza, di cui all'art. 3 comma 1 Cost.*

Lo scopo evidente del legislatore del 2006 è quello di distinguere con nettezza le sostanze psicotrope e stupefacenti che non trovano nessun impiego terapeutico, dai "medicinali" aventi impiego terapeutico, registrati nel nostro Paese, pur se a base di narcotici.

La distinzione in due tabelle soltanto è proprio finalizzata ad evitare, almeno in teoria, confusione ed incertezze tra le due categorie, fornendo all'operatore una linea di demarcazione il più possibile chiara[8].

Tale assimilazione è stata motivata, nella relazione di accompagnamento al progetto di legge governativo, dall'esigenza di aderire "alle più recenti ed accreditate conclusioni della scienza tossicologica", secondo cui il principio attivo presente in alcune sostanze stupefacenti è "incomparabilmente" maggiore che in passato.

Si è distinto, quanto al trattamento sanzionatorio, tra le sostanze vietate di cui alla tabella I e quelle medicinali incluse nella tabella II.

Tra queste ultime, un regime di maggior rigore è configurato solo per quelle di cui alle sezioni A, B e C, maggiormente pericolose per gli effetti di abuso che ne possono derivare.

Più precisamente, per tutte queste sostanze medicinali, è configurata come reato l'attuazione di una condotta di spaccio, o, comunque, di destinazione a terzi, così come per le sostanze *tout court* vietate di cui alla tabella I; solo le sostanze di cui alla sezione A sono, poi, sostanzialmente parificate al trattamento delle sostanze vietate di cui alla tabella I, anche per quanto attiene la mera detenzione, nel caso in cui il quantitativo risulti esorbitante rispetto a quello legittimamente prescritto dal sanitario.

Venendo alle singole specie delittuose, prima delle recenti modifiche, le fattispecie criminose di cui all'art. 73 T. U. stup. erano articolate in due gruppi omologhi, formati da ipotesi del tutto sovrapponibili, salvo per la tipologia delle sostanze oggetto del reato: la natura di droghe pesanti, di cui alle tabelle I e III, ovvero di droghe leggere, di cui alle tabelle II e IV, delle sostanze detenute portava all'integrazione delle ipotesi dell'uno o dell'altro gruppo.

La principale fattispecie di reato, delineata con riguardo alle sostanze narcotiche pesanti, consisteva nel compimento di attività di produzione e commercio in assenza di autorizzazione amministrativa.

Il c. 4 dell'art. 73 D.P.R. 309/90 affiancava alle condotte tipizzate descritte, la corrispondente ipotesi concernente le droghe leggere, più lievemente sanzionata.

[8] In tal senso, RIONDATO (a cura di), *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, Padova 2006, 1 ss.

Per compensare l'oggettivo aggravamento del trattamento sanzionatorio, derivante dal nuovo assetto normativo per la detenzione di droghe leggere, il Legislatore ha ridotto i minimi edittali dell'originaria formulazione dell'art. 73, c. 1, T.U. stup. così da consentire al giudice la facoltà di applicare la sanzione in modo adeguato, e ciò con attenzione proprio anche alla natura della sostanza oggetto della condotta incriminata.

Nella medesima prospettiva, è intervenuto sulla circostanza attenuante del fatto di lieve entità, introducendo la possibilità di applicare, anziché la pena detentiva e pecuniaria, quella del lavoro sostitutivo (art. 73, c. 5 *bis*, D.P.R. 309/90)[9].

Delle ulteriori modifiche apportate dalla l. 49/06 alla fattispecie sancita dall'art. 73 T.U. stup., tra le più rilevanti vi è quella per la quale le condotte di importazione, esportazione, ricezione e detenzione, separatamente considerate nel c. 1 *bis*, vengono assoggettate alle pene previste dal c. 1 quando, per la qualità, o per le modalità di presentazione delle sostanze, avuto riguardo al peso lordo complessivo, o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, le stesse appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale.

Sembra questa la vera novità della riforma, perseguita attraverso la tipizzazione dei criteri indiziari utilizzati in giurisprudenza per fondare un giudizio positivo di sussistenza del reato di cui all'art. 73 D.P.R. 309/90, rispetto a quelle condotte di per sé non qualificate oggettivamente dalla destinazione a terzi.

È stata mantenuta, inoltre, la previsione attenuata, già contemplata nell'art. 73, c. 5, T.U. stup., legata alla lieve entità del fatto.

Con riferimento a tali ipotesi, mediante l'introduzione del c. 5 *bis* all'interno dell'art. 73 D.P.R. 309/90, è stata ampliata l'applicazione della sanzione del lavoro di pubblica utilità, nei casi in cui non è possibile concedere la sospensione condizionale della pena.

[9]Poiché le fattispecie di cui agli originari commi 1 e 4 dell'art. 73 configuravano due distinte fattispecie criminose, chi veniva trovato in possesso di droghe pesanti e di droghe leggere rispondeva di due diversi reati, uniti sotto il vincolo della continuazione. Sparita la distinzione sanzionatoria fondata sul tipo di sostanza, ora una condotta di tal genere integra un unico reato, dovendosi tenere conto della quantità complessiva dei narcotici detenuti solo ai fini del computo della pena. Il trattamento sanzionatorio può risultare ora, a parità di condizioni, più attenuato proprio perché non trova più applicazione l'istituto della continuazione, che, pur ispirato al *favor rei*, finisce pur sempre con il determinare, in ragione della pluralità dei reati in contestazione, un aumento della pena base prevista per quello più grave.

Per una disamina sulle modifiche normative apportate dalla novella del 2006 al Testo Unico in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope, cfr. Amato, *Parificate le sostanze leggere e pesanti*, in g. dir. 2006, 12, 73 ss.

Del tutto nuovo, inoltre, è il meccanismo delle misure interdittive introdotte dall'art. 75 *bis*, che prescrive: la sospensione della patente di guida, o il divieto di conseguirla; la sospensione della licenza di porto d'armi, o il divieto di conseguirlo; la sospensione del passaporto e di ogni documento equipollente, o il divieto di conseguirlo; la sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo, o il divieto di conseguirlo qualora si tratti di cittadino extracomunitario.

Le misure in parola vengono applicate dal prefetto, ma con il necessario intervento del giudice di pace, che deve convalidare il provvedimento. Il meccanismo è destinato ad operare non soltanto nei confronti del trasgressore recidivo, ma anche nei confronti di colui il quale abbia tenuto la condotta di cui all'art. 75 D.P.R. 309/90 con modalità oggettive e soggettive, o in circostanze tali da poter creare pericolo per la sicurezza pubblica[10].

Da ultimo, giova sottolineare che la novella del 2006 ha riguardato anche altri settori della disciplina.

Si pensi al settore del recupero, in cui, con una scelta totalmente innovativa, viene configurata una sostanziale parificazione delle strutture private a quelle pubbliche, attribuendosi alle prime persino la competenza a certificare lo stato di tossicodipendenza; alle modifiche introdotte nella fase dell'esecuzione della pena detentiva nei confronti del detenuto tossicodipendente, con un significativo ampliamento dell'ambito di operatività degli istituti della sospensione dell'esecuzione della pena detentiva e dell'affidamento in prova, ispirate ad accentuarne l'utilizzo per favorire e/o premiare il recupero e la riabilitazione; alle incisive modifiche che caratterizzano anche la disciplina dei poteri investigativi attribuiti alla polizia giudiziaria in tema di acquisto simulato di sostanze stupefacenti.

In particolare, l'art. 89 T. U. stup. prevede, in materia di misure cautelari personali, regole che derogano alla disciplina ordinaria, di cui agli artt. 273 ss. c.p.p., al fine di favorire il recupero e la riabilitazione dell'assuntore di narcotici, in coerente applicazione dei principi di adeguatezza e proporzionalità delle misure cautelari sanciti dall'art. 275 c.p.p.

Nell'ottica del bilanciamento delle esigenze di tutela della sicurezza pubblica e della salute del tossicodipendente, la nuova disciplina normativa, da una parte, pone dei limiti all'applicabilità o al mantenimento della custodia cautelare carceraria, per favorire al meglio l'esito positivo del programma terapeutico di recupero; dall'altra, esclude la frui-

[10] Così, Amato, *Il giudice di pace per le misure interdittive*, in g. dir. 2006, 12, 97; Padovani (a cura di), *Leggi penali complementari*, cit. 1771.

zione della disciplina di favore in ragione della natura particolarmente grave dei reati per cui si procede (contenuti nell'elenco di cui all'art. 4 *bis* o.p., fatta eccezione per i reati di rapina ed estorsione aggravati, in quanto trattasi dei delitti più frequentemente commessi dai tossicodipendenti, purchè non siano ravvisabili elementi di collegamento con la criminalità organizzata, o eversiva), o dell'accertata sussistenza di esigenze cautelari di particolare spessore.

Sul versante dell'esecuzione penale, l'art. 90 D.P.R. 309/90 prescrive la possibilità per il Tribunale di Sorveglianza di sospendere l'esecuzione della pena qualora risulti che il condannato si sia sottoposto, con esito positivo, ad un programma terapeutico e socio-riabilitativo.

L'ambito di applicazione del beneficio appare ristretto, sotto il profilo soggettivo, ma ampliato sotto quello soggettivo, rispetto alla normativa previgente.

La sospensione condizionale della pena viene consentita, infatti, esclusivamente nei confronti del condannato tossicodipendente che abbia già concluso il programma di riabilitazione, e, quindi, presumibilmente, sia uscito dallo stato di dipendenza, e non anche nei confronti di coloro che abbiano in corso, o abbiano intenzione di sottoporsi, ad interventi di recupero.

Dal punto di vista oggettivo, la nuova disciplina consente l'applicazione della sospensione condizionale della pena in tre ipotesi: pena non superiore a sei anni, anche se residua di una maggiore condanna, o congiunta a pena pecuniaria, per i reati commessi in relazione allo stato di tossicodipendenza; pena detentiva non superiore, anche *de residuo*, a quattro anni, se relativa a titolo esecutivo comprendente reato di cui all'art. 4 *bis* della legge 354/75; pena pecuniaria di qualsiasi ammontare.

Il novellato dettato normativo prevede, inoltre, che il Tribunale di Sorveglianza, tenuto conto della durata delle limitazioni e prescrizioni alle quali l'interessato si sia spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare, in sede di applicazione del beneficio, una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione[11].

L'art. 94 T.U. stup., infine, sancisce la possibilità per il condannato,

[11] L'innovazione ha suscitato perplessità nella dottrina, cfr., sul punto, FIORENTIN, *Pena sospesa se il soggetto è recuperato,* in g. dir. 2006, 12, 110, il quale osserva come la previsione introduca una evidente illogicità nel sistema. *La disposizione prevede, infatti, che il giudice di sorveglianza possa valutare il comportamento del condannato posto in essere anteriormente all'applicazione della misura, al fine di stabilire una durata minore del periodo di sospensione della pena; mentre non è consentito un analogo scrutinio della condotta realizzata nel corso del beneficio, ai fini della graduazione degli effetti della revoca della misura (come accade, ad es., nell'ipotesi di revoca dell'affidamento in prova ordinario).*

che abbia in corso, o intenda sottoporsi, ad un programma terapeutico, di ottenere la sospensione dell'esecuzione della pena, qualora questa sia non superiore a sei anni, o quattro anni se relativa a titolo esecutivo concernente reato di cui all'art. 4 bis o.p.

L'istanza dell'interessato può essere formulata in qualsiasi momento, quindi, sia prima che la pena abbia avuto concreta esecuzione, sia ad esecuzione già avviata.

In questo secondo caso, il c. 2 dell'art. 94 l. stup. prevede la competenza del magistrato di sorveglianza, il quale, ricorrendo le condizioni previste, può disporre l'applicazione provvisoria della misura alternativa.

Il potere attribuito al magistrato di sorveglianza dalla nuova versione del'art. 94, c. 2, D.P.R. 309/90 si discosta dalle attribuzioni in tema di scarcerazione provvisoria, di competenza del P.M., ai sensi del previgente art. 94[12].

La nuova disciplina consente al magistrato di sorveglianza, infatti, in riferimento alle domande formulate da condannati in stato detentivo, una valutazione di merito e discrezionale sulla sussistenza dei presupposti sostanziali di concedibilità dell'istanza, sull'esistenza del grave pregiudizio che il protrarsi dell'esecuzione causerebbe all'interessato, nonché sulla sussistenza del pericolo di fuga.

Le disposizioni della riforma hanno ampliato, sotto il profilo oggettivo, le condizioni per la concessione della misura con riferimento alla condanna in esecuzione, in senso analogo, sotto il profilo del *quantum* di pena, all'istituto della sospensione della pena.

Da un combinato disposto della norma in esame con l'art. 90 D.P.R. 309/90, si desume che il beneficio non possa essere concesso in rapporto alla sola pena pecuniaria, di qualsiasi ammontare essa sia, mentre è ammessa l'applicazione della misura a pena detentiva congiunta a quella pecuniaria.

L'art. 94, c. 4, T.U. stup. novellato integra il contenuto obbligatorio delle prescrizioni imposte al condannato ammesso al beneficio, inserendovi quelle che determinano le modalità di esecuzione del programma, nonché quelle prescrizioni e quelle forme di controllo idonee ad accertare che il tossicodipendente inizi immediatamente o prosegua il programma di recupero.

L'espiazione della pena si considera iniziata dalla data del verbale

[12] L'orientamento maggioritario della Cassazione riconosceva al P.M. la funzione di controllo di mera legittimità formale degli atti. Cfr., tra le altre, Cass., sez. I, 17 gennaio 1995, *Fedele* e Cass., sez. I, 26 marzo 2004, *Di Martino*.

di affidamento, tuttavia, qualora il programma terapeutico al momento della decisione risulti già positivamente in corso, il tribunale, tenuto conto della durata delle limitazioni alle quali l'interessato si è spontaneamente sottoposto e del suo comportamento, può determinare una diversa, più favorevole data di decorrenza dell'esecuzione.

È accentuata, infine, nella nuova disciplina, la sostanziale differenza tra gli istituti della sospensione della pena e dell'affidamento in prova.

L'attualità dello stato di tossicodipendenza, necessario ai fini della misura di cui all'art. 94 D.P.R. 309/90, è ostativo nel caso della concessione del beneficio di cui all'art. 90 T. U. Stup.

Lo stato di tossicodipendenza attuale al momento dell'istanza costituisce condizione essenziale per la concessione del beneficio dell'affidamento in casi particolari, ed, al contempo, è causa di inammissibilità dell'istanza di sospensione della pena (che presuppone la conclusione positiva del programma di recupero).

Da ciò discende la impossibilità di sovrapposizione dei due istituti[13].

## 2. *Il reato di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti*

L'art. 4 *bis* della l. n. 49/06 ha profondamente mutato il delitto di produzione e traffico di sostanze stupefacenti e psicotrope.

Il nuovo sistema tabellare e l'introduzione di limiti quantitativi massimi, rivolti ad eliminare alcuni profili di incertezza che avevano caratterizzato il *discrimen* tra condotte penalmente rilevanti e quelle di mero illecito amministrativo, dimostrano come l'intervento del Legislatore abbia avuto quale obiettivo l'inclusione, nell'area del penalmente rilevante, della figura *borderline* del piccolo spacciatore[14].

[13] Per un'attenta disamina delle innovazioni introdotte dalla l. 49/06 alla disciplina in tema di sospensione condizionale della pena ed affidamento in prova, cfr. FIORENTIN, *Pena sospesa se il soggetto è recuperato*, cit. 107 ss.

[14] In questi termini, ZANCANI, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di Riondato, cit., 18, il quale sottolinea come *non tutte le modifiche sono, tuttavia, coerenti con l'ispirazione neoproibizionista della riforma: a fronte di un notevole aumento delle pene previste per le condotte commesse sulle c.d. droghe leggere (vecchia tabella II), la novella ha condotto ad un significativo abbassamento delle pene detentive previste per il traffico e la produzione illecita delle c.d. droghe pesanti (vecchia I tabella) e sui farmaci già compresi nella vecchia tabella III. Siffatto abbattimento delle pene, in un momento di forte allarme sociale per l'ingravescente diffusione del consumo della cocaina e delle droghe sintetiche, rappresenta la più eclatante (ma non unica) manifestazione della discrasia che pervade la riforma e, più in generale, della mancanza di ponderate e coerenti scelte di politica criminale da parte del legislatore del 2006.*

La riforma dell'art. 73 T. U. stup. non ha modificato il catalogo delle condotte punite, ma ha distinto, in due diversi commi, le ipotesi delittuose già previste dalla norma di vecchio conio: il comma 1 comprende le condotte di coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione, vendita, offerta e messa in vendita, cessione, distribuzione, commercio, trasporto, invio, passaggio o spedizione in transito, nonché il procurare ed il consegnare per qualunque scopo, sostanze narcotiche senza l'autorizzazione di cui all'art. 7 D.P.R. 309/90; le condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione non autorizzate, nonché l'illecita detenzione[15] sono state inserite nel nuovo comma 1 *bis*.

La scelta di suddividere in due commi le varie ipotesi criminose non ha alterato la struttura a fattispecie alternative che caratterizzava la norma previgente: la pluralità di condotte, anche se tipizzate in due diversi commi, non dà luogo a concorso formale di reati quando si realizzi nel medesimo contesto e riguardi lo stesso oggetto materiale; soltanto laddove le azioni siano distinte sul piano ontologico, cronologico e psicologico si configura una pluralità di reati, materialmente concorrenti ed eventualmente avvinti dal vincolo della continuazione.

Rispetto alla disciplina pregressa, le condotte depenalizzabili, in caso di finalità esclusivamente personale, sono state estese alla ricezione ed alla esportazione, in quanto ritenute immediatamente antecedenti all'uso personale ed appartenenti alla medesima area di contiguità rispetto al consumo che caratterizzerebbe quelle di acquisto, importazione e detenzione[16].

È rimasto, dunque, un doppio binario di incriminazione.

Superata la tradizionale distinzione basata sugli effetti tossicomanici delle singole sostanze, i diversi ambiti di rilevanza penale sono oggi distinti a seconda dell'utilizzabilità, o meno, della droga a fini terapeutici.

I delitti puniti dall'art. 73, cc. 1 e 1 *bis*, lett. a), D.P.R. 309/90 riguardano le condotte commesse in relazione a sostanze stupefacenti o psicotrope cui non venga riconosciuto alcun uso terapeutico; i delitti previsti dall'art. 73, c. 4, T.U.stup., invece, riguardano i medicinali a base di narcotici che siano suscettibili di impiego terapeutico.

[15] Per la configurabilità del reato di detenzione di sostanze stupefacenti non è necessario che la medesima abbia una certa durata nel tempo, atteso che la norma incriminatrice prescinde totalmente dall'elemento temporale, purchè la detenzione sia cosciente e volontaria e corredata, sul piano soggettivo, dall'*animus detinendi* e, sul piano oggettivo, dalla concreta e materiale disponibilità – sia essa autonoma o non autonoma, qualificata o non qualificata – della *res illicita*, a nulla rilevando la durata del rapporto tra il soggetto e la cosa.

[16] Cfr. C. Cost., sent. n. 296/96, in cass. pen. 1997, 7, ed in riv. it. med. leg. 1997, 169, con nota di Barini, *Cessione gratuita e uso personale di droga, due condotte non assimilabili!*.

In tale prospettiva, la nuova collocazione delle droghe leggere nella "nuova" tabella I rappresenta una delle novità che maggiormente caratterizzano l'intera novella, non solo per l'equiparazione neoproibizionistica della *cannabis* a sostanze sinora considerate molto più pericolose[17]. La riforma, infatti, non si è risolta in un mero aggravamento delle pene previste per le condotte riguardanti i narcotici leggeri, ma ha inteso escludere, quantomeno in linea di principio, ogni dignità terapeutica a *cannabis* e derivati[18].

Passando all'analisi delle singole ipotesi criminose, il delitto descritto nel primo comma dell'art. 73 T. U. stup. integra una fattispecie di reato di pura condotta, in quanto per la sua consumazione non è richiesto il verificarsi di un evento in senso naturalistico, essendo sufficiente la messa in pericolo del bene giuridico protetto dalla norma.

Si tratta di un reato a condotta multipla: le singole condotte elencate dal Legislatore sono previste tutte come possibili alternative modalità esecutive dello stesso reato.

L'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 73 l. stup. rappresenta la novità più significativa introdotta dalla novella del 2006.

Tale disposizione normativa disciplina una fattispecie di detenzione, a fini non esclusivamente personali, suscettibile di realizzazione secondo modalità alternative: la detenzione di stupefacenti, la cui destinazione a terzi possa evincersi dalle modalità di presentazione della sostanza e, quindi, dal peso lordo complessivo, o dal confezionamento frazionato, ovvero da altre circostanze dell'azione; e l'ipotesi di detenzione di narcotici contenenti una percentuale di principio attivo superiore alla quantità massima prevista dal decreto del Ministero della salute.

La *ratio* della previsione legislativa, autonoma rispetto a quella di cui al primo comma, si ravvisa nel tentativo di isolare le condotte che possano assumere carattere di mera illiceità amministrativa, ove commesse con finalità di consumo esclusivamente personale[19].

[17] La Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di costituzionalità del nuovo testo dell'art. 73 T. U. stup., in relazione all'art. 3 Cost., per la prevista sottoposizione al medesimo trattamento sanzionatorio delle condotte aventi ad oggetto droghe pesanti e droghe leggere, in quanto *tale assimilazione, frutto di una scelta discrezionale del legislatore, fondata sull'adesione all'opinione scientifica per la quale tutte le droghe producono effetti gravi, non è irragionevole.* Cfr. C. Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, *Frazzitta*, in c.e.d. cass. n. 240853.

[18] Cfr., sul punto, Zancani, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di Riondato, cit., 22.

[19] Cfr., sul punto, Zancani, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura

La nuova disposizione normativa ha, in sostanza, inserito nella fattispecie incriminatrice, "normativizzandoli", alcuni dei parametri già utilizzati dalla giurisprudenza, *ante* riforma, per fondare un giudizio positivo di sussistenza del reato *ex* art. 73, c.1, D.P.R. 309/90 e, dunque, per escludere la finalità dell'uso personale[20].

Ai fini dell'inquadramento dogmatico, le maggiori problematiche, anche sul piano meramente descrittivo della condotta di detenzione, si registrano in merito alla configurabilità della condotta di detenzione in relazione alla destinazione dello stupefacente.

Pare opportuno procedere all'analisi del criterio quantitativo, inerente al principio attivo contenuto nel narcotico, tipizzato nell'art. 73 T. U. stup., nonché dei rapporti tra i diversi parametri delineati dal legislatore.

Larga parte di dottrina ha riconosciuto a tutti gli indici di cui alla norma in esame valenza meramente probatoria[21].

Si è affermato, più in particolare, che la novella del 2006 non ha in alcun modo modificato la struttura del reato, che prevede la destinazione ad uso non esclusivamente personale quale elemento costitutivo del

di Riondato, cit., 26 ss. : "*La struttura di queste ipotesi delittuose si fonda su un elemento costitutivo di tipo negativo (la non destinazione delle sostanze ad un uso esclusivamente personale), il quale – per quanto caratterizzato da parametri di valutazione tipicizzati – finisce con l'esprimere, comunque, una tendenziale esclusione dall'ambito di penale rilevanza delle condotte finalizzate al consumo personale. Per come è stata ricostruita la fattispecie incriminatrice, infatti, la destinazione delle sostanze stupefacenti illecitamente detenute, acquistate, ricevute, importate ed esportate (e, dunque, la finalità delle condotte medesime) rappresenta – ancora oggi – la discriminante tra delitti ed illeciti amministrativi. Non solo: per quanto il legislatore abbia inteso formalizzare il giudizio sulla destinazione delle sostanze attraverso taluni coefficienti oggettivi tipici (limiti massimi ministeriali, modalità di presentazione e circostanze dell'azione), la rilevanza – penale o amministrativa – della fattispecie concreta rimane incardinata sull'elemento soggettivo e risulta, dunque, legata ad una valutazione discrezionale del giudice in ordine al particolare dolo specifico del reo. Molto più coerente con l'impostazione neoproibizionista è la disciplina delle condotte commesse in relazione ai medicinali. Il limite è quantitativo ed è fissato dalla prescrizione medica: si tratta di un limite squisitamente oggettivo del tutto indifferente alla destinazione dei medicinali in eccesso rispetto alla indicazione medica. La cornice di tipicità è del tutto indifferente rispetto alla finalità delle condotte: l'elemento soggettivo rileva esclusivamente in caso di errore sul fatto che il medicinale sia in eccedenza rispetto al quantitativo prescritto, secondo la normale disciplina prevista dall'art. 47 c.p.*".

[20] Cfr., per tutti, Amato, *Per gli indizi della giurisprudenza arriva la "promozione" a norma*, cit., 69 ss.; Grillo, *Stupefacenti: nuove norme e "antiche" questioni*, cit. 407 ss.

[21] Così, tra gli altri, Amato, *Soglie presuntive per individuare l'illecito, in g. dir. 2006, 12, 78 ss.*; Id, *Parametri di fonte amministrativa contro le metamorfosi del mercato, ibidem*, 19, 24 ss; Grillo, *Stupefacenti: nuove norme e "antiche" questioni*, cit., 410; Zancani, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di Riondato, cit., 27 ss. Per un'ampia trattazione dei contrasti dottrinari sul punto, cfr. Giordano-Di Matteo, *Reati in materia di stupefacenti. Percorsi giurisprudenziali*, cit., 145 ss.

reato, e che da tale dato discende l'onere di fornire la prova della destinazione a terzi dello stupefacente a carico dell'accusa.

Per tale ragione, il criterio quantitativo assume solo valore probatorio, potendo, al più, discutersi se si tratti di presunzione assoluta, o relativa, o, comunque, ritenersi che il criterio quantitativo, rispetto agli altri indici contemplati nella norma, possieda una rafforzata valenza probatoria.

Secondo la prima impostazione, il superamento dei valori indicati nella tabella costituiscono una presunzione assoluta: indice del rilievo esaustivo del dato ponderale della sostanza stupefacente è proprio la normativizzazione del parametro quantitativo.

In caso di detenzione di droga in quantità superiori a quelli indicate nella tabella ministeriale, di conseguenza, anche ove siano assenti altri indici sintomatici dello spaccio, è presunta la destinazione del narcotico ad uso non personale del detentore, con conseguente integrazione del reato. Secondo l'interpretazione che attribuisce ai parametri in esame natura probatoria c.d. relativa, la norma, per come formulata, non prevede in alcun modo che il mero superamento dei limiti massimi ministeriali possa comportare, automaticamente, la penale rilevanza della condotta di detenzione.

L'eccesso, rispetto ai limiti massimi, rappresenta esclusivamente un indice sintomatico della destinazione al commercio della sostanza, in quanto la norma incriminatrice, individuando ulteriori elementi da cui poter ricavare la finalità di traffico della condotta, non attribuisce ad alcuno dei criteri il carattere di esclusività, né, tantomeno, di decisività.

Qualora la volontà del Legislatore fosse stata effettivamente quella di attribuire al dato quantitativo il valore di presunzione assoluta, la norma avrebbe seccamente contemplato la punibilità delle condotte di detenzione di quantitativi superiori al limite fissato in tabella, come avviene nel contiguo comma 1 *bis*, lett. b) dell'art. 73 T. U. stup., che sancisce la configurabilità del reato quando i medicinali siano detenuti in quantità superiore rispetto a quella prescritta, senza che vi sia spazio per una prova liberatoria.

In altri termini, giacchè per la maggior parte delle sostanze narcotiche non è fissato alcun limite massimo di sostanze detenibili, gli indici tipizzati nell'art. 73, c. 1 *bis*, lett. a) non concorrono a delineare il fatto tipico, ma hanno natura e scopi meramente processuali.

L'utilizzo del verbo *apparire*, riferito alla destinazione della droga, del resto, dimostra che alla base della ritenuta integrazione del reato vi debba essere sempre un apprezzamento dell'interprete che, utilizzando anche i criteri indiziari, potrà affermare la destinazione del narcotico all'uso non esclusivamente personale.

Il confine tra delitto ed illecito amministrativo resta, dunque, affidato ad una valutazione complessiva del fatto ad opera del giudice: la norma non esclude che, in presenza di stupefacente in quantitativo eccedente i limiti massimi ministeriali, conservato in modo frazionato, si possa ritenere che, alla luce delle altre circostanze del fatto e della persona del reo, la sostanza *appaia* comunque destinata ad un uso esclusivamente personale e che tale condotta abbia, di conseguenza, rilevanza meramente amministrativa[22].

Parte minoritaria di dottrina[23] fornisce un'altra lettura degli indici di cui all'art. 73, c. 1 *bis*, lett. a), D.P.R. 309/90, secondo cui il criterio quantitativo rappresenterebbe una condizione di punibilità intrinseca, che attribuisce rilevanza penale, anziché amministrativa, alle ipotesi di detenzione, il cui fine non esclusivamente personale sia dimostrato dal superamento della soglia quantitativa massima di principio attivo, previsto dal decreto interministeriale.

In quanto elemento costitutivo di fattispecie, in forma di condizione obiettiva di punibilità intrinseca, il menzionato criterio quantitativo risponderebbe ad una *ratio essendi*, non *probandi*; avrebbe, in altri termini, funzione costitutiva e denotativa del requisito della destinazione a fini non esclusivamente personali della sostanza detenuta, non rappresentando un mero parametro indiziario.

L'estensione della sfera di rilevanza penale della condotta di detenzione illecita, conseguente alla predeterminazione di limiti quantitativi massimi di principio attivo detenibile, assolve, secondo tale orientamento, ad una funzione fortemente repressiva, generalpreventiva e performativa del disvalore attribuito dal Legislatore anche al mero consumo di qualsiasi tipo di droga, se solo contenente una quantità di principio

[22] Cfr., sul punto, AMATO, ult. loc. cit., secondo cui la previsione di soglie quantitative porrebbe una apprezzabile presunzione relativa della finalità di spaccio, per superare la quale l'interessato sarebbe tenuto ad assolvere ad un rigoroso onere di allegazione di elementi giustificativi atti a superare il compendio probatorio a carico, desumibile dal superamento dei valori soglia quantitativi.

[23] Cfr., per tutti, MANNA, *La nuova disciplina in tema di stupefacenti ed i principi costituzionali in materia penale*, cit., 829 ss. , il quale osserva come il nuovo dettato normativo violi il principio di riserva di legge *nella misura in cui il nuovo testo dell'art. 73, c. 1 bis, t.u.l.stup. rimette all'esecutivo (mediante un decreto interministeriale), la determinazione di un elemento costitutivo della fattispecie (la dose quantitativa massima di principio attivo detenibile) e non già di un aspetto tecnico meramente integrativo del precetto…l'art. 73 comma 1 bis t.u.l.stup. contiene un precetto "in bianco", destinato ad essere definito dal decreto interministeriale approvato successivamente alla emanazione della stessa legge in esame, in relazione ad un requisito costitutivo della fattispecie (e dunque non ad un mero elemento normativo), quale la condizione obiettiva di punibilità, individuata dalla soglia quantitativa della percentuale massima di principio attivo detenibile.*

attivo superiore ai limiti ministeriali.

Aderisce all'impostazione secondo cui gli indici tipizzati nell'art. 73 c. 1 *bis* abbiano valenza probatoria la giurisprudenza di legittimità[24].

Come la Corte di Cassazione non ha mancato di sottolineare, l'introduzione del comma 1 *bis* nell'art. 73 D.P.R. 309/90 non ha comportato cambiamenti, sul piano della rilevanza penale, in ordine all'accertamento della detenzione a scopo di commercio delle droghe, in quanto i parametri tipizzati già in passato venivano giudiziariamente impiegati per stabilire la destinazione della sostanza detenuta; si tratta, quindi, di meri criteri probatori idonei ad orientare la valutazione del giudice. E', dunque, semplicemente regolamentato uno degli elementi indiziari – il cd. quantitativo soglia – utile per valutare la destinazione al fine di spaccio o all'impiego personale della droga detenuta.

Il superamento dei limiti quantitativi fissati nel decreto ministeriale, inoltre, non comporta una presunzione assoluta di detenzione a fini di spaccio della sostanza stupefacente, ma costituisce soltanto un elemento sintomatico di tale finalità.

Ai fini dell'affermazione della penale responsabilità, di conseguenza, non è sufficiente il superamento dei limiti ponderali, essendo necessario, nei casi in cui il mero dato ponderale non sia tale da giustificare inequivocabilmente la finalità del commercio della sostanza, che il giudice prenda in considerazione anche le modalità di presentazione, il peso lordo complessivo, il confezionamento eventualmente frazionato ed ogni altra circostanza dell'azione che possa risultare significativa della destinazione a terzi[25].

[24] Cfr. Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, *Pagliaro*, in c.e.d. cass. n. 239962; Cass., sez. VI, 29 gennaio 2008, *Cortucci*, in c.e.d. cass. n. 239932; Cass., sez. VI, 1 ottoobre 2008, *Rotundo*, in c.e.d. cass. n. 241522, secondo cui *i tre parametri della quantità, delle modalità di presentazione e delle altre circostanze dell'azione non devono ritenersi reciprocamente autonomi, ciò che renderebbe sufficiente l'accertamento di uno solo di essi perché la condotta di detenzione divenga penalmente rilevante, in quanto l'oggetto dell'accertamento penale resta esclusivamente quello di una detenzione destinata ad un uso non esclusivamente personale. Pur in presenza di quantità o di modalità di presentazione, di per sé tali da autorizzare l'ipotesi di una destinazione ad un uso non esclusivamente personale, tale ipotesi può ben essere smentita sulla base di altre circostanze dell'azione, potendo, ad esempio, risultare accertato indiscutibilmente che il detentore, forte consumatore di droga, era solito acquistarla in quantitativi non modesti, frazionatamente preconfezionati.*

[25] Cfr. sul punto, C. Cass., sez. IV, 17 dicembre 2007, *Pagliaro*, cit.; C. Cass., sez. IV, 21 maggio 2008, *Frazzitta*, in g. dir. 2008, 26, 101; C. Cass. S.U., 22 febbraio 2007, *Morea*, in d. pen. proc. 2007, 27, 58. Cfr., inoltre, C. Cass., S.U., 20 dicembre 2007, n. 47472, secondo cui *in tema di spaccio di stupefacenti, non rileva il mancato superamento della dose media giornaliera, ma la circostanza che l'eroina spacciata abbia sicuro effetto drogante per la singola assunzione dello stupefacente* e *l'accertamento che la quantità di eroina spacciata supera la "soglia drogante", e, cioè, ha effetto stupefacente anche su persona costantemente dedita al consumo di eroina, consente di affermare la responsabilità penale, non avendo rilievo il mancato superamento della dose media giornaliera.*

L'esigenza di modulare la risposta sanzionatoria, a seguito della parificazione delle droghe leggere e di quelle pesanti, è soddisfatta dalla previsione di fattispecie circostanziali.

In particolare, è prevista un'attenuazione della pena nel caso in cui, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione, ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, i fatti di reato siano di lieve entità (art. 75, c. 5, D.P.R. 309/90).

Dottrina e giurisprudenza[26] non hanno mai dubitato della natura giuridica di attenuante speciale della figura disciplinata dal comma in esame, tanto da ritenere la possibilità del suo concorso con l'attenuante comune di cui all'art. 62, n. 4, c.p. e da richiedere, in caso di concorso con altre circostanze, il giudizio di prevalenza, o equivalenza, *ex* art. 69 c.p. La circostanza in esame, inoltre, pienamente compatibile con l'attività di spaccio.

Molteplici orientamenti giurisprudenziali si sono formati in merito ai parametri di riferimento alla luce dei quali possa desumersi la tenuità dell'attività di spaccio[27].

Secondo un indirizzo rigoroso[28], la condotta di destinazione a terzi deve essere caratterizzata da tratti modesti e rudimentali, tali da escluderne la continuità e la professionalità, con la conseguenza di escludere la configurabilità della circostanza di cui all'art. 73, c. 5, D.P.R. 309/90 nei casi di spaccio abituale e ripetuto, pur se avente ad oggetto ridotti quantitativi di narcotico.

Un orientamento di segno opposto[29], fondato, in applicazione dei principi di ragionevolezza ed offensività, sull'esigenza di assicurare una adeguata proporzione tra trattamento sanzionatorio e fatto concreto, ritiene non decisivo, ai fini dell'applicabilità dell'attenuante in esame, l'abitualità dell'attività di commercio in caso di modiche quantità di droga in una dimensione complessivamente ridotta del traffico.

La giurisprudenza maggioritaria[30] sostiene che la nozione di "lie-

Giova sottolineare come, anche nel nuovo sistema, la prova della destinazione del narcotico ad uso non esclusivamente personale sia a carico dell'accusa.

[26] Cfr., per tutti, C. Cass. S.U., 31 maggio 1991, *Parisi*.

[27] Per un'approfondita analisi sugli orientamenti giurisprudenziali in materia, cfr. Giordano-Di Matteo, *Reati in materia di stupefacenti. Percorsi giurisprudenziali*, cit. 229 ss.

[28] Cfr. C. Cass., sez. IV, 14 febbraio 2007, n. 15222; C. Cass., sez. IV, 14 dicembre 1993, *Vergine*; C. Cass., sez. VI, 27 ottobre 1992, n. 1870.

[29] Così, C. Cass., sez. IV, 27 novembre 1997, *Fierro*; C. Cass., sez. VI, 10 marzo 1995, *Corrente*; C. Cass., sez. VI, 8 marzo 1995, *Salmi Ben*; C. Cass., sez. IV, 4 novembre 1994, *Segale;* C. Cass., sez. VI, 14 gennaio 1994, *Innocenti*; C. Cass., sez. IV, 7 dicembre 1994, *De Luca*.

[30] Cfr., *ex multis*, C. Cass., sez. VI, giugno 1998, *Canepi*; C. Cass., sez. IV, 21 ottobre 2005, *Frank*; C. Cass., sez, IV, 2 febbraio 2001, *Balanica*; C. Cass., sez. IV, 27 aprile 2000, *Kha-*

ve entità" del fatto, enunciata nell'art. 73, c. 5, T.U. stup, debba ricavarsi da tutti gli indici indicati nella norma, non esclusivamente con riferimento a quelli della quantità e qualità della sostanza. Solo all'esito di una valutazione complessiva di tutti i criteri predeterminati dal Legislatore sarà possibile pervenire ad un giudizio circa l'offensività della condotta, in funzione del parametro dell'allarme sociale, ed orientarsi in merito alla concedibilità della circostanza attenuante.

Ad "ammorbidire" ulteriormente il trattamento sanzionatorio, il legislatore del 2006 ha disposto che, ove un fatto di lieve entità sia posto in essere da persona tossicodipendente, o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena *ex* art. 444 c.p.p., su richiesta dell'imputato e sentito il Pubblico Ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'art. 54 dlgs 274/00 (art. 73, c. 5 *bis*, T.U. stup.).

Il comma è stato inserito nell'evidente ottica del recupero del tossicodipendente.

La misura consiste nella prestazione di una attività non retribuita in favore della collettività da svolgere presso lo Stato, le Regioni, le Province, i Comuni, o presso enti o organizzazioni di assistenza sociale e di volontariato, ovvero in favore delle strutture private autorizzate ai sensi dell'art. 116 T.U.

La pena comporta la prestazione di non più di sei ore di lavoro settimanale da svolgere con modalità e tempi che non pregiudichino le esigenze di lavoro, di studio, di famiglia e di salute del condannato. Se quest'ultimo lo richiede, il giudice può autorizzare un impiego per un tempo superiore alle sei ore settimanali, purchè la durata giornaliera della prestazione non superi le otto ore.

Dal punto di vista procedurale, l'applicazione del lavoro di pubblica utilità è subordinata a tre diverse condizioni: alla circostanza che il giudice non ritenga di dover concedere il beneficio della sospensione condizionale della pena; alla esplicita richiesta dell'imputato (o del suo difensore munito di procura speciale), che risulti essere tossicodipendente, o assuntore di sostanze stupefacenti, non potendo il giudice provvedere d'ufficio (la richiesta può essere avanzata solo prima che il giudi-

*tari*; C. Cass., sez. VI, 5 gennaio 1999, *Touria*; C. Cass., sez. IV, 21 novembre 2007, n. 47188.

Cfr., inoltre, C. Cass., S.U., 21 giugno 2000, *Primavera*, secondo cui ad escludere la ricorrenza dell'attenuante in esame è sufficiente la presenza di uno solo dei dati negativi che connoti, in termini di offensività, la condotta.

ce abbia pronunciato la sentenza con cui definisce il giudizio. Risulta chiaro, infatti, dal tenore letterale della norma, che la sostituzione della pena detentiva o pecuniaria può avvenire solo contestualmente alla pronuncia della sentenza di condanna o di patteggiamento. La richiesta dell'imputato, di conseguenza, deve essere formulata in via preventiva, per l'ipotesi in cui il giudice ritenga di doverlo condannare o di accedere alla richiesta di patteggiamento; al parere del P.M., che deve essere sentito sulla richiesta dell'imputato.

A conferma della finalità di recupero posta alla base della sostituzione, è previsto che il beneficio possa essere concesso fino a due volte.

L'ultima parte del comma 5 bis disciplina le conseguenze della violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità.

È prevista la revoca della pena, con conseguente ripristino di quella sostituita.

Competente, su richiesta del P.M. o anche di ufficio, è il giudice che procede, secondo le formalità dell'art. 666 c.p.p., il quale deve, ai fini della revoca, tenere conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione.

A seguito della revoca, infine, il periodo di tempo trascorso positivamente a svolgere il lavoro di pubblica utilità deve essere considerato come pena regolarmente espiata e, quindi, va computato nella pena complessiva da scontare.

### 3. *Uso di gruppo, coltivazione domestica e cessione di sostanza priva di efficacia drogante*

Resta da verificare se l'assetto normativo delineato consenta di qualificare penalmente lecito, nonostante la descrizione della finalità della detenzione costituente delitto in termini di *uso non esclusivamente personale* dello stupefacente, il c.d. uso di gruppo, la coltivazione di droga, in assenza di autorizzazione e destinata all'uso personale, nonché la cessione di narcotici privi di efficacia drogante.

Quanto alla prima questione, la giurisprudenza successiva al *referendum* del 1993 ritenne la condotta di codetenzione di droga passibile delle sole sanzioni amministrative di cui all'art. 75 D.P.R. 309/90, ritenendo superate, alla luce della depenalizzazione del c.d. uso personale di narcotico, le precedenti opinioni circa la responsabilità di ciascuno dei codetentori per l'intero quantitativo e la ricorrenza di reciproca cessione della sostanza in occasione della ripartizione della stessa.

L'introduzione dell'avverbio "esclusivamente" nella nozione di uso

personale di droga, ad opera della novella del 2006, ha indotto una parte di dottrina[31] ad escludere dall'area di depenalizzazione le condotte prodromiche all'uso di gruppo, connotando il requisito dell'offensività non la finalità d'uso della condotta, ma la persona del consumatore.

Da qui l'impossibilità di ritenere finalizzate ad un uso esclusivamente personale le condotte in esame, con la conseguenza di ammettere la rilevanza penale non solo dell'uso di gruppo, qualificato dal conferimento, esplicito od implicito, da parte degli appartenenti al gruppo, del mandato ad acquistare la droga solo ad uno o ad alcuno, ma anche del c.d. uso di gruppo collettivo, qualificato dall'acquisto in comune del narcotico da parte di tutti i membri per l'assunzione in comune.

La portata della figura in esame è stata precisata dalla Corte di Cassazione[32], la quale ha evidenziato come l'art. 75 T.U. stup. esiga, ai fini della qualificazione del fatto come illecito amministrativo, il consumo personale della droga, indipendentemente dalle modalità della detenzione e come, anche nell'ipotesi del gruppo, la detenzione costituisca l'antecedente del consumo ed inerisca al rapporto tra assuntore e sostanza in vista dell'uso personale, con l'esclusione dell'intermediazione di soggetti "diversi". Ciò, però, a condizione che l'acquisto e la detenzione avvengano, sin dall'inizio, per conto e nell'interesse anche degli altri membri, essendo certa l'identità dei medesimi, nonché la manifesta volontà di procurarsi la sostanza destinata al consumo personale.

Dibattuta in giurisprudenza è anche la rilevanza penale della coltivazione domestica di stupefacenti, in assenza di autorizzazione, qualora questa sia destinata ad un uso esclusivamente personale della droga.

L'orientamento "tradizionale" ha sempre ravvisato una "incondizionata" illiceità penale della condotta in esame[33].

[31] Amato, *Piena rilevanza penale anche all'uso di gruppo*, in g. dir. 2006, 12, 79. *Contra*, Zancani, *I delitti di produzione e traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*, in *Commento pratico sistematico alle modifiche al Testo Unico sugli stupefacenti*, a cura di Riondato, cit., 32: *appare revocabile in dubbio che tale esclusione possa dirsi definitivamente realizzata. L'esclusione della rilevanza penale, infatti, non è riferita espressamente al solo soggetto attivo della condotta: l'uso della forma indeterminativa "un uso esclusivamente personale", al contrario, pare consentire inquadramenti nell'area di rilevanza meramente amministrativa delle condotte finalizzate all'uso esclusivamente personale (anche) di persone diverse dal reo*.

[32] C. Cass., S.U., 28 maggio 1997, *Iacolare*. La giurisprudenza successiva si è allineata alle indicazioni delle Sezioni Unite. Cfr. , per tutte, C. Cass., sez. VI, 4 giugno 1999, *De Carolis*; C. Cass., sez. IV, 29 aprile 2003, *Fasana*; C. Cass., sez. IV, 10 luglio 2007, *Di Riso*; C. Cass., sez. VI, 10 marzo 2008, *Del Conte*.

[33] In questo senso, cfr. C. Cass., sez. IV, 23 marzo 2006, n. 10138, secondo cui, la destinazione ad uso personale non può assumere alcun rilievo, sia perché difetta il nesso di immediatezza della coltivazione con l'uso personale, sia perché non può determinarsi a

Ai fini della verifica circa la sussistenza del reato di coltivazione abusiva, più precisamente, non rileverebbero la quantità e qualità delle piante, la loro effettiva tossicità, o la quantità di sostanza drogante da esse estraibile, poiché la previsione incriminatrice è rivolta a vietare la produzione di specie vegetali idonee a produrre l'agente psicotropo, indipendentemente dal principio attivo estraibile[34], potendo, di conseguenza, la modesta estensione della coltivazione, la qualità delle piante ed il loro grado di tossicità, al più, rilevare solo ai fini della considerazione della gravità del reato e della commisurazione della pena[35].

Un diverso orientamento, affermatosi nella giurisprudenza più recente, ritiene, al contrario, che la c.d. "coltivazione domestica" non integri gli estremi della fattispecie tipica della "coltivazione" oggetto di incriminazione nell'ambito dell'art. 73, c. 1, D.P.R. 309/90, ma costituisca *species* del più ampio *genus* (di chiusura) della "detenzione", di cui al primo comma del successivo art. 75 T.U. stup., risultando, conseguentemente, depenalizzata, se finalizzata all'esclusivo uso personale, e ciò anche alla luce del regime normativo introdotto dalla legge n. 49 del 2006[36].

priori la potenzialità della sostanza stupefacente ricavabile.

Ed ancora, cfr. C. Cass., sez. IV, 5 maggio 1995, n. 913, secondo cui *l'attività di coltivazione costituisce reato a prescindere dall'uso che il coltivatore intende fare della sostanza ricavabile, dal momento che la coltivazione e la detenzione costituiscono due condotte del tutto distinte e l'art. 75 del D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, come modificato dal D.P.R. 5 giugno 1993, n. 171 in applicazione dell'esito del referendum, non fa alcun riferimento all'attività di coltivazione* (principio ribadito dalla stessa sez. VI, con le sentenze 5 gennaio 1997, *Garcea* e 5 aprile 2000, p.g. in proc. *Reile*).

[34] C. Cass., sez. IV, 29 settembre 2004, *Aspri*.

[35] C. Cass. sez. IV, 6 febbraio 2004, *Felsini*; C. Cass., sez. VI, 9 giugno 2004, *De Rimini*; Ancora, la IV Sezione della Cassazione, con la sentenza 5.2.2001, n. 4928, *Croce*, ha osservato che il differente trattamento riservato alla coltivazione rispetto alla mera detenzione si fonda sulla valutazione di maggiore pericolosità ed offensività insita nell'essere la coltivazione, la produzione e la fabbricazione di sostanze stupefacenti (sempre penalmente sanzionate ancorché non qualificate da una precisa finalità di commercio) attività che sono tutte rivolte alla creazione di nuove disponibilità, con conseguente pericolo di circolazione e diffusione delle droghe nel territorio nazionale e rischio per la pubblica salute e incolumità.

[36] Cfr., inoltre, C. Cass., sez. VI, 30 maggio 1994, *Polisena*, secondo cui *una volta abrogato il divieto dell'uso personale di sostanze stupefacenti ... ed una volta che il discrimine fra gli illeciti penale ed amministrativo resta fissato soltanto nella destinazione della sostanza al consumo personale, l'esigenza di evitare irragionevoli disparità di trattamento per condotte (caratterizzate) dal medesimo fine e quindi di interpretare l'art. 75 in senso conforme alla Costituzione impone in modo più stringente di estendere tale discrimine anche alla coltivazione. E tale risultato può essere agevolmente realizzato attraverso un'interpretazione estensiva dell'espressione "comunque detiene" di cui al testo del primo comma dell'art. 75, in modo da comprendervi anche quelle attività che, come appunto la coltivazione, implichino comunque la detenzione della sostanza stupefacente prodotta.* Da ultimo, cfr. C. Cass., sez. VI, 10 maggio 2007, *Notaro*.

Da un combinato disposto degli artt. 28 e 73 D.P.R. 309/90, secondo tale impostazione, per "coltivazione" in assenza di autorizzazione si intende la condotta avente caratteristiche "imprenditoriali", riconducibile, quindi, nell'accezione tecnico-agraria dell'espressione, caratterizzata da una serie di presupposti, quali la disponibilità del terreno, la sua preparazione, la semina, il governo dello sviluppo delle piante, la presenza di locali destinati alla raccolta dei prodotti, quelle di tipo domestico vanno ricondotte alla "previsione di chiusura" della *detenzione* e, di conseguenza, sottratte alle sanzioni penali qualora destinate al solo uso personale (e ricondotte nell'alveo dell'art. 75 T.U. stup.).

Per stabilire la natura della coltivazione domestica, dunque, occorre individuare la condotta tipica di coltivazione, ovvero di detenzione, nella quale sussumere le ipotesi concrete.

Il contrasto giurisprudenziale originatosi è stato risolto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sent. n. 28605 del 10 luglio 2008), che hanno confermato l'orientamento "tradizionale", che riconosce rilevanza penale a qualsiasi forma di coltivazione delle piantine stupefacenti, anche quando la stessa sia finalizzata all'uso personale del prodotto.

Ciò in quanto: non è possibile individuare un nesso di immediatezza tra la coltivazione e l'uso personale, con la conseguente impossibilità di determinare *ex ante* la potenzialità della sostanza drogante ricavabile dalle piantine in coltivazione; la coltivazione è configurata dal Legislatore quale reato di pericolo astratto, cosa che si giustifica vista l'importanza dei beni giuridici tutelati, ossia la salute e l'ordine pubblico (ciò non toglie, peraltro, che, in ottemperanza al costituzionalmente garantito principio di offensività, l'interprete debba, in concreto, valutare se vi sia stata una messa in pericolo del bene giuridico tutelato dalla norma incriminatrice.); il D.P.R. 309/90 non prevede fra le ipotesi di illecito amministrativo di cui all'art. 75 la coltivazione, né la situazione è cambiata all'esisto dell'entrata in vigore della modifica di cui alla l. n. 49 del 2006; l'ipotesi di coltivazione è dotata di un disvalore penale superiore rispetto alla condotta di detenzione, poiché contribuirebbe ad accrescere la quantità stupefacente esistente (a prescindere dalla destinazione personale o di spaccio).

Le Sezioni Unite, inoltre, hanno definito *arbitraria la distinzione tra "coltivazione in senso tecnico-agrario", ovvero "imprenditoriale" e "coltivazione domestica"*, non legittimata dal dato letterale della norma, che non prevede alcuna specificazione del termine lessicale.

L'art. 26 del D.P.R. 309/90, infatti, pone il divieto generale ed assoluto di coltivare le piante comprese nella tabella I, salvo il potere del Ministro della salute di autorizzare *istituti universitari e laboratori pubblici aventi fini istituzionali e di ricerca alla coltivazione delle piante ... per scopi scien-*

*tifici, sperimentali e didattici*.

Giova sottolineare, infine, che le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno ribadito i principi affermati dalla Corte Costituzionale, secondo cui l'illiceità penale della coltivazione, anche qualora univocamente destinata all'uso personale ed indipendentemente dalla quantità di principio attivo prodotto, non viola il principio di offensività, trattandosi di un reato di pericolo, connotato dalla tipica offensività propria, perché non è irragionevole la valutazione prognostica, sottesa alla astratta fattispecie criminosa, di attentato al bene protetto[37].

Venendo, da ultimo, all'ultimo profilo problematico prospettato, giova rilevare come la definizione, anche quantitativa, del principio attivo non incida esclusivamente sulla rilevanza penale delle condotte oggetto di sanzione penale *ex* art. 73 D.P.R. 309/90, ma rifletta sulla tematica, più generale, della esatta determinazione del concetto di sostanza stupefacente.

Un primo indirizzo giurisprudenziale, prevalente fino alla pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[38] ha ritenuto che qualsiasi sostanza, qualificata dalle tabelle ministeriali quale psicotropa o stupefacente, se frazionata in modo da contenere un principio attivo talmente basso da non assicurare l'effetto drogante, sia inidonea alla configurabilità del reato, avendo il Legislatore inteso punire le condotte descritte nell'art, 73 T.U. stup. per gli effetti che le droghe esplicano sulla psiche, come risulta dalla costante presa in esame degli effetti stessi nella previsione dei criteri per la formazione delle tabelle ministeriali e dalla disposizione di chiusura contenuta nell'art. 14, c. 1 lett. a), nn. 4 e 7 l. stup.

Di conseguenza, qualora il principio attivo presente nel narcotico sia così scarso da non poter produrre alcun effetto drogante, si è in presenza di una sostanza inerte, ricorrendo la fattispecie del reato impossibile per inidoneità dell'azione.

Completamente controcorrente appare la decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione[39], secondo cui il delitto sancito dall'art. 73 l. stup. sussiste anche quando la sostanza stupefacente o psicotropa sia in concreto priva di efficacia drogante, a causa della insufficiente percentuale di principio attivo, non potendosi configurare il reato impossibile in quanto i beni tutelati dal Testo Unico delle leggi in materia di sostanze stupefacenti e psicotrope vengono messi in pericolo anche dalla cessione di dosi

[37] Così, C. Cost., 24 luglio 1995, n. 360.

[38] Cfr., *ex multis*, C. Cass., sez. IV, 1 ottobre 1993, *El Mehirsi Hi9chem Ben Houldi*; C. Cass., sez. IV, 19 dicembre 19996, *Buongiovanni*.

[39] C. Cass. S.U., 21 settembre 1998, *Kremi*.

contenenti un principio attivo al di sotto della soglia drogante.

La condotta di cessione, più precisamente, è rivolta al commercio delle sostanze vietate e , come tale, pericolosa a prescindere dal quantitativo che ne costituisce oggetto.

Qualche novità sembra profilarsi con riguardo all'aspetto quantitativo, poiché l'arresto giurisprudenziale citato fondava sulla insussistenza di previsioni quantitative minime nell'ambito della disciplina degli stupefacenti[40].

Il novellato art. 73 D.P.R. 309/90 ha, infatti, reintrodotto, nel comma 1 *bis*, lett. a), un parametro quantitativo predefinito, riferito al principio attivo della sostanza, costituito dalla "quantità massima detenibile", individuata, per le singole sostanze, moltiplicando i valori relativi alla dose media singola efficace per un coefficiente variabile a seconda delle differenti droghe.

Ne deriverebbe un mutamento della nozione di sostanza stupefacente. Le Sezioni Unite investite nuovamente della questione non hanno preso posizione sull'argomento.

Hanno ribadito il precedente orientamento ritenendo assorbente e preliminare la valutazione circa l'effettivo superamento della soglia drogante da parte del quantitativo di eroina spacciato dal soggetto agente[41].

[40] In questi termini, Grillo, *Stupefacenti: nuove norme e "antiche" questioni*, cit., 415.
[41] C. Cass. S.U., 29 novembre 2007, *Di Rocco*.

# RECENSIONI

GILLES SAINATI - ULRICH SCHALCHLI, *La décadence sécuritaire*, Paris, La fabrique éditions, 2007, pp. 112.

Il saggio esordisce con una decisa ermeneutica in tema di sicurezza come diritto. Il secondo articolo della *Dichiarazione dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino* del 1789 – che enuncia, fra i diritti fondamentali, quello alla sicurezza (*sûreté*) – andrebbe interpretato in maniera garantista e costituzionalistica: il diritto alla sicurezza non consistendo nel diritto ad essere protetti dallo Stato contro le aggressioni ai propri beni o alla propria persona da parte dei privati (compito questo spettante a tutte le istituzioni politiche in tutte le organizzazioni sociali). La cifra propria del diritto alla sicurezza – in un contesto liberale e democratico – sarebbe, piuttosto, quella di proteggere il cittadino nei confronti dello Stato, di garantire la sua sicurezza a fronte dell'intrusione illegittima e arbitraria dei pubblici poteri nella sfera individuale. In questo senso il *diritto alla sicurezza* si configura, per gli autori del saggio, come *sicurezza del diritto*.

Questa prospettiva, secondo cui la *libertà* è *la prima fra le sicurezze*, è stata messa in discussione nella teoria e nella pratica: nella Francia dell'ultimo ventennio, s'è affermata un'idea del diritto alla sicurezza che assegna allo Stato e alle sue istituzioni il compito di garantire la protezione della sfera individuale da possibili forme di aggressione privata: è la sicurezza dalla criminalità, dai reati contro i beni e le persone, ma anche da quelle che vengono definite semplicemente "inciviltà". L'idea di sicurezza così strutturata, fatta propria anche dal partito socialista e da questo rilanciata negli anni novanta, inverte i termini della questione per fare della *sicurezza la prima fra le libertà*. Lo strumento teorico – e retorico – per l'affermazione di questa concezione della sicurezza è costituto dall'importazione, nel dibattito politico francese, della teoria della *tolleranza zero* a seguito della fortuna – ancora, teorica e retorica – che quest'ultima ha avuto negli Stati Uniti d'America.

Dopo aver ricostruito una breve storia della teoria e delle pratiche di "*Zero tolerance*" e dopo aver mostrato attraverso quali canali sia potuta divenire centrale nel dibatto politico francese, gli autori si concentrano sulle ripercussioni che l'acquisizione di tale dispositivo e la crescente importanza della questione sicuritaria nel dibattito pubblico hanno prodotto nel sistema giuridico francese, in particolare nel settore penale. A partire dai primi anni Novanta e sempre sotto la pressione di continue emergenze sicurezza prodotte dal corto circuito politico-mediale, si sono susseguiti diversi provvedimenti legislativi ed amministrativi che hanno stravolto il sistema della giustizia penale: la riduzione dell'indipen-

denza dei procuratori; l'automatizzazione dei procedimenti penali e dell'irrogazione delle pene; l'aumento dei poteri della polizia; l'introduzione e la diffusione di procedimenti speciali, rapidi e abbreviati; l'imposizione ai giudici di una gestione manageriale della giustizia (gestione manageriale che sposta l'attenzione sul quantitativo di procedimenti giudiziari avviati come indice di produttività e che apre la porta ad una conoscenza puramente contabile dell'attività giudiziaria e alla crescente importanza delle statistiche anche in quest'ambito). Le modifiche apportate al sistema giuridico vanno tutte nella direzione di aumentare l'efficacia repressiva della *catena penale* – "macchina folle che assume un'autonomia che cresce incessantemente e che si nutre del proprio funzionamento" – favorendo l'automatizzazione del meccanismo sanzionatorio e lo slittamento dell'impulso all'azione penale sotto l'egida dell'opportunità politica. Gli autori mostrano in particolare come, anche per mezzo della semplificazione delle procedure a scapito della tutela delle garanzie individuali, si voglia assegnare una funzione preventiva alla giustizia penale e un ruolo preminente alla polizia che vede espandere sempre più il proprio campo d'intervento. Così, il fondamentale principio dell'eguaglianza davanti alla legge si riduce, sempre più, a *mito burocratico*.

Ampio spazio è dato poi nel testo all'analisi di nuove forme di controllo sociale che si affiancano alle modifiche sostanziali e procedurali del sistema penale: sempre nuovi e più capaci schedari elettronici si aggiungono a quelli già esistenti; incrementa la pressione burocratica sulle famiglie considerate a rischio.

In definitiva, l'opera di Sainati e di Schalchli si presenta come un preciso resoconto degli effetti che le politiche sicuritarie hanno prodotto nell'ultimo ventennio sul sistema penale e sulla società francese, mostrando il circolo vizioso in cui è preso il sistema e "l'implicazione sempre più stretta fra il controllo sociale, la punizione e lo sviluppo di nuove tecniche, che conduce alla marginalizzazione di intere parti di popolazione": continue emergenze sicurezza portano all'estensione del sistema penale e carcerario; alla marginalizzazione e repressione delle nuove povertà s'accompagna la creazione massmediatica di nuove paure che a loro volta ingenerano una nuova domanda di sicurezza. E il vortice creato da questo circolo mina alle fondamenta, erodendoli un po' alla volta, i principi basilari dello Stato di diritto e della democrazia. Si dipana così dinnanzi agli occhi dei lettori, dei cittadini, il "brutto sogno" sicuritario: un sogno molto reale, fatto di processi di mutamento del sistema tanto veloci da comprometterne la stessa com-

prensione. In pochi anni, ammoniscono Sainati e Schalchli, la Repubblica francese si è "accartocciata" su se stessa: non propone più soluzioni per l'avvenire, ma "soltanto uno statuto che, a favore di una *élite*, fa sprofondare il resto della popolazione in una decadenza sicuritaria".

LUIGI CUPIDO

MARZIO BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2009, p. 526.

Il suicidio, forma di devianza *sui generis*, è stato per molto tempo spiegato dai sociologi in base alla teoria di Emile Durkheim incentrata sulla struttura sociale. Come ricorda Robert Putnam: «Emile Durkheim scoprì che l'autodistruzione non è soltanto una tragedia individuale, ma una conseguenza sociologicamente prevedibile in base al grado di integrazione nella società».

In questo testo di Marzio Barbagli, lo studio del suicidio assume nuove proporzioni, essendo legato piuttosto alla cultura (e non alla struttura) di una società. L'autore, infatti, inizia la sua riflessione con il sottolineare un aspetto poco convincente della teoria di Durkheim. In base ad essa, nella società odierna si sarebbe dovuto rilevare la scomparsa del suicidio altruistico e la diffusione di quello anomico ed egoistico a causa della perdita di legami sociali e della continua difficoltà di riscontrare una regolamentazione adeguata ai cambiamenti della società. Sennonché di fatto, e contrariamente ad ogni previsione durkheimiana, si è potuto registrare un forte incremento di suicidi altruistici; ciò, secondo Barbagli, negherebbe la teoria di Durkheim, rendendola utile solo a parziale spiegazione del fenomeno in questione.

Oltre che all'interpretazione del sociologo francese, dunque, a fattori psicologici e psichiatrici, a spiegazioni di ordine ereditario, che Barbagli cita appena, ci si sofferma a considerare le motivazioni culturali, ritenute di fondamentale importanza, che sottostanno, nelle varie epoche e nei vari luoghi, alla diffusione degli atti suicidiari.

Se la devianza è il contravvenire a norme morali e sociali presenti in un determinato luogo in un certo tempo, se la devianza è una condizione relativa al tempo, allo spazio e al ruolo di chi mette in atto un comportamento, il suicidio sarà considerato un atto deviante soltanto in determinati casi, quando contravviene alle norme morali e sociali di un certo popolo, quando viene, per così dire, "additato" dai consociati quale comportamento errato.

Seguendo tale ragionamento, Barbagli si imbatte, come era inevitabile, anche senza dichiararlo espli-

citamente, nella teoria del controllo sociale: il tasso di suicidi è basso in quei Paesi ed in quelle epoche in cui sono previste sanzioni per coloro che si tolgono la vita e per le loro famiglie, in quei Paesi in cui credenze profonde lasciano pensare che il suicidio sia qualcosa di sbagliato. Laddove esistano controlli sociali esterni rispetto alla commissione di un comportamento suicidiario (processi al suicida, condanne al vilipendio dei corpi dell'omicida di se stesso, saccheggio dei beni del suicida ecc.), come Barbagli racconta dettagliatamente, ricostruendo la storia del suicidio nel corso delle varie epoche e l'atteggiamento delle diverse società nei confronti di esso, il tasso di suicidio è molto basso.

Il controllo sociale esterno formale ed informale incide sulla commissione di un comportamento considerato deviante e in qualche epoca persino criminale; così come l'autocontrollo, che impone al singolo di rispettare le regole attraverso il meccanismo della interiorizzazione di esse. Il controllo sociale, dunque, ben può spiegare la diversa diffusione, nel tempo e nello spazio, delle pratiche suicidiarie.

Non sarebbe, come sostenuto da Durkheim, la mancanza di legami sociali e di regolamentazione nelle società moderne e post-moderne ad incidere sull'aumento del tasso di suicidi, ma la diffusione di una cultura più "favorevole" al suicidio. La depenalizzazione di esso, la differenziazione, persino terminologica, dello stesso rispetto all'omicidio, oggi, a differenza del passato, reputato ben più grave, la considerazione dell'importanza dell'autonomia di ogni uomo, a partire dal periodo illuminista, anche nella scelta della fine della vita, sono elementi attestanti il mutamento della cultura e la conseguente affermazione del suicidio quale attività non più criminale e talvolta neppure deviante.

L'*excursus* storico che propone Barbagli in tal senso è minuzioso, pronto a cogliere e sottolineare i passaggi fondamentali della trasformazione culturale in oggetto tanto nei Paesi europei ed occidentali, quanto in quelli orientali. (Appaiono rilevanti a tal proposito le profonde differenze culturali legate a tempi e spazi diversi e le conseguenti difformità dei tassi di suicidio).

La teoria di Barbagli, distaccandosi da quella di Durkheim e facendo leva sulla cultura quale elemento determinante nella diffusione del suicidio, pone al centro della riflessione sociologica, pur non dichiarandolo, l'evoluzione culturale di stampo darwiniano. L'idea dell'esistenza di una modificazione culturale originata da un forte controllo sociale esterno formale ed informale e da un altrettanto rilevante controllo so-

ciale interno, induce a pensare che gli uomini si siano *adattati* di volta in volta alla cultura maggiormente funzionale al benessere della specie, comportandosi nella maniera più atta a favorire il benessere del singolo, dei suoi beni e della sua famiglia. A determinare i bassi tassi di suicidio nel mondo occidentale prima del Seicento probabilmente ci sarebbe la considerazione della convenienza di non assumere tale comportamento che avrebbe comportato la vergogna dei familiari e la dissipazione dei beni; in un'ottica darwiniana il non suicidarsi avrebbe costituito la "scelta vincente" per vivere meglio in società.

Una scelta di opportunità, una scelta dettata anche dal controllo sociale, non una costrizione nata dalla società, dalla struttura sociale, come intendeva il sociologo francese, analizzando la nuova società industriale, pur se, occorre sottolinearlo, lo stesso Barbagli non esclude che le spiegazioni addotte da Durkheim possano essere utilizzate a parziale spiegazione del fenomeno. (D'altra parte, quando Durkheim annoverava tra le cause di suicidio la mancanza di legami sociali, in qualche modo anticipava il concetto dell'assenza del controllo sociale, pur se inquadrandolo in senso deterministico.)

I diversi tassi di suicidio presenti nelle varie regioni italiane potrebbero essere riletti alla luce di questa nuova interpretazione.

Barbagli, pur dedicandosi per lo più alla ricostruzione culturale dell'atteggiamento delle società (diverse nel tempo e nello spazio) nei confronti del suicidio, rileva, nell'appendice al suo testo, che, secondo alcuni dati raccolti nel 2001, ci si suicida di più nell'Italia centro-settentrionale che in quella meridionale ed insulare.

Se si volesse spiegare questo dato con quanto affermato da Durkheim ci si troverebbe in difficoltà: secondo il sociologo francese, laddove manchino legami sociali ci saranno tassi di suicidio più alti che in luoghi in cui vi siano forti legami sociali. Dalle ricerche più recenti effettuate in tema di capitale sociale (definito da Robert Putnam, uno dei massimi studiosi di esso, in *Capitale sociale ed individualismo*, come "le relazioni sociali tra gli individui, le reti sociali e le norme di reciprocità e di affidabilità che ne derivano"), come quella di Roberto Cartocci eseguita tra il 2000 ed il 2002 e pubblicata nel 2007, il centro-nord risulta ricco di tale "tesoro", mentre il centro-sud ne è povero.

I dati relativi al tasso di suicidio e quelli relativi alla presenza di capitale sociale appaiono, quindi, in contrasto con la teoria elaborata da Durkheim; ci si dovrebbe aspettare, in base ad essa, che, laddove vi fosse minor capitale sociale, ovvero nei paesi del sud Italia, lì il tasso di suicidio dovrebbe risultare più alto ed invece i dati statistici testi-

moniano il contrario.
Tale anomalia dimostra, ancora una volta, e se ve ne fosse bisogno in aggiunta a quanto già dettagliatamente affermato da Barbagli nel testo, che Durkheim non spiega tutto e che evidentemente tassi maggiori di suicidio nel nord dell'Italia possano dipendere da una cultura più "favorevole" ad esso, caratterizzata da una maggiore secolarizzazione e/o da una maggiore autonomia personale dei singoli, per esempio rispetto alla famiglia (si inizia a lavorare prima, si predilige la convivenza al matrimonio ecc.),da non confondere con l'assenza di legami.
Sennonché, ad un osservatore attento il contrasto descritto tra maggiore presenza di capitale sociale e più alti tassi di suicidio potrebbe risultare apparente e non reale. La mancanza di capitale sociale, infatti, nel sud dell'Italia non è così scontata come i dati statistici rilevano.
Capitale sociale non è soltanto associazionismo, partecipazione elettorale e lettura di quotidiani (indicatori considerati nelle su citate ricerche sul tema), ma soprattutto, come rilevano la maggioranza degli studiosi di esso (da Coleman a Field fino allo stesso Putnam), presenza di legami sociali, di reti, di collante sociale (come lo chiamava Tocqueville). Interpretato in tal senso, non si può negare la presenza di un capitale sociale molto forte nel sud Italia, di un capitale peculiare, talvolta alternativo a quello condiviso e condivisibile dal sistema Italia, non sempre funzionale al benessere dello Stato e spesso caratterizzato dalla tolleranza nei confronti dell'illegalità e dall'attenzione agli interessi esclusivi della propria "rete", come Banfield ha avuto modo di evidenziare (il cd. "familismo amorale").
Tenuto conto di tali considerazioni, si potrebbe sostenere che siano tale capitale sociale, tali legami sociali, oltre ad un controllo sociale esterno informale ed ad un autocontrollo nati in base ad un siffatto capitale, ad impedire la diffusione del suicidio nel sud Italia.
L'anomalia evidenziata diventa apparente; la teoria durkheimiana, utilizzata non in modo deterministico, ma tenendo conto della "scelta personale e culturale" cui fa riferimento Barbagli, appare riferibile ad un'evoluzione darwiniana. L'opera recensita non si presenta quale semplice ricostruzione antropologica, per quanto dettagliata e puntuale, ma quale punto di partenza per analisi pratiche di un fenomeno, il suicidio, ormai al limite tra la devianza e la normalità: il saggio di Barbagli diventa riferimento ermeneutico prediletto per lo studio sociologico di ulteriori eventi criminali.

SIMONA MELORIO

VINCENZO CUOCO, *Scritti di statistica e di pubblica amministrazione*, a cura di Antonino De Francesco e Luigi Biscardi, Roma-Bari, Editori Laterza, 2009, LXXXVI, 367 pp. (Opere di Vincenzo Cuoco. Scritti editi e inediti).

Gli anni di più intensa attività di Vincenzo Cuoco sono generalmente suddivisi in due periodi: la stagione milanese (1801-1806), in cui Cuoco elabora e pubblica i suoi lavori più impegnativi e più noti (il *Saggio storico sulla Rivoluzione di Napoli*, il *Platone in Italia*), ma non riesce a ottenere alcun significativo riconoscimento politico; la stagione napoletana (1806-1815) nella quale, al contrario, sono numerosi e di indubbio prestigio gli incarichi pubblici e le benemerenze conferitigli, ma respiro e rilievo minore hanno gli scritti e le opere cui egli attende. Dalla constatazione che su tali oggettive diversità "non esiste, allo stato attuale degli studi, alcuna riflessione approfondita, tanto che ancora oggi gli scritti della prima stagione mai vengono compiutamente accostati a quelli del periodo successivo, col risultato di implicitamente avallare una profonda discrasia negli scritti di Cuoco tra il momento milanese e quello napoletano" (p. VIII), prende avvio l'estesa introduzione (*Tra elaborazione teorica e attività di governo*) che Antonino De Francesco e Luigi Biscardi premettono agli *Scritti di statistica e di pubblica amministrazione*, pubblicati a loro cura quale terzo volume dell'elegante collana laterziana *Opere di Vincenzo Cuoco. Scritti editi e inediti*, diretta dai medesimi studiosi. "Questa edizione degli scritti cuochiani dedicati alla statistica e alla pubblica amministrazione" puntualizzano i curatori "si prefigge pertanto di colmare un vuoto negli studi dedicati alla personalità di Cuoco, presentando sotto il segno di un progetto culturale unitario interventi che pure videro la luce in contesti geografici e situazioni personali affatto diversi" (p. IX).

Il volume raccoglie una serie di sette scritti, alcuni dei quali in stesura inedita, che cronologicamente ricadono in entrambe le stagioni alle quali si è fatto cenno: il *Progetto di una tontina di beni nazionali* (del 1801), la *Lettera ad un amico sull'opera di Gioja del commercio de' commestibili e caro prezzo del vitto* (1802), le *Osservazioni sul dipartimento dell'Agogna* (1802), l'*Introduzione allo studio della statistica* (1802-1803), il *Viaggio in Molise* (1810-1811), *Rimboschimenti e bonifiche* (1810), l'*Introduzione agli Atti del Reale Istituto d'incoraggiamento alle scienze naturali di Napoli* (1811). Ognuno di essi è presentato da una nota in cui è ricordata la genesi dell'opera e sono esposti i criteri ai quali i curatori si sono attenuti nella scelta della versione proposta. La lettura dell'insieme degli scritti concorre a delineare con maggiore precisione la complessa personalità di Vincenzo Cuoco e fornisce una ulteriore confer-

ma di come l'impegno dell'intellettuale e dell'uomo di governo, sebbene diversamente "declinato" a seconda delle circostanze, sia stato sempre costantemente rivolto al rinnovamento politico-amministrativo degli stati della penisola e all'affermazione di una specifica identità italiana. Ponendosi in una prospettiva più specificamente molisana, tuttavia, l'esame ravvicinato di uno di essi, il *Viaggio in Molise*, assume valore particolare.

La Provincia di Molise era stata istituita da Giuseppe Bonaparte con decreto del 27 settembre 1806, con il quale si separava il Molise dalla Capitanata e si stabiliva la sede dell'Intendenza a Campobasso e della sottointendenza a Isernia. Come ricorda Luigi Biscardi nella nota introduttiva, il decreto era stato fortemente caldeggiato da Vincenzo Cuoco, richiamato a Napoli dal re nell'agosto dello stesso 1806 per "il prestigio intellettuale e politico conseguito nella Milano napoleonica" (Biscardi, p. 289). Credenziali che, come detto in apertura, nel corso del Decennio francese gli fanno ottenere diversi e importanti incarichi di governo: presidente della commissione per la riorganizzazione dei tribunali; componente delle commissioni preposte alla redazione del nuovo codice civile, alla determinazione dei criteri di eversione della feudalità, alla compilazione del catasto provvisorio, all'ideazione di un progetto di pubblica istruzione. Inoltre, Cuoco è nominato consigliere di Stato, direttore generale del tesoro e, nel 1810, Presidente del Consiglio generale della provincia di Molise. In questa veste egli, fra la fine del 1810 e l'inizio del 1811, redige il *Viaggio*, relazione ufficiale della sua attività che, pur nella limitata estensione, contiene numerosi e molto interessanti spunti critici e, nello stesso tempo, costituisce un vivido spaccato del Molise nel primo decennio dell'Ottocento.

In apertura dello scritto, Cuoco fa riferimento alla necessità di doversi confrontare con questioni di carattere generale ("Non parlerò di tutti questi oggetti, perché non tutti, in così breve tempo ho potuti osservare: spesso però avverrà che, parlando di Molise, sarò astretto a ragionar di oggetti generali, perché da cagioni generali dipendono i beni e i mali particolari", p. 294), ricorda l'efficace opera svolta in loco dall'Intendente Matteo Galdi nella lotta al brigantaggio, per poi focalizzare le attenzioni su *Confinazione e divisione dei Circondari* e *Popolazione, agricoltura e stato fisico della provincia*, materie oggetto dei paragrafi iniziali del *Viaggio*.

Nel primo di essi, Cuoco manifesta l'esigenza di giungere al più presto ad una nuova e migliore definizione della Provincia di Molise ("[…] la provincia non sarà mai ben confinata se non si segue il corso dei fiumi Volturno, Calore e Fortore", p. 295) con la creazione di un terzo distretto a integrazione e a rettifi-

ca dei due già esistenti di Campobasso e di Isernia. Le indicazioni di Cuoco, quasi integralmente recepite dal governo murattiano, sono alla base del decreto del 4 maggio 1811 con il quale viene istituito il Distretto di Larino e si conferiscono al Molise nuovi e più ampi confini. Nel secondo paragrafo, sottolinea l'aumento della popolazione ("La provincia di Molise è una delle più popolate del Regno, e la sua popolazione è sempre crescente, tranne che in alcuni luoghi infelicissimi. Da lungo tempo si era osservato il fenomeno che l'aumento della popolazione in Molise era più rapido che altrove. Galanti […] è stato il primo a fare tale osservazione", p. 298), trend da correlarsi ai progressi registrati nel campo dell'agricoltura, segnatamente della cerealicoltura, soprattutto dopo la carestia del 1764. Cuoco mette acutamente in risalto il fatto che l'industria granaria sia l'unica praticata nella provincia ("[…] questa coltivazione ha distrutte tutte le altre", p. 301) e che, inevitabilmente, sia destinata a decadere e per le minori possibilità di smercio che le si presenteranno alla fine della guerra, e "pel cattivo metodo col quale si è praticata", p. 301). Ricorda anche che "per ragione di questa coltivazione, l'aspetto fisico della provincia si è interamente cangiato. Quasi tutti i boschi sono andati distrutti, e, quasi si avesse voluto operar sempre contro la natura, si sono distrutti più boschi nei monti che nelle pianure. La montagna di Frosolone, la seconda montagna della provincia oltre il Matese, cinquant'anni fa era folta d'alberi: oggi ve ne è neppure uno", p. 302).

Nel terzo paragrafo (*Alcuni aspetti dei quali si deve occupare l'amministrazione*), Cuoco indica i doveri dell'amministrazione pubblica, propone "la requisizione di una giornata di lavoro per capo di famiglia per queste opere pubbliche", rimarcando come sia "più glorioso occuparsi dei grandi oggetti; ma è più utile occuparsi dei piccioli, senza la cura dei quali tutto ciò che noi potrem fare sui grandi non è che prestigio e illusione" (p. 303). Nel quarto (*Operazioni dei proprietari. Ostacoli che vengano dalla divisione*) sono affrontati i delicati temi relativi all'equilibrio fra pastorizia e agricoltura e alle conseguenze della divisione dei demani. Cuoco auspica un compromesso fra un'agricoltura moderna, frutto di una maggiore coscienza e "istruzione" da parte di chi la pratica, e "una pastorizia sedentaria e meglio nodrita" (p. 307).

Gli ultimi due paragrafi sono probabilmente i più conosciuti del *Viaggio*. In *Opere pubbliche: ponti e strade*, Cuoco enumera "le principali opere pubbliche necessarie alla provincia. 1. La strada che da Napoli conduce a Campobasso e da Campobasso a Termoli per la via di Casacalenda; 2. La strada che da Isernia conduce al Vasto. Queste due strade scorrono però lungo i

due confini della provincia, e pel commercio interno della medesima sarebbero indispensabili due traverse: una da Campobasso a Isernia per la via di Boiano, l'altra da Campobasso al Vasto per la via di Trivento" (p. 311). Quindi, si sofferma sull'altrettanto urgente "necessità" dei ponti sui fiumi Calore e Biferno. Note, infine, sono le opinioni espresse da Cuoco a proposito degli *Edifici pubblici*, in generale, e dello sviluppo urbanistico di Campobasso, in particolare. Egli scrive: "Gli edifici della provincia sono cattivi, e lo saranno finché i cittadini non si coopereranno a costruir bene. Campobasso, ad esempio, manca di case di abitazione, ove che la residenza delle molte autorità ne ha reso il bisogno più grande; non ha strade interne, non ha una fontana per acqua da bere. Campobasso, diventata capitale di una provincia e centro di grandi affari, crescerà; ma crescerà in modo conveniente al suo nuovo stato? Ma quanto più crescerà, tanto più sarà brutta e disadatta. Perché? Perché si accresce senza disegno, perché si lavora senza un piano generale" (p. 313).

Anche dal semplice florilegio di brani del *Viaggio* appena presentato, si crede possa emergere con evidenza il rilievo dei temi affrontati o accennati da Vincenzo Cuoco: temi relativi sia ad aspetti teorici o metodologici – sono diversi i passi in cui si sostiene la ineludibilità di un costante confronto dialettico tra questioni di carattere locale e questioni di ordine generale, o si contestualizza la vicenda locale in àmbiti più ampi, in qualche caso addirittura di dimensione europea – sia alle problematiche proprie della provincia. A questo proposito, non ci si può esimere dal rimarcare come il "rapporto" di Cuoco non solo si sia rivelato determinante per il definitivo assetto istituzionale della Provincia di Molise, ma costituisca ancora oggi una lucidissima "radiografia" del Molise nel momento del delicato passaggio dalla fervida e irripetibile stagione "illuministica" all'inizio dell'Ottocento, secolo nel quale le spinte dinamiche verso la modernizzazione si sono scontrate, non casualmente, con i punti critici individuati e segnalati da Vincenzo Cuoco: crisi della pastorizia, mancato sviluppo dell'agricoltura, pressione demografica, carenze infrastrutturali, assenza di un razionale piano di sviluppo per i centri urbani, in particolare per il capoluogo.

Il *Viaggio*, scrivono i curatori del volume, "costituisce una ripresa delle originali modalità mediante le quali il molisano intendeva piegare gli interessi statistici alla funzione di governo. Ancora una volta, infatti, l'elemento descrittivo, fondato sulla puntuale conoscenza del territorio […] finiva per costituire la base d'appoggio d'una proposta di governo" (p. LXXIX).

GIORGIO PALMIERI

MASSIMO GATTA, *Librai e librerie di ieri e di oggi. Una bibliografia*. Prefazione di Oliviero Diliberto, [Macerata], Biblohaus, 2008, 307 pp.

D'acchito, si potrebbe restare sorpresi sia per il tema trattato, sia per lo strumento di indagine utilizzato da Massimo Gatta in questo libro. In effetti, le librerie tradizionali, gravemente penalizzate dalla sfavorevole congiuntura economica e fortemente insidiate da canali di vendita alternativi quali gli ipermercati e, soprattutto, internet, sono considerate sempre più spesso luoghi appartenenti al passato. Allo stesso modo, le bibliografie cartacee, nell'epoca in cui i cataloghi elettronici consentono di accedere fulmineamente a quantità di informazioni fino a pochi anni fa inimmaginabili, sono messe in discussione nella loro primaria funzione euristica. Invece, il lavoro di Gatta – rielaborazione e aggiornamento di un saggio apparso nel 2002 – dimostra con grande efficacia, e con sobria eleganza, come le attenzioni verso le librerie e la realizzazione di bibliografie a stampa siano tutt'altro che mero esercizio nostalgico.

L'omaggio che l'A. tributa ai librai muove da alcune lucide considerazioni dalle quali emerge con chiarezza l'insurrogabile funzione che le librerie svolgono all'interno del circuito di distribuzione del libro. Scrive Gatta: "Questa bibliografia sui librai [è] un omaggio al loro essere *Librai Senza Frontiere* (come ci sono i Medici Senza Frontiere), impegnati al fronte di battaglia, sempre in prima linea. Una battaglia che potrà dirsi, se non vinta, almeno pareggiata, il giorno in cui si entrerà in libreria senza timori come, con naturalezza, si entra in farmacia per chiedere un farmaco, qualcosa di utile alla nostra salute, se non fisica almeno intellettuale. La libreria come spazio sociale e umano insostituibile, luogo aggregante in cui le informazioni vengono condivise e scambiate" (pp. 15-16).

Un omaggio che, non casualmente, assume la forma di una bibliografia, di un (apparentemente) semplice "elenco" di opere che si riferiscono ai librai e alla loro attività. Anche a proposito della bibliografia, il pensiero di Gatta è inequivocabile: "Amo da sempre le bibliografie che considero opere aperte e incompiute, cantieri in attività permanente, manufatti artigianali ma anche vortici ossessivi. Mi piace la loro forma di utensile da lavoro rigoroso e sobrio, adatto allo scopo, senza fronzoli. […] Il suo [della bibliografia] carattere operaio di opera dinamica, di ponte che unisce, mi ha sempre affascinato. […] Nello stesso tempo, in quanto opera incompiuta per definizione, rivela la sua caratteristica principale: la modestia, l'essere migliorabile e aggiornabile comunque" (pp. 14-15).

In anni di paziente ricerca, Massimo Gatta ha raccolto notizie su li-

brai e librerie presenti in saggi, romanzi, componimenti poetici, articoli di rivista e di giornale, senza trascurare i riferimenti rinvenibili in film e in trasmissioni televisive. Ne è scaturita una bibliografia che enumera quasi mille voci principali (984, per l'esattezza) relative a 175 librerie. Le segnalazioni sono diacronicamente disposte (la prima è relativa a un volume del 1539, le più recenti si riferiscono a lavori apparsi nel 2007) e, quasi sempre, annotate. A volte, la citazione offre all'A. lo spunto per precisazioni e riflessioni o per fornire ulteriori indicazioni bibliografiche sulla pubblicazione e/o sulla libreria. E' il caso del ricordo, pubblicato da Edmondo Cione nel 1949, sulla famosa Libreria Detken & Rocholl sita in Piazza del Plebiscito a Napoli (libreria cui si deve, nel 1900, la prima edizione in lingua italiana del *Quo vadis?*), per la quale Gatta dà altre undici indicazioni bibliografiche riportandone gli stralci più significativi, oltre alla segnalazione di due titoli sull'attività di rilegatore svolta da Albert Detken agli inizi del sodalizio. Come è evidente, il lettore si trova di fronte a una esauriente voce di enciclopedia o di dizionario tematico, piuttosto che a una "semplice" citazione bibliografica. Ma è l'intera bibliografia, scrive Oliviero Diliberto nella nota introduttiva, a rappresentare "un farmaco potente contro la sciatteria […] del quotidiano" (p. 9).

GIORGIO PALMIERI

*Il libro per la scuola dall'Unità al fascismo. La normativa sui libri di testo dalla legge Casati alla riforma Gentile (1861-1922)*, a cura di Alberto Barausse, Macerata, Alfabetica Edizioni, 2008, 2 voll., 1.389 pp. (Biblioteca del "Centro di documentazione e ricerca sulla storia del libro scolastico e della letteratura per l'infanzia" dell'Università degli Studi di Macerata. Fonti e Documenti, 2).

Gli studi di storia dell'editoria in Italia, negli ultimi decenni, hanno conosciuto una fioritura senza precedenti che ha consentito, se non di annullare, almeno di ridurre l'imbarazzante ritardo riscontrabile nei confronti di altre nazioni sul duplice piano delle indagini conoscitive e dell'approfondimento critico in relazione ai diversi filoni in cui si articola la produzione tipografica e editoriale. Fra questi ultimi, indubbio rilievo ricopre l'editoria scolastica, anch'essa fortunatamente divenuta oggetto di sempre maggiori e più assidue attenzioni da parte dei nostri studiosi: dai pioneristici lavori condotti da Ilaria Porciani agli inizi degli anni ottanta del secolo scorso, ai successivi approfondimenti realizzati da Anna Ascenzi e da Roberto Sani, ai recenti repertori diretti da Giorgio Chiosso (*TESEO. Tipografi e editori scolastico educativi dell'Ottocento*; *TESEO '900. Editori scolastico-educativi del primo Novecento*). In tale solco si iscrivono i due ponderosi vo-

lumi curati da Alberto Barausse, che qui brevemente si presentano. Barausse, docente di Storia della scuola e delle istituzioni educative presso l'Università degli Studi del Molise, dove dirige il "Centro di documentazione e ricerca per la storia delle istituzioni scolastiche, del libro scolastico e della letteratura per l'infanzia", ha già al suo attivo numerosi contributi sulla storia dell'associazionismo magistrale, della formazione degli insegnanti e della politica scolastica in Italia tra Otto e Novecento. L'opera che ora egli pubblica rientra in un impegnativo progetto, promosso dall'Università degli Studi di Macerata, vòlto a raccogliere e a diffondere il complesso delle disposizioni legislative e della normativa sui libri di testo scolastici, e la documentazione ad esse relativa, prodotto nel periodo intercorso fra l'Unità d'Italia e la Seconda guerra mondiale.
In questa prima fase della ricerca, le attenzioni di Barausse si sono focalizzate sulla normativa per i libri di testo dalla legge Casati alla riforma Gentile (1861-1922). La pubblicazione dell'enorme mole di documenti rinvenuti e integralmente trascritti (decreti, ordinanze, regolamenti, circolari ministeriali, elenchi di libri) è preceduta da una estesa (pp. 11-82), attenta e circostanziata ricostruzione delle varie fasi che hanno caratterizzato le complesse vicende del libro di testo e della manualistica scolastica nell'arco di tempo considerato. Come opportunamente mette in rilievo Roberto Sani nella prefazione ai volumi, l'importanza e l'utilità del lavoro di Alberto Barausse potranno essere verificate in almeno tre àmbiti diversi: nel campo proprio della storia della scuola, per la conoscenza e lo studio della quale viene fornita un'ingente quantità di documentazione inedita; sul piano più ampio della definizione degli orientamenti impressi alla politica scolastica dalla classe dirigente liberale, ricavabile dall'analisi critica svolta dal curatore nel profilo storico introduttivo; nel settore dell'editoria scolastica, poiché gli elenchi prodotti concorrono "alla costruzione di una sorta di atlante storico e geografico" della materia (Sani, p. 8). Quanto basta per maturare la consapevolezza di essere sulla strada giusta per ridurre ulteriormente le distanze cui si faceva riferimento in apertura.

GIORGIO PALMIERI

LUIGI FERRAJOLI. *Principia Juris.Teoria della democrazia, 2 volumi,* Editori Laterza, Roma, 2007, 713 p.

Il volume propone un modello di scienza giuridica fondato su una possibile rielaborazione del linguaggio giuridico-teorico mediante una ridefinizione terminologica, una strutturazione assertiva delle argomentazioni e l'adozione del

cosiddetto metodo assiomatico, il quale può << ridefinire il paradigma teorico e normativo delle odierne democrazie costituzionali oggi in crisi e l'identificazione dei diversi tipi di garanzie idonee ad assicurarne, contro i diversi tipi di potere e a tutela dei diversi tipi di diritti, il massimo grado di effettività> (p.39)
Attraverso questo modello si potrà procedere ad un'argomentazione adeguatamente sottoposta alle regole del linguaggio simbolico e di calcolo, al fine di garantire il possibile controllo logico delle deduzioni.
Il linguaggio giuridico è da considerarsi infatti, per l'A. << non dogmatico>>, ma <<convenzionale>, o meglio <<artificiale>> (p.IV), vale a dire da elaborarsi da parte del teorico del diritto e da formalizzarsi mediante regole che egli stesso ha fissato. In tal modo si rende credibile una ricostruzione della teoria del diritto mediante una <<matematizzazione>> , la quale costruisce una gerarchia di concetti organizzata al fine della certezza della stessa teoria giuridica. Questa teoria si ispira decisamente al positivismo logico normativista e grazie all'analisi critica spiega al meglio la crescente complessità degli ordinamenti di cui è dotata, progettando nuovi modelli normativi e tecniche di garanzia.
Particolare interesse desta, nell'ambito della costruzione teorica, elaborata nel volume di Ferrajoli, la terza parte, che si occupa dei diritti fondamentali,patrimoniali, della sfera pubblica e privata ed infine del paradigma dello stato costituzionale di diritto. In questa sezione del volume, infatti, emerge l'aspirazione ad un modello di democrazia costituzionale da disegnarsi sulle Costituzioni politiche del dopoguerra ma adattabile all'odierna situazione, che è quella degli <<ordinamenti sovrastatali>> (p.901) e consiste nel tentativo di superare le situazioni di incertezza e carenze prodotte dalle vecchie sovranità statali.
Il nodo che lega la prima e la seconda parte del volume alla terza è dato dal riscontro da parte dell'A. del fatto che l'assenza di utilizzo del metodo assiomatico,rende difficile controllare linguisticamente il concetto di << diritti fondamentali>> (p.727) ormai oggetto di confusione teorica per la limitatezza spaziale degli stessi ordinamenti statali. Ciò che rileva massimamente è, però, che i diritti fondamentali si pongono come concetto vago data l'incontrollata ingerenza di poteri extra-legali, di fronte al ritorno alla guerra come strumento di risoluzione delle controversie internazionali, comportando l'incertezza delle garanzie di pace e delle garanzie dei diritti vitali di tutti.
Risulta essere molto interessante, in questo ponderoso volume, la presa di coscienza sul fatto che i diritti fondamentali non vengono adeguati al modello di democrazia, che nel tempo si forma, ma restano di-

ritti intrappolati dentro vecchi schemi e per questo motivo spesso ci si trova di fronte ad ordinamenti giuridici che non soddisfano l'uomo nei suoi diritti fondamentali in quanto persona. Ci sono dei diritti talmente personali, secondo l'A. davanti ai quali il legislatore dovrebbe fermarsi, come la vita e la salute. Per essi Luigi Ferrajoli fa riferimento ad un concetto di << indecidibile>, ad una sfera sottratta alla discrezionalità del legislatore in cui pertanto sono vietate le ingerenze del mercato della politica.
Viene certo da chiedersi (e forse qui l'A. avrebbe dovuto dirci di più): come devono porsi i giudici di fronte << all'indecidibile>>? In realtà più che alle decisioni, si vuole forse fare riferimento alla procedura decisionale. Infatti << indecidibile>> rimane un concetto meramente teorico perché di fatto è di difficile applicazione, visto che nel campo del diritto c'è sempre un momento che riguarda la decisione e quindi il problema non sta nel decidere o non decidere ma nella scelta di chi deve decidere e come, ossia nell'individuare l'autorità che deve amministrare tali diritti. Pertanto, anche quando si discute di diritti fondamentali, l'importante è utilizzare un metodo organizzativo democratico che ci consenta di poterli adattare alla società contemporanea, statuendo sulle corrette procedure e sulle corrette competenze inerenti alla soluzione dei conflitti che li riguardano. Solo in tal modo potrà risolversi il problema inerente alla riduzione del divario tra << dover essere costituzionale>> e << l'essere effettivo del diritto vigente>>, attraverso il rigore logico di una teoria assiomatizzata.

VERONICA RICCI

GUSTAVO ZAGREBELSKY. *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale.* Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 419

Il libro di Gustavo Zagrebelsky nasce dalle lezioni di "Giustizia costituzionale" che l'Autore ha tenuto all'Università di Torino e all'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli negli anni accademici 2004-2005, 2005-2006 e 2006-2007.
È uno scritto che nelle sue tre parti (come evidenziato dal sottotitolo) si propone, nella prima, di indagare la natura del diritto, e, nella seconda e terza parte, più propriamente dedicate all'applicazione pratica dei princìpi del diritto, di specificare la natura e i limiti dell'uso giudiziario della Costituzione e, infine, il rapporto intercorrente tra Costituzione e giustizia.
In una ricognizione storica che va dalla Grecia classica ai giorni nostri, Zagrebelsky guida il lettore fra le idee di giustizia che hanno segnato la storia del diritto.
Nell'intenzione, il libro è concepito come una riflessione sulla giusti-

zia costituzionale, riflessione che non può non partire dalla rivisitazione e dal riesame di quegli interrogativi che da sempre il giurista, (e, segnatamente, il filosofo del diritto) si pone: "*Che cos'è il diritto*?", "*Che cos'è la legge?*", "*Qual è il loro rapporto con la giustizia?*". Alla luce di queste domande risulta così spiegato anche il titolo dell'opera (*La legge e la sua giustizia*), che, attraverso uno studio approfondito, non solo risponde ai tradizionali interrogativi che caratterizzano la speculazione giuridica, ma, negli ultimi capitoli, ne pone di nuovi strettamente legati al contesto giuridico attuale.

Al primo fondamentale interrogativo ("*Che cos'è il diritto?*") Zagrebelsky risponde con un'argomentazione che costituisce la tesi centrale del libro e che lo percorre come una sorta di *fil rouge*: quella della doppia natura del diritto. Contrariamente alle tesi monistiche del diritto, prime fra tutte quelle positivistiche che riducono il diritto alla sola legge intesa come dato formale, e quest'ultima a solo strumento di potere, l'Autore sottolinea una doppia anima del diritto, una duplice natura che ne fa una sorta di Giano bifronte. Il diritto, sostiene Zagrebelsky, è costituito da un aspetto formale (la forza che diviene legge scritta) e da un aspetto sostanziale, materiale, che risulta costituito dall'a*equitas*, dai *mores*, dai valori condivisi dal corpo sociale e attorno ai quali la società si organizza solidaristicamente. Questo doppio volto del diritto è sinteticamente espresso in un frammento delle *Institutiones* di Gaio: "*Omnes populi qui legibus et moribus reguntur…*", dove la forma (la legge) e la sostanza ( i *mores* ) del diritto risultano complementari come due facce della stessa medaglia, l'una legata indissolubilmente all'altra.

L'analisi condotta da Zagrebelsky si pone in antitesi oltre che con la teoria del positivismo giuridico formalistico, anche con quella del nichilismo giuridico, che si caratterizza per l'indifferenza tra i concetti di forma e sostanza e l'identificazione del diritto con la legge, concepita soltanto come prodotto della tecnica giuridica, esercizio e precipitato del tecnicismo e del formalismo giuridico, completamente avulsi dalla realtà giuridica sociale. Il nichilismo giuridico sarebbe la proiezione, in campo legale, del dominio della tecnica e della ragione strumentale, incapaci di darsi un senso obiettivo e cogente. Secondo questa teoria, il diritto sarebbe anch'esso sola legge, creazione *ex nihilo*, priva di un senso proprio, arbitrio, volontà autoritativa.

Il pericolo che si cela dietro le visioni "legalistiche" del diritto è ben evidenziato da Paolo Grossi (Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, 2001), che considera tali posizioni un depauperamento dell'esperienza giuridica, in quanto, riducendo il diritto alla sola legge, lo si riduce a un sistema di regole au-

toritarie, di comandi rigidi ed insindacabili che trovano la loro legittimazione nell'autorità del legislatore e non nella realtà materiale da regolamentare.
A conferma dell'unilateralità delle tesi monistiche, va ricordata l'attuale crisi che investe la legge e, di conseguenza, il principio di legalità e che si traduce in una saturazione e in un'ipertrofia legislative (Cfr. M. Ainis, *La legge oscura. Come e perché non funziona,* 1997), che, paradossalmente, non producono né garantiscono legalità, dal momento che sembra vigere una proporzionalità inversa e perversa : tante leggi, meno legalità.
Alla base del formalismo giuridico, l'uguaglianza e l'identità tra legalità e legittimità. Già Max Weber, agli inizi del secolo scorso, parlando di "*legalità come forma esclusiva della legittimità"* nell'epoca moderna, e sottolineando come un ordinamento giuridico possa essere ritenuto legittimo in base alla sola *legalità* delle sue regole, aveva – come è noto – descritto tale processo.
Zagrebelsky evidenzia quanto pericoloso sia considerare il diritto soltanto come forma, tralasciandone l'aspetto sostanziale e materiale. Secondo l'Autore, questa duplice composizione del diritto deve essere considerata come una peculiarità da preservare poiché quando il diritto "*assume uno solo dei suoi volti, la forma o la sostanza, […] la società è in pericolo e […] il sistema giuridico politico si può trasformare in una macchina letale"*. A tal proposito, basti ricordare le parole con le quali si giustificarono i nazisti processati a Norimberga : "*La legge è legge, l'abbiamo solo applicata!*". E' l'apoteosi del positivismo giuridico, al quale fa da contrappeso il giusnaturalismo. A rappresentare lo scontro tra la legge dello Stato e le leggi non scritte, quelle che ciascuno serba dentro di sé, sta, classicamente, l'*Antigone* di Sofocle.
Alcuni (Cfr., ad esempio, T. Ascarelli, *Antigone e Porzia, in* AA. VV., *Scritti giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, 1960) hanno visto nello scontro tra Antigone, che fedele alla legge della *pietas* verso i defunti vuole dare sepoltura al corpo del fratello Polinice, e Creonte, che come re della città non può permettere che il corpo di un traditore venga onorato come quello di chi ha servito la *pólis*, la contrapposizione tra il diritto naturale e il diritto positivo. Zagrebelsky preferisce parlare di contrasto tra due leggi ugualmente oggettive: la legge senza tempo e quella del tempo, la legge che vive perennemente, pur con contenuti diversi, nelle coscienze e quella posta dall'autorità formalmente legittimata a farlo. Il dilemma scaturisce proprio dal fatto che si tratta "*dello scontro fra due legittimità*", "*fra due leggi che hanno entrambe la loro ragion d'essere"*, esprimendo l'una il lato materiale e sostanziale, l'altra quello formale. Entrambi aspetti costitutivi della realtà giuridica.

Per quanto attiene, invece, alla natura della legge, Zagrebelsky prende le mosse dal dialogo, riportato da Senofonte (*Memorabilia*, I, 2, 40-46), tra il giovane Alcibiade e Pericle. Pericle, alla domanda di Alcibiade su cosa debba intendersi per "legge", risponde che la legge è ciò che viene deliberato nell'Assemblea, circa quello che si deve o non si deve fare; Alcibiade rileva come in tal modo la legge può coincidere anche con la sopraffazione, ossia con la legge del più forte.

Pertanto, sottolinea Zagrebelsky, affinché la legge sia tale non basta che essa sia legge solo da un punto di vista formale, ma occorre che lo sia anche da un punto di vista sostanziale, cioè che al comando posto dalla legge aderisca anche la parte che non ha partecipato alla sua redazione: se non c'è questa sorta di "persuasione" dell'altra parte, la legge si traduce in violenza ed arbitrio.

Il discorso sulla legge non sarebbe completo senza alcune importanti considerazioni aventi ad oggetto il rapporto tra Costituzione e legge. Se da una parte, infatti, la Costituzione distingue la legittimità dall'illegittimità, dall'altra, la funzione precipua della legge consiste nel tracciare la linea di confine tra legalità ed illegalità. La differenza tra la Costituzione e la legge sta nel fatto che la prima esprime una forza originaria, mentre la legge, proprio per il fatto che deriva dall'autorità che le viene dalla Costituzione, è espressione di una forza, appunto, derivata.

La seconda parte del saggio ha ad oggetto, dopo aver considerato la Costituzione come elemento costitutivo del diritto, l'attività pratica tramite cui essa adempie, in quanto norma giuridica fondamentale, alla sua funzione-vocazione regolatrice: l'applicazione giudiziaria. Nella dimensione giudiziaria si può ravvisare ancora una volta, quella dualità che è propria del diritto: *l'uso giudiziario* della Costituzione, secondo Zagrebelsky, consta di due momenti, l'interpretazione e l'applicazione, che sono intrinsecamente legati tra loro. L'interpretazione consiste in un momento intellettivo che ha ad oggetto le norme (l'aspetto formale del diritto), e in un momento pratico rappresentato dalla realtà alla quale le norme si applicano (aspetto sostanziale del diritto).

Nel quadro dell'interpretazione si può certamente inserire anche la problematica della dichiarazione di incostituzionalità che non deve essere intesa come una contraddizione tra due o più formulazioni normative, bensì come la contrapposizione tra come una particolare fattispecie è valutata dal legislatore e come, invece, deve essere valutata secondo i princìpi costituzionali. La questione di costituzionalità viene sollevata quando l'interprete non è in grado di dare al caso concreto una soluzione conforme a

quella dettata dalla Costituzione, quando, evidenzia Zagrebelsky, si "*inciampi sull'ostacolo di una norma di legge in senso diverso. Questo inciampo, è il fallimento dell'interpretazione. La dichiarazione di incostituzionalità, in tal caso, abbatte l'ostacolo e apre la strada al successo interpretativo*".

La terza ed ultima parte del libro è dedicata alla giustizia costituzionale che, sebbene abbia un'origine antica (si pensi alle riflessioni di Platone sui custodi dei *nómoi*, le leggi fondamentali), è, nel suo significato precipuo, un'acquisizione del diritto costituzionale moderno. L'Autore analizza le problematiche attinenti alla giustizia costituzionale, considerando quest'ultima come un particolare tipo di difesa della Costituzione, difesa il cui nucleo è costituito dalla garanzia rispetto al potere esercitato in forma legislativa dalle maggioranze politiche.

E' opportuno rammentare – in proposito - come all'origine della diffusione in Europa della giustizia costituzionale vi sia la famosa *querelle*, avente ad oggetto l'esistenza di una possibile "giustizia" in materia costituzionale, tra Hans Kelsen e Carl Schmitt (Cfr. H. Kelsen, *La giustizia costituzionale,* 1981; C. Schmitt, *Il custode della Costituzione*, 1981). Il contrasto fra i due pensatori si fonda su visioni della Costituzione e della politica costituzionale completamente differenti. Se Kelsen, infatti, propone la creazione di un tribunale il cui compito dovrebbe essere quello di dirimere in via giurisdizionale le controversie costituzionali, per Schmitt, invece, la garanzia della Costituzione si realizza attraverso un organo dotato di pieni poteri identificato nel capo dello Stato al quale, secondo l'articolo 48 della Costituzione di Weimar, venivano attribuiti poteri eccezionali. Per Schmitt, dunque, la garanzia della Costituzione riguarda le situazioni di emergenza, mentre per Kelsen, che considera la Costituzione come *Grundnorm*, ossia norma fondamentale e fondante l'intero ordinamento, quindi sua regola e sua misura, pensare ad un potere eccezionale che sospenda la Costituzione stessa, anche se per difenderla, appare inaccettabile.

La funzione della giustizia costituzionale per Kelsen, conclude Zagrebelsky, risulta essere una funzione di controllo di conformità, rispetto alla *Grundnorm*, degli atti in cui si declina e sostanzia in concreto la vita costituzionale.

Lo studio di Zagrebelsky si conclude con un'ultima riflessione. Partendo dalla constatazione dell'importanza della giustizia costituzionale che, pur nella specificità e nella peculiarità delle singole realtà nazionali, costruisce un *idem sentire* costituzionale, un comune diritto costituzionale, i cui princìpi si ritrovano anche nelle esperienze giuridiche internazionali, quali i testi sui diritti fondamentali sottoscritti dalla comunità internazionale o la giurisprudenza delle

corti come quella europea dei diritti dell'uomo o quella delle Comunità europee, Zagrebelsky (riprendendo e sviluppando tematiche già affrontate nel suo libro del 1992, *Il diritto mite. Legge diritto giustizia*) si chiede quale debba essere la figura ed il compito del giudice. Il giudice deve essere non solo un *iuris peritus*, ossia un esperto di diritti, custode della loro complessità; egli deve essere capace di rispettare la forma della legge, ma non limitarsi ad essere *bouche des lois*, bensì attraverso un'attenta attività di interpretazione deve applicarle facendo "vivere" i princìpi costituzionali.

Oggi che il diritto costituzionale si apre al costituzionalismo cosmopolitico, il giudice, e più precisamente il giudice costituzionale, si trova in una posizione di doppia fedeltà: deve essere fedele alla propria Costituzione e, contemporaneamente, deve essere organo di quello che è chiamato "federalismo delle costituzioni". In questo contesto il giudice costituzionale svolge, nei confronti della cultura del proprio tempo, una funzione finalizzata alla costruzione di un diritto costituzionale sopra-nazionale il cui scopo ultimo è proprio la creazione di quell' *idem sentire,* sul quale si fonda la possibilità e la speranza di un futuro giuridico comune e condiviso, pur nella sua ineludibile pluralità.

IVANA ROSSI

GIOVANNI CODEVILLA, *Lo zar e il patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri,* Milano, Edizioni La Casa di Matriona, 2008, 517 pp.

In questo volume, che al momento è la sua ultima e sicuramente non lieve fatica, Giovanni Codevilla compie un dettagliato esame dei rapporti giuridici fra lo Stato russo e la Chiesa ortodossa dalle origini fino ai più recenti risvolti di attualità.

Giova premettere che l'autore, il quale insegna Diritto ecclesiastico comparato e Diritto dei Paesi dell'Europa orientale alla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Trieste, non giunge impreparato all'appuntamento, avendo alle spalle una nutrita serie di pubblicazioni sui rapporti tra Stato e Chiesa e sui temi legati all'esercizio della libertà religiosa in Unione Sovietica e nella Federazione Russa. In questo caso siamo in presenza di una storia complessa, alla quale soprattutto non si applicano le nostre categorie; una storia interna a mondi, come quello civile e religioso della Russia, fino ad ora rimasti quasi sconosciuti.

Dato fondamentale è il permanere della categoria dell'impero sia nella realtà zarista che in quella sovietica: questo perché l'ingerenza dello Stato negli affari interni della Chiesa non sempre è sentita da quest'ultima come sottomissione ad una autorità più forte, ma piuttosto come una forma di protezione eser-

citata nei confronti della stessa Chiesa; mentre il legame presente nell'ambito di un territorio dove si esprime la giurisdizione ecclesiastica, induce ad un rapporto più stretto con i rappresentanti del potere di quel popolo.
A ben guardare la concezione propria del mondo ortodosso della *sinfonia* tra Stato e Chiesa trova applicazione nella storia della Russia solamente in periodi assai brevi, mentre più consistente è, invece, una costante subordinazione della società religiosa allo Stato, e anche gli anni dell'impero sovietico vedono riproporre un modello di rapporti che richiama alla memoria quello esistente nell'epoca zarista.
Come osserva Romano Scalfi, fondatore del Centro Studi Russia Cristiana, nella *nota introduttiva* al volume: "La *sinfonia* fra i due poteri è sempre stata invocata, ma nello stesso tempo la tentazione di una ingerenza indebita, sia da una parte che dall'altra, ha sempre accompagnato la storia civile ed ecclesiastica della Russia" (pag. 3).
Premesso questo quadro introduttivo, poche volte capita di leggere un volume dal contenuto così nuovo per il lettore italiano; in più nelle pagine del Codevilla si coglie non il distacco ma la passione, che scaturisce da una profonda conoscenza e partecipazione.
Così, tra originalità e ampiezza, si rischia di smarrire la traccia, ma ci soccorre la sistematicità espositiva, accompagnata dalla ricchezza delle note (che sono ben 1253) e da un chiaro indice alfabetico degli acronimi e delle abbreviazioni, a cui si somma quello degli autori e dei nomi citati, che si estende da pag. 495 a pag. 514.
Sempre in riferimento all'originalità, c'è da aggiungere che le fonti sono dirette (quindi non mediate), ma c'è anche una loro analisi ed elaborazione sistematica.
L'opera si divide in quattro parti: nella prima si prendono in esame i secoli intercorrenti dalle origini alla fine del secolo XVII; la seconda il periodo sinodale; la terza l'era sovietica; la quarta considera quella che è definita la nuova Russia.
Tappe essenziali di questa ricostruzione, nelle quali è sempre compreso il fattore di ordine religioso, sono l'idea di Mosca come Terza Roma; l'assolutismo teocratico di Ivan il Terribile; lo scisma dei Vecchi Credenti e l'opera di Pietro il Grande, per arrivare alla frattura del XIX secolo tra slavofili e occidentalisti.
In questi passaggi fondamentali, una particolare attenzione viene dedicata alla storia della Chiesa, sia al periodo pre rivoluzionario (ricco di fermenti e collegamenti) che alla prima realtà post rivoluzionaria (in cui emersero correnti di pensiero destinate ad essere spente dall'autoritarismo del bolscevismo), per giungere agli anni dello stalinismo e poi fino ai giorni nostri.
In particolare, se da un lato è chiara la crisi del sistema teocratico za-

rista - resa evidente dalla sconfitta della guerra con il Giappone – dall'altra è un frangente in cui si consuma una stagione del tardo romanticismo e di collegamento con il mondo culturale europeo (non solo francese) e di dibattiti sul rinnovamento teologico della Chiesa.

Il Codevilla puntualizza poi come l'ostilità del bolscevismo nei confronti della religione travalica abbondantemente i programmi dello Stato laico, dal momento che non si pone l'obiettivo di ridimensionare la sfera d'azione della Chiesa portando il pendolo dei rapporti in una posizione di equilibrio, bensì quello del loro definitivo superamento, nel presupposto che la religione altro non sia che un fenomeno instrisecamente dannoso (cfr. pag. 213 e sgg.); operando, in base all'insegnamento di Marx che "la religione è l'oppio del popolo", non per conseguire la laicità dello Stato ma lo sterminio dei credenti.

Anche per questi richiami io penso che il XX secolo – il secolo breve come è ormai più noto – sia anche il secolo delle contraddizioni e il mondo russo-sovietico del Novecento è il concentrato delle contraddizioni: misticismo e ateismo, mentre la rivoluzione sovietica si sviluppa non in un mondo dominato dal razionalismo, come nella Francia di antico regime, ma in una realtà di intensa e talvolta fanatica religiosità, e ciò è una ulteriore contraddizione.

Altra considerazione concerne l'operato della Chiesa ortodossa come di quella cattolica: che si riassume nella linea di cedere al compromesso, laddove fu possibile, per salvare il salvabile. Una linea tutt'altro che indolore come testimoniato ad esempio dal caso del cardinale Jozsef Mindszenty (1892-1975) o di Josyf Slipyj (1892-1984), i cui contorni - ai quali per quest'ultimo si aggiungono le inedite testimonianze del Codevilla (cfr. pag. 348) - rendono ancor più dolorose le personali vicende. Questo perché più che di liberazione nei loro confronti dobbiamo parlare di cambiamento di pena.

Arrivando alla parte conclusiva il lavoro in recensione prende in esame anche i problemi attuali della Chiesa ortodossa russa e le sue relazioni con le altre Chiese cristiane e con le diverse confessioni religiose. A questo proposito rifletto sul fatto della debolezza di propositi dell'uniatismo, che si ritenne che sarebbe stato favorito prima dal crollo del potere della teocrazia zarista e poi da quello del comunismo. Voglio dire, nello specifico, che se si fossero conosciute, con ricerche come questa, la particolarità, la spiritualità e il misticismo del mondo ortodosso, ma anche la sua territorialità, non si sarebbero commessi errori di avvicinamento a quel mondo, come la creazione di una sede latina a Mosca affidata ad un vescovo lituano di origine polacca.

GIOVANNI BATTISTA VARNIER

# Indice generale

## Saggi

Onorato Bucci
L'Islam come trionfo del sillogismo e negazione della dialettica: a proposito di una recente pubblicazione 5

*Ordo atque ratio Pytagorae* e l'*anticum consortium quod iure atque verbo romano appellabatur ercto non cito* 27

Francesco Castiglione
Considerazioni sul contratto di somministrazione 41

Gianfederico Cecanese
Il proscioglimento predibattimentale 57

Luisa Corazza
La nuova nozione di appalto nel sistema delle tecniche di tutela del lavoratore 93

Rocco Favale
Il metodo comparativo nel diritto civile: l'insegnamento di Otto Sandrock 115

Marco Parisi
Insegnamento della religione cattolica nella società multiculturale e laicità dell'istruzione: note ricognitive sui principali aspetti problematici 123

Francesco Petrillo
L'ermeneutica del contratto di diritto privato all'inizio del terzo millennio 157

Valentino Petrucci
«Si legge male quando si legge in ginocchio»:
Renan e il *Collège de France* 185

Maria Ausilia Simonelli
Il diritto e la sua ombra. Le idealità giuridiche nella cultura del positivismo italiano 191

Giuseppe Reale
La pirateria del XXI secolo 217

Andreina Scognamiglio
Organizzazioni pubbliche e test di mercato.
(Osservazioni a margine della legge delega 4 marzo 2009, n. 15
e dello schema del decreto di attuazione) 247

Giovanni Varanese
Categorie giuridiche e globalizzazione 263

Orizzonti

Flavia Albano
Le innovazioni processuali introdotte dalla legge n. 38 del 2009:
l'ennesimo intervento nel segno dell'emergenza 283

Francesco Beer
In tema di *iudicium domesticum*, tra *familia* romana e moderne
forme di collegialità domestica 295

Corinna De Caro
La disciplina delle intercettazioni telefoniche: alla ricerca di un
equilibrio tra esigenze di accertamento e diritti "insidiati" 313

Cinzia Delli Carri
Prime riflessioni sulla nuova fattispecie di atti persecutori 333

Luana Fierro
Ascoltare con empatia 375

Fiore Fontanarosa
Il principio di sussidiaretà: dal diritto tedesco all'unione
europea 397

Matteo Lariccia
Effetti della riforma del *Titolo V* sulla potestà normativa secon-
daria: implicazioni relative alla "materia" delle professioni 425

FILOMENA MANGANIELLO
Perché la prevalenza è sempre la risposta?
Nota a Corte cost. n. 88/2009 439

VINCENZO MASTRANGELO
La diffida ad adempiere nell'appalto privato tra art. 1662 ed art. 1453 cod. civ. 451

FABRIZIO RICCIARDELLA
Le comunità montane 463

DOMENICO RICCIO
La costruzione per via giudiziale della giurisdizione tributaria 503

NICO SALOMONE
Note sulla concezione marxiana del diritto e dello Stato 539

FRANCESCA SCUDIERO
Il reato di produzione, traffico e detenzione illecita di sostanze stupefacenti nel rinnovato assetto normativo. 547

RECENSIONI

GILLES SAINATI - ULRICH SCHALCHLI, *La décadence sécuritaire,* La fabrique éditions, Paris, 2007, pp. 112.
(LUIGI CUPIDO) 573

MARZIO BARBAGLI, *Congedarsi dal mondo. Il suicidio in Occidente e in Oriente*, Il Mulino, Bologna, 2009, pp. 526.
(SIMONA MELORIO) 575

VINCENZO CUOCO, *Scritti di statistica e di pubblica amministrazione*, a cura di Antonino De Francesco e Luigi Biscardi, Editori Laterza, Roma-Bari, 2009, LXXXVI, pp. 367 (Opere di Vincenzo Cuoco. Scritti editi e inediti).
(GIORGIO PALMIERI) 579

MASSIMO GATTA, *Librai e librerie di ieri e di oggi. Una bibliografia*. Prefazione di Oliviero Diliberto, Biblohaus, Macerata, 2008, pp. 307.
(GIORGIO PALMIERI) 583

*Il libro per la scuola dall'Unità al fascismo. La normativa sui libri di testo dalla legge Casati alla riforma Gentile (1861-1922)*, a cura di Alberto Barausse, Alfabetica Edizioni, Macerata, 2008, 2 voll., pp. 1.389 (Biblioteca del "Centro di documentazione e ricerca sulla storia del libro scolastico e della letteratura per l'infanzia" dell'Università degli Studi di Macerata. Fonti e Documenti, 2).
(GIORGIO PALMIERI) 584

LUIGI FERRAJOLI. *Principia Juris.Teoria della democrazia, 2 volumi,* Editori Laterza, Roma-Bari, 2007, pp. 713.
(VERONICA RICCI) 585

GUSTAVO ZAGREBELSKY. *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale.* Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 419.
(IVANA ROSSI) 587

GIOVANNI CODEVILLA, *Lo zar e il patriarca. I rapporti tra trono e altare in Russia dalle origini ai giorni nostri,* Edizioni La Casa di Matriona, Milano, 2008, pp. 517.
(GIOVANNI BATTISTA VARNIER) 592

Finito di stampare
Settemre 2009
Arti Grafiche la Regione srl
Ripalimosani (CB)

ANNALI
10/2008
€ 60,00

ISBN 88-88102-32-0
9 788888 102320